

UiO • **Det juridiske fakultet**

Reglene om konsumpsjon av
spredningsretten ved digitale
overføringer av åndsverk,
særlig i lys av EU-domstolens
avgjørelse Oracle v. UsedSoft
(C-128/11)

Kandidatnummer: 508

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 16 868



Innholdsfortegnelse

1	INTRODUKSJON	3
1.1	Avhandlingens tema	3
1.2	Fremstillingen videre	5
1.3	Avgrensning og metode	5
2	REGLENE OM KONSUMPSJON AV SPREDNINGSRETTE	
	VED SALG AV	
	DIGITALE EKSEMPLARER AV VERK.....	6
2.1	Gjeldende EU/EØS-rett	6
2.1.1	Reglene om spredning og konsumpsjon i infosoc-direktivet	7
2.1.2	Reglene om spredning og konsumpsjon i programvaredirektivet	12
2.1.3	Konsumpsjonsreglenes anvendelse i forhold til opphavsmannens enerett til utlån-og utleie av verket.....	13
2.2	Gjeldende norsk rett.....	14
2.2.1	Særlig om konsumpsjonsreglenes begrunnelse	16
3	ORACLE V. USEDSOFT	18
3.1	Sakens gjenstand.....	18
3.2	Sakens rettslige side.....	19
3.2.1	Avgjørelsens ratio.....	22
3.3	Rekkevidden av Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen	23
3.3.1	Generelt om rekkevidden til avgjørelser fra EU-domstolen:.....	23
3.3.2	Konsumpsjon ved salg av digitale eksemplarer av programvare	24
3.3.3	Konsumpsjon ved salg av eksemplarer av andre typer åndsverk i digital form?	27
3.3.4	Oppsummering	42
3.3.5	Domstolens rettsskapende virksomhet	43
3.3.6	Avgjørelsens anvendelse i nasjonal praksis.....	47

3.3.7	Behovet for eksemplarframstilling – til hinder for videresalg av digitale eksemplarer?	49
4	ORACLE V. USEDSOFT- AVGJØRELSENS RELEVANS OG VEKT VED TOLKNINGEN AV KONSUMPSJONSBESTEMMELSEN I NORSK RETT.	53
4.1	Generelt om tolkningen av EØS-bestemmelser som er gjort til norsk rett.....	53
4.2	Gjennomføringen av programvaredirektivet i norsk rett	54
5	AVGJØRELSENS KONSEKVENSER.....	55
5.1	Konsekvensene for markedet og dets aktører	56
5.2	Konsekvensene for bibliotekers utlån av e-bøker.....	58
6	SAMMENFATNING.....	61
7	KILDEREGISTER.....	63
7.1	Norske lover.....	63
7.2	Norske forarbeider	63
7.3	Norsk høyesterettspraksis	63
7.4	Traktater.....	64
7.5	Direktiver	64
7.6	Rettspraksis fra EU-domstolen	65
7.7	Annen internasjonal rettspraksis.....	65
7.8	Litteratur	65
7.9	Lenker	68

1 Introduksjon

1.1 Avhandlingens tema

Temaet for denne avhandlingen er reglene om konsumpsjon av spredningsretten ved digitale overføringer av åndsverk i digitalt format, herunder reglenes rekkevidde i lys av EU-dom Oracle v. UsedSoft.¹ Opphavsmannens enerett til spredning, eller ”spredningsretten”, er en opphavsrettslig beføyelse som gir opphavsmannen enerett til å spre sitt verk for allmennheten gjennom salg, utlån eller annen form for besittelsesoverføring. Eneretten til spredning avgrenses imidlertid av reglene om konsumpsjon. Konsumpsjonsregelen innebærer at opphavsmannen mister sin rett til å kontrollere videre spredning av et verkseksemplar som er solgt eller overdratt med hans samtykke. Med andre ord *konsumeres* opphavsmannens spredningsrett til eksemplaret. Erververen får dermed en etterfølgende rett til å videreselge eller på annen måte overdra et fysisk eksemplar som er lovlig ervervet. Slik konsumpsjonsregelen er gjennomført i norsk rett, konsumeres også opphavsmannens enerett til å kontrollere utlån av verket, ikke bare eneretten til å kontrollere salg². Som følge av den økende digitaliseringen av varer og tjenester de siste 20 årene har imidlertid utnyttelsen av åndsverk i større grad foregått digitalt.³ Musikk, bøker, film og programvare er eksempler på verk som gjerne kjøpes og selges digitalt. Dette forenkler utnyttelse av åndsverk på kryss av landegrenser, og genererer store inntekter for rettighetshavere. Den alminnelige oppfatningen av konsumpsjonsreglene er at de bare får anvendelse ved salg eller annen overføring

¹ Case C-128/11

² Jf. åndsverkloven §19. Se nærmere under fremstillingens punkt 2.2

³ World Wide Web ble lansert i 1991.

av fysiske eksemplarer av åndsverk.⁴ Dette innebærer at opphavsmannens spredningsrett er i behold selv om et digitalt verkseksemplar er solgt. Erververen av et digitalt åndsverk får dermed ikke overdratt eierretten til det eksemplaret som er kjøpt. På grunn av de mange likhetstrekk mellom enkelte former for distribusjon av analoge og digitale verk har det imidlertid blitt stilt spørsmål om berettigelsen og hensiktsmessigheten av å unnta digitale overføringer av åndsverk i digital form fra konsumpsjonsregelen.⁵

Den forholdsvis nye avgjørelsen mellom Oracle v UsedSoft som ble avsagt den 3. juli 2012 av Europadomstolen (heretter omtalt som EU-domstolen) åpner for en ny diskusjon vedrørende rekkevidden til konsumpsjonsreglene ved salg av åndsverk i digitalt format. Avgjørelsen slår for første gang fast at nedlastet programvare kan videreselges uten opphavsmannens samtykke etter reglene om konsumpsjon av spredningsretten. Konkret gjelder avgjørelsen bare forståelsen av konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet, men på bakgrunn av enkelte uttalelser i avgjørelsen kan det argumenteres for at EU-domstolen også ønsker å legge føringer på tolkningen av konsumpsjonsbestemmelsen i infosoc-direktivet, som gjelder for alle andre typer åndsverk.⁶ ⁷Avhandlingens sentrale problemstillingen er dermed hvorvidt EU-domstolens tolkning av programvaredirektivet kan overføres til tolkningen av konsumpsjonsbestemmelsen i infosoc-direktivet art. 4 (2) Besvares dette spørsmålet bekræftende, vil konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet få anvendelse ved salg av digital musikk, film, e-bøker, og andre typer verk i digitalt format. Dette vil i så fall innebære en helt ny anvendelse av konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet. Et annet spørsmål som gjør seg gjeldende er om en eventuell utvidet anvendelse av konsumpsjonsregelen i infosoc-

⁴ En nærmere gjennomgang av spredningsretten og reglene om konsumpsjon foretas nedenfor under punkt 2.1 og 2.2.

⁵ ”Konsumpsjon og digitale overføringer – et forslag til en alternativ løsningsmodell”, Rognstad, festskrift til Mogens Koktvedtgaard, 2003.

⁶ Dir. 2009/24/EF av 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av dataprogrammer

⁷ Dir. 2001/29/EF av 22. juni 2001 om opphavsretten i informasjonssamfunnet. For en nærmere fremstilling se punkt 2.1 og 2.2. nedenfor.

direktivet også omfatter konsumpsjon av opphavsmannens enerett til utlån av digitale eksemplarer.

Både infosoc-direktivet og programvaredirektivet er gjennomført i norsk rett gjennom endringer i åndsverkloven.⁸ Åndsverklovens bestemmelser må dermed tolkes i tråd med EU-domstolens praksis for å sikre en ensartet praksis av direktivforpliktelsene.⁹ Oracle v. UsedSoft får dermed relevans for fastleggelsen av rekkevidden til konsumpsjonsreglene i norsk rett.

1.2 Fremstillingen videre

Jeg vil innledningsvis redegjøre for reglene om konsumpsjon av spredningsretten slik de har blitt forstått og praktisert i europeisk og norsk rett før Oracle. v. UsedSoft-avgjørelsen. Videre vil det i punkt 3. bli foretatt en gjennomgang av avgjørelsens rekkevidde, herunder dens betydning for anvendelsen av konsumpsjonsbestemmelsene i både programvaredirektivet og infosoc-direktivet. Hovedtyngden i denne delen vil knytte seg til spørsmålet om hvorvidt avgjørelsen EU-domstolens tolkning kan overføres til tolkningen av konsumpsjonsbestemmelsen i infosoc-direktivet. I punkt 4. vil det bli foretatt en vurdering av avgjørelsens betydning for tolkningen av konsumpsjonsregelen i norsk rett. Videre i avhandlingens punkt 5. vil det bli foretatt en vurdering av avgjørelsens konsekvenser. Til slutt vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger vedrørende Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen og dens betydning for tolkningen konsumpsjonsreglene i EU/EØS-retten.

1.3 Avgrensning og metode

⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005).

⁹ Jf. EØS- avtalen art. 6, samt homogenitetshensynet i EØS-avtalen art. 1 og fortalens punkt 16.

Regler om konsumpsjon vil man finne innenfor de fleste områdene i immaterialretten. Avhandlingen vil kun behandle de opphavsrettslige reglene om konsumpsjon som gjelder ved spredning av åndsverk. Videre vil det kun fokuseres på spredning i form av salg av verks-eksemplarer. Andre former for overdragelse vil ikke bli behandlet nærmere.

Fremstillingen av stoffet vil ta utgangspunkt i alminnelig juridisk metode. Analysen av de ulike rettskildene fra EU-retten baserer seg på den rettskildebruk som anvendes av EU-domstolen.

Gjengivelsene fra Oracle v. UsedSoft -avgjørelsen vil bli tatt ut av den engelske utgaven av avgjørelsen. Dette skyldes at enkelte premisser i den danske og den svenske oversettelsen fremstår som upresise.

2 Reglene om konsumpsjon av spredningsretten ved salg av digitale eksemplarer av verk

2.1 Gjeldende EU/EØS-rett

Internasjonale regler om vern av opphavsretten har eksistert siden slutten av 1800-tallet. Et internasjonal regelverk bidrar til å forhindre misbruk av åndsverk på tvers av landegrensene. Den mest sentrale internasjonale rettskilden er Bernkonvensjonen av 1886.¹⁰ Konvensjonen knesetter viktige prinsipper og minimumsrettigheter innenfor opphavsretten, herunder prinsippet om nasjonal behandling av åndsverk og prinsippet om at opphavsrettslig vern oppstår i takt med skapelsen av verket uten krav om registrering.

¹⁰ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: Paris act of 24. July 1971. (Bernkonvensjonens Paristekst)

I den senere tid har utviklingen i EU fått stor betydning for de nasjonale opphavsretsreglene. EU har søkt å skape et harmonisert regelverk for å realisere det indre marked gjennom EU-direktiver, som Norge gjennom EØS-avtalen er forpliktet til å tilpasse til det norske regelverk. Ett av de mest sentrale direktivene på området er infosoc-direktivet fra 2001. Direktivet hjemler ulike beføyelser som opphavsmannen har over sitt verk, og tilsikter å harmonisere medlemslandenes lovgivning om opphavsrett og beslektede rettigheter.¹¹ Ett av målene er å skape et høyt beskyttelsesnivå for verk slik at kreativ og innovativ virksomhet stimuleres og tiltrekker seg investeringer.¹² Direktivet ble til på bakgrunn av behovet for å tilpasse lovgivningen den teknologiske utviklingen som har funnet sted. I tillegg bidrar direktivet til å innarbeide viktige internasjonale forpliktelser som følger av WIPO Copyright Treaty (WCT) (heretter WIPO-traktaten) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) om henholdsvis opphavsrett og visse beslektede rettigheter.¹³

2.1.1 Reglene om spredning og konsumpsjon i infosoc-direktivet

Retten til å spre verket, eller ”spredningsretten”, er kommet til uttrykk i egne bestemmelser i både infosoc- og programvaredirektivet. Med spredning menes en besittelsesoverføring av et verkseksemplar, enten det gjelder det originale verket eller kopier av det. Spredning i form av *salg* betyr etter infosoc-direktivet at det har skjedd en overdragelse av eiendomsretten til et verkseksemplar.¹⁴ Spredningsretten innebærer at opphavsmannen, eller den som

¹¹ Fortalens punkt 1.

¹² Fortalens punkt 4.

¹³ Jf. fortalens punkt 15, (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/index_en.htm) WIPO Copyright Treaty (WCT) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), vedtatt av World Intellectual Property Organisation.

¹⁴ Jf. C-456/06 2008, ”Cassina”.

har fått overført rettighetene til verket, har enerett til å kontrollere salg eller annen besittelsesoverføring av verket til allmennheten.

Spredningsretten i infosoc-direktivet er hjemlet i art. 4 (1). Direktivet gjelder for alle typer verk med unntak av EDB-programmer og databaser.¹⁵ Det følger av ordlyden i art. 4 (1) at medlemsstatene skal fastsette en: ”enerett for opphavsmannen til å tillate eller forby enhver form for spredning til allmennheten ved salg eller på annen måte, av deres verke eller kopier av disse”.¹⁶

I forbindelse med det forberedende arbeidet til den ovennevnte WIPO-traktaten som infosoc-direktivet bygger på og gjennomfører, var et av de mest omstridte spørsmålene hvordan digitale overføringer på nettet skulle plasseres rettslig. Alternativene var å klassifisere digitale overføringer av verk som spredning av en vare, eller som overføring av en tjeneste, basert på hvordan disse rettighetene var utformet i nasjonale og internasjonale regelverk.¹⁷ Som vi skal se under punkt 2.1.1, er denne distinksjonen av betydning for dagens tolkning av spredningsretten og dens konsumpsjon. Det viste seg imidlertid å være vanskelig å komme til enighet under det forberedende arbeidet, trolig fordi digitale overføringer befinner seg i grenselandet mellom spredning og overføring. Som uttalt av Mihaly Fiscor, daværende assisterende generaldirektør i WIPO, beror plasseringen av digitale overføringer på hvordan spredningsretten defineres, ”which so far has been regarded to involve the transfer of ownership, or at least the possession of copies”.¹⁸ Under verdensforumet i Napoli

¹⁵ Infosoc-direktivets fortale punkt 20.

¹⁶ Sitatene fra bestemmelsene i infosoc-direktivet er hentet ut fra den norske oversettelsen av direktivet i forbindelse med gjennomføringen i norsk rett. Oversettelsen av direktivet følger som vedlegg til St. Prp. Nr. 6 (2004-2005).

¹⁷ Mihaly Fiscor, ”The Law of Copyright and the internet”, 2002, s. 146. Bernkonvensjonen inneholdt imidlertid ingen generell spredningsrett, og ordlyden i fremføringsbegrepet dekker ikke digitale transmisjoner. Nye definisjoner av begge rettigheter var derfor påkrevet i forbindelse med utarbeidelsen av WIPO-traktaten.

¹⁸ Ibid. s, 204

hadde de fleste stater støttet opp under den løsningen som gikk ut på at digitale overføringer av verk ble klassifisert som en overføring av en tjeneste.¹⁹ En av grunnene til at spredningsalternativet mistet oppslutning, var at de fleste medlemslandene bare ville anvende spredningsbegrepet på fysiske eksemplarer av verk som ble satt i sirkulasjon, ikke ved overføring av digitale åndsverk. Det var av den grunn ikke aktuelt å utvide spredningsbegrepet til å omfatte verk i digital form.²⁰ Til slutt falt man ned på en såkalt ”paraplyløsning”, som innebar at det ble uformet en eksklusiv rett til fremføring til allmennheten i trådløs og trådbunden form, jf. WIPO art. 8. Som følge av at digitale overføringer ikke ble ansett for å være en spredningshandling, ble det uttrykkelig spesifisert i infosoc-direktivets fortale at spredningsretten bare omfatter fysiske verkseksemplarer, jf. infosoc-direktivets fortale punkt 28. Oppfatningen kommer også til uttrykk i de såkalte ”Agreed Statements” vedrørende art. 6 og 7 i WIPO copyright Treaty, som art. 4 (1) i infosoc-direktivet bygger på.²¹

Resultatet av det ovennevnte er at digitale overføringer av åndsverk i digital form skal subsumeres som en overføring av tjeneste til allmennheten, jf. infosoc-direktivet art. 3 (1), som er en videreføring av WIPO- traktaten art 8.

Fremstillingen hittil viser at digitale overføringer av verkseksemplarer i digital form faller inn under opphavsmannens enerett til å gjøre *tjenester* tilgjengelig for allmennheten, mens spredning av et verkseksemplar i fysisk form faller inn under opphavsmannens enerett til *spredning* av et verk. Som utgangspunkt innebærer ikke denne inndelingen noen praktisk forskjell for opphavsmannen. Han har i begge tilfeller hjemmel til å stanse urettmessige beføyelser over verket i form av spredning eller overføring av verket til allmenheten. Som vi skal se i fremstillingen nedenfor, har imidlertid denne distinksjonen betydning i forhold

¹⁹ Ibid, s, 206.

²⁰ Ibid, s 207.

²¹ Art. 6 og 7 i WIPO-konvensjonen hjemler henholdsvis spredningsretten og utleieretten.

til anvendelsen av konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet art. 4 (2) ved salg av digitale verkseksemplarer.

2.1.1.1 Konsumpsjonsregelens innhold og anvendelse

Konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet art. 4(2) er en avgrensning av opphavsmannens enerett til spredning, og har følgende ordlyd:

”Spredningsretten skal ikke konsumeres innen Fellesskapet når det gjelder originaleksemplarer eller kopier av verket, unntatt når det første salget eller annen overdragelse av eierdomsretten av denne gjenstanden i Fellesskapet foretas av rettighetshaveren eller med dennes samtykke”

Konsumpsjonsbestemmelsen innebærer at opphavsmannens enerett til å kontrollere spredning av verket blir konsumert når verket har blitt solgt i et av medlemslandene med samtykke fra opphavsmannen eller den som har fått overdratt eierrettighetene. Opphavsmannen kan ikke lenger motsette seg eller kreve ytterlig vederlag dersom erververen ønsker å videre selge eller på annen måte spre verket. Det er grunn til å nevnte at det bare er spredningsretten til det overdratte verkseksemplaret som er gjenstand for konsumpsjon. Erververen får heller ikke del i selve opphavsretten til eksemplaret, det er bare opphavsmannens rett til å kontrollere videre spredning som konsumeres.²² Konsumpsjon inntreer bare dersom verkseksemplaret har blitt solgt innenfor et av EU/EØS-landene av opphavsmannen eller av den som har fått overdratt rettighetene til verket, jf. ordlyden i art. 4 (2). Vilkåret forhindrer parallellimport av verk som er solgt utenfor EU/EØS-markedet, for eksempel import av billige verkseksemplarer som er solgt i Asia, men ikke i Europa. Er verkseksemplar solgt

²² Jf. Palle Bo Madsen, (2008) s. 97.

innenfor EU/EØS, kan imidlertid ikke opphavsmannen kontrollere spredningen av verkseksemplaret. Dette er for å skape et fritt europeisk marked uten indre grenser.²³

Som tidligere nevnt gjelder opphavsmannens spredningsrett bare ved salg fysiske eksemplarer. Tilsvarende gjelder for konsumpsjonsbestemmelsen i infosoc-direktivet art. 4 (2). Det er bare opphavsmannens enerett til spredning av fysiske eksemplarer som kan bli konsumert, ikke eneretten til overføring av tjenester. Overføring av tjenester til allmennheten, herunder overføring av digitale verk, er i henhold til infosoc-direktivets fortale ikke gjenstand for konsumpsjon. Dette fremgår klart av ordlyden i fortalens punkt 29:

*”konsumpsjon er ikke relevant i forbindelse med tjenester, herunder særlig direktekoblede tjenester”.*²⁴

Begrunnelsen for at konsumpsjonsregelen ikke får anvendelse i forbindelse med tjenester fremgår til dels av fortalens punkt 29 in fine:

”til forskjell fra CD-ROM eller CD-I, der den intellektuelle eiendommen er innarbeidet i et fysisk medium, dvs. en vare, er hver direktekoblede tjeneste faktisk en handling som bør være underlagt tillatelse der opphavsretten eller beslektede rettigheter fastsetter det.”

Digitale overføringer av verk er per definisjon en ”direktekoblet tjeneste”, som i motsetning til salg av en vare ikke konsumeres ved første gangs overføring. Dette er i tråd med art. 6 og 8 i WIPO traktaten. Begrunnelsen for dette kan til dels utledes fra de forberedende forhandlingene til vedtagelsen av sistnevnte traktat. Det var spesielt oppfatninger som kom frem i ”The US Green Paper” som brakte oppmerksomheten mot de problemer som kunne tenkes å oppstå dersom det ble åpnet opp for konsumpsjon ved digitale overføringer.²⁵ Det

²³ Jf. blant annet Lisboa-traktaten art. 26 og EØS-avtalen art. 1.1.

²⁴ Begrepet direktekoblede tjenester er det samme som online-tjenester.

²⁵ Mihaly Ficsor, ”The Law of Copyright and the internet”, 2002, s. 184.

ble der fremhevet at det ved digitale overføringer av verk oppstår et nytt eksemplar hver gang verket overføres til en ny erverver. Konsekvensen er at både avsender og erverver blir sittende med hvert sitt eksemplar. Dette kunne medført at erververen videresolgte et nytt eksemplar til tross for at eksemplaret hadde blitt værende på hennes maskin. Dette beskrives i The US Green Paper som *"the unintended consequence of characterizing many electronic disseminations as "distribution"*.²⁶ Disse synspunktene dannet antagelig bakgrunnet for at digitale overføringer ikke ble kategorisert som en spredningshandling i den endelige teksten til WIPO-art. 6, og dermed ikke ble gjenstand for konsumpsjon.²⁷

2.1.2 Reglene om spredning og konsumpsjon i programvaredirektivet

Programvaredirektivet gir rettslig beskyttelse for EDB-programmer.²⁸ En nærmere gjennomgang av hva som faller inn under direktivets beskyttelse blir foretatt nedenfor under punkt 2.1.2. I henhold til programvaredirektivet art 4 (1) c, har opphavsmannen til et data-maskinprogram enerett til å foreta eller tillate: *" enhver form for offentlig spredning, herunder udlejning, af det originale edb-program eller kopier deraf"*.

Eneretten til spredning gjelder imidlertid ikke uten begrensninger. Konsumpsjonsbestemmelsen fremgår av art. 4.2, og lyder som følger:

"Første gang en kopi af et edb-program sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at sprede den pågældende kopi inden

²⁶ Jf. US Green Paper s. 39.

²⁷ Det fremgår ikke uttrykkelig at de etterfølgende forhandlingene at synspunktene i US Green Paper ble fulgt opp. Oppfatningen blant medlemslandene etter at disse problemene ble belyst var imidlertid at konsumpsjonsregelen ikke burde gjelde ved digitale overføringer, jf. EC Follow-up Paper s. 19.

²⁸ I dag hovedsakelig forstått som *elektronisk databehandling*

for Fællesskabet udtømt, med undtagelse af retten til at udøve kontrol med yderligere udlejning af edb-programmet eller af en kopi deraf.”

Vilkåret for konsumpsjon er altså at en kopi av en programvare er solgt i et av medlemslandene med rettighetshaverens samtykke. Er vilkårene oppfylt, mister rettighetshaveren sin rett til å kontrollere videre spredning av det aktuelle programvareeksemplaret. Retten til å kontrollere utleie av eksemplaret konsumeres imidlertid ikke. Hvorvidt konsumpsjonsbestemmelsen bare får anvendelse ved salg av datamaskinprogram som er lagret på et fysisk medium, fremgår verken av direktivets fortale eller av konsumpsjonsregelens ordlyd.

2.1.3 Konsumpsjonsreglenes anvendelse i forhold til opphavsmannens enerett til utlån-og utleie av verket

Konsumpsjon av opphavsmannens enerett til spredning av åndsverk gjelder med forbehold om rettighetene i utleie- og utlånsdirektivet.²⁹ Siden vedtagelsen av infosoc-direktivet har utleie-og utlånsdirektivet blitt erstattet med direktiv 2006/115/EF av 12. desember 2006 med samme navn, som er en kodifisering av utleiedirektivet av 1992. I henhold til utleie-og utlånsdirektivet art. 3 (1) bokstav a har opphavsmannen enerett til å tillate eller nekte utlån eller utleie av originalverket eller eksemplarer av dette. Dette innebærer med andre ord at det bare er opphavsmannens enerett til spredning av verket i form av salg eller annen form for eiendomsoverføring som er gjenstand for konsumpsjon dersom vilkårene er oppfylt, mens opphavsmannens enerett til utlån og utleie av verket består. Opphavsmannens samtykke vil derfor i utgangspunktet være påkrevet for at man skal låne eller leie ut et eksemplar man har kjøpt eller på annen måte ervervet.

Eneretten til *utlån* gjelder imidlertid ikke uten unntak. I direktivets art. 5 åpnes det for at medlemsstatene kan gjøre innskrenkninger i eneretten med hensyn til offentlig utlån,

²⁹ Dir. 92 /100/EØF, jf. infosoc-direktivets fortale punkt 28

såfremt opphavsmannen får vederlag for utlånet. Hvordan utleie- og utlånsdirektivet har blitt gjennomført i norsk rett kommer jeg tilbake til under punkt 2.2. nedenfor.

2.2 Gjeldende norsk rett

Regelen om spredningsretten er i norsk rett hjemlet i åndsverkloven §2. Etter bestemmelsen gis opphavsmannen en enerett til å råde over åndsverket ”ved å fremstille eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmenheten”. Det fremgår av §2 tredje ledd at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når det spres, vises uten bruk av tekniske hjelpemidler, eller når det fremføres offentlig. Spredningsretten er i åndsverkloven omfattet av beføyelsen ”tilgjengeliggjøring for allmenheten”. I likhet med infosoc-direktivet art. 4 (1) gjelder spredningsretten bare åndsverk som er bundet til et fysisk produkt og som er gjenstand for omsetning som en vare.³⁰ Overføringer av digitale tjenester er i norsk rett ansett som en fremføringshandling, jf. åndsverkloven 2 (3) bokstav c.

Regelen om konsumpsjon av spredningsretten fremgår av åndsverkloven §19. Det følger av bestemmelsen at når et eksemplar av et verk er solgt med opphavsmannens samtykke, kan eksemplaret spres videre til allmennheten. Konsumpsjonsregelen ble endret ved lov av 2. juni 1995 nr. 27 og lov av 17. juni 2005 nr. 97, som et resultat av Norges gjennomføring av sine direktivforpliktelser.³¹ Endringen medførte blant annet at reglene om global konsumpsjon som gjaldt i norsk rett, ble erstattet med regler om regional konsumpsjon,- det vil si at spredningsretten bare konsumeres dersom verkseksemplaret er solgt innenfor EØS. Konsumpsjonsprinsippet ble med andre ord innskrenket fra å få anvendelse i hele verden, til å bare få anvendelse innenfor EØS.

³⁰ Ot. Prp.nr 46 (2004-2005). Pkt. 3.3.1.4.1.

³¹ Jf. særlig dir. 1991/250/EØF (det gamle programvaredirektivet) art. 4 c), dir. 1992/100/EØF (utleie- og utlånsdirektivet) art. 1 og 5 og infosoc-direktivet art. 4.

I tilknytning til spørsmålet om konsumpsjonsregelens anvendelse ved salg av digitale eksemplarer ble det i forbindelse med lovendringen i 2005 uttalt av lovgiver at konsumpsjon av spredningsretten i henhold til infosoc-direktivet ikke oppstår når det gjelder overføring av tjenester, særlig online-tjenester. Dette står i kontrast til tidligere uttalelser i lovforarbeidene til åndsverkloven.³² Lovgivers intensjon er med andre ord at konsumpsjonsbestemmelsen i åndsverkloven §19 bare gjelder i forbindelse med spredning av fysiske eksemplarer.³³

Det er ikke bare digitale eksemplarer av åndsverk som faller utenfor konsumpsjonsbestemmelsens anvendelsesområde. I henhold til §19 annet ledd er opphavsmannens enerett til utleie av åndsverk og til utlån av maskinlesbart eksemplar av datamaskinprogram i behold etter første gangs salg. Unntaket fra konsumpsjon av utleieretten skyldes gjennomføringen av utleiedirektivet art. 3 (1), som gir opphavsmannen enerett til utlån og utleie uavhengig av om verket er spredt. Som nevnt i punkt 2.1.3 ovenfor åpner imidlertid utleiedirektivet for at medlemsstatene kan unnta fra eneretten til *utlån* såfremt opphavsmannen er sikret vederlag for bruken. Som følge av den kollektive vederlagsordningen som er fastsatt i bibliotekvederlagsloven har man i norsk rett forutsatt at unntaket fra enerett til utlån er i samsvar med direktivet.³⁴ Konsumpsjonsregelen er dermed bibliotekenes rettslige grunnlag for å låne ut de bøkene som de kjøper. Begrunnelsen for unntaket fra opphavsmannens enerett til utlån er bygget på kulturpolitiske hensyn,- opphavsmannen skal ikke kunne hindre at åndsverk stilles til rådighet for publikum på offentlige biblioteker eller lignende institusjoner.³⁵

³² Jf. Ot. Prp nr. 15 (1994-95) s. 123, Se også Rognstad, "Opphavsrett", 2009, s. 163, fotnote 402.

³³ Norske konsumpsjonsregler er således i samsvar med EU-retten på dette området. Se punkt 2.1 ovenfor.

³⁴ Lov om bibliotekvederlag av 29.mai 1987.

³⁵ Se Rognstad, "Opphavsrett", 2009, s. 169.

2.2.1 Særlig om konsumpsjonsreglens begrunnelse

Konsumpsjonsreglens begrunnelse er et komplekst tema. I mangel av en allmenngyldig begrunnelse ut i fra ett enkelt konsept, må begrunnelsen utledes fra de ulike hensyn som taler for konsumpsjon.³⁶

Innenfor EU-retten har ”belønningssynspunktet” stått sentralt som begrunnelse for konsumpsjonsreglene: Når verkseksemplaret først er brakt i omsetning har opphavsmannen fått kompensasjon, eller belønning, for sin kreative innsats. Gis opphavsmannen adgang til å kontrollere videre spredning vil det innebære at opphavsmannen får en uberettiget dobbeltkompensasjon.³⁷ Belønningssynspunktet henger sammen med en formålsoppfyllellestanke: Formålet med opphavsretten er å gi belønning for innsats. Når belønning er mottatt vil formålet også være oppfylt, og rettighetene kan derfor konsumeres.³⁸ Belønningshensynet kan igjen deles inn i to ulike retninger: Den ene er en naturrettslig betraktning, som tar utgangspunkt i at opphavsmannen skal ha rett til å høste fruktene av sin innsats, og dermed motta en rimelig kompensasjon for utnyttelsen av sitt verk. Den andre retningen er forankret i samfunnsøkonomiske betraktninger: Opphavsmannen skal gis incentiver til fortsatt åndsproduksjon, herunder en enerett til spredning.³⁹ Rettighetene konsumeres imidlertid slik at beskyttelsen ikke går videre enn incentivfunksjonen tilsier.⁴⁰ Vurderingen av beskyttelsens rekkevidde beror dermed på sammensatte økonomiske analyser. Av hensyn til avhandlingens omfang vil det imidlertid fare for vidt å forfølge dette videre.

³⁶ Se Rognstad, 1999 s. 165 og 166. Rognstad argumenterer for at konsumpsjonsreglene kan forklares ut i fra en bred og åpen interesseavveining, i motsetning til å gi en begrunnelse ut i fra enkeltstående hensyn.

³⁷ Ibid, s. 169

³⁸ Ibid, s. 169

³⁹ Se infosoc-direktivets fortale punkt 4.

⁴⁰ Jf. fotnote 19, s. 172

Et sentralt hensyn i EU og EØS-retten er hensynet til integrering av nasjonale markeder.⁴¹ Konsumpsjonsreglene kan i den forbindelse sies å være et redskap til å gjennomføre og opprettholde målsettingen om et fritt indre marked.⁴² Dette kommer av at konsumpsjonsreglene medfører at opphavsmannen mister muligheten til å kontrollere videre spredning av verket i ulike land under ulike premisser, for eksempel i form av å utøve prisdifferensiering eller ved å tilpasse produksjonen etter markedets beskaffenhet.⁴³ En adgang for rettighetshaveren til å hindre parallellimport av varer ville også kunne medføre en oppdeling av de nasjonale markedene i strid med målsettingen om markedsintegrasjon.⁴⁴ Den bakenforliggende tanken er at det ville ført til en oppdeling av markedet dersom rettighetshaveren kunne ha stanset import av eksemplarer til andre medlemsland uten hans samtykke, til tross for at rettighetshaveren allerede har plassert verkseksemplarene i det indre marked etter egen vilje. Dette er begrunnelsen for konsumpsjonsregelens geografiske virkeområde.⁴⁵

Som følge av at åndsverkloven §19 gjennomfører infosoc-direktivet art. 4 (2), vil de ovennevnte hensyn få betydning for fastleggelsen og anvendelsen av den norske konsumpsjonsregelen rekkevidde i tvilstilfeller.⁴⁶ I de norske forarbeidene til åndsverkloven, før EU-rettens innflytelse, ble det også lagt vekt på prinsippet om at en eier av en gjenstand skal kunne utøve tingsrettslig rådighet.⁴⁷ Dette hensynet ivaretas når opphavsmannens rett til å kontrollere videre spredning av et verk konsumeres i forbindelse med et salg. Kulturpolitis-

⁴¹ Ibid, s. 192. Dette kommer til uttrykk i Lisboa-traktaten art. 34 og 36, (tidligere TEF 28 og 30) og EØS-avtalen art. 11 og 13

⁴² ”INTERFACE BETWEEN EXHAUSTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND COMPETITION LAW”, studie utarbeidet av WIPO sekretariatet, 1. Juni 2011, s. 46.
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_4rev_study_inf_2.pdf

⁴³ Mogens Kockvedgaard, ”Lærebok i Immaterialrett, 7 utg, 2005, s.124.

⁴⁴ Jf. Rognstad (2009) s. 166.

⁴⁵ Jf. Rognstad (2009) s. 166.

⁴⁶ Dette følger av presumsjonsprinsippet som gjelder i norsk rett, jf. Rt. 2000 s. 1811. Dette innebærer at de underliggende hensynene bak art. 4 (2) er relevante rettskilder ved tolningen av åvl. §19 i norsk rett.

⁴⁷ Jf. Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 86

ke hensyn taler også for at opphavsmannen ikke skal kunne legge bånd på tilgjengeligheten av opphavsrettsbeskyttet materiale.⁴⁸

3 Oracle v. UsedSoft

3.1 Sakens gjenstand

Den 3. Juli 2012 avsa EU-domstolen en avgjørelse i saken mellom Oracle International Corp, og UsedSoft vedrørende retten til videresalg av digital programvare. Uttalelsen fra EU-domstolen var foranlediget av en forespørsel fra den tyske domstolen Bundesgerichtshof angående forståelsen av art. 4 (2) og art. 5 (1) i programvaredirektivet.⁴⁹ En sentral problemstilling i saken var om konsumpsjonsprinsippet i art. 4 (2) kom til anvendelse ved salg av digital programvare, noe som ble besvart bekræftende av domstolen. Resultatet medførte at UsedSoft ble ansett for å være berettiget til å videreselge ”brukt” digital programvare som opprinnelig var kjøpt via lisens og deretter nedlastet fra Oracles hjemmeside av en tidligere kjøper. Avgjørelsen åpner dermed for konsumpsjon av programvare i digital form under visse omstendigheter. Dette representerer et brudd med den tradisjonelle oppfatningen av konsumpsjonsreglenes anvendelse ved digitale overføringer av digitale verk. Før jeg går nærmere inn på de rettslige spørsmålene som ble forelagt EU- domstolen, vil jeg foreta en kort gjennomgang av sakens faktiske side.

Oracle er et amerikansk internasjonalt firma som utvikler programvare for datamaskiner. Oracle distribuerer sin programvare ved at kunder kjøper en lisens til den aktuelle programvaren som gir kjøperen en rett å laste ned et eksemplar av programvaren fra Oracle

⁴⁸ Jf. Rognstad ”Opphavsrett” s. 161.

⁴⁹ Bundesgerichtshof er en av fem føderale sisteinstansdomstoler i Tyskland.

sine nettsider til sin egen server. Lisensavtalen mellom Oracle og kjøperen gir sistnevnte rett til å tillate et bestemt antall brukere får tilgang til eksemplaret av programvaren som er nedlastet. Den aktuelle lisensen i den foreliggende sak åpnet for at programvaren kunne benyttes av 25 brukere. Lisensavtalen ga kjøperen rett til evigvarende bruk. I tillegg inneholdt lisensavtalen en klausul om at videresalg av programvareeksemplaret ikke var tillatt.

Sakens motpart, UsedSoft, er et tysk nettbasert firma som baserer seg på kjøp og salg av ”brukte” programvarelisenser.⁵⁰ UsedSoft kjøper lisenser til ulike typer programvare fra bedrifter som ikke lenger har bruk for sine lisenser. Dette kan eksempelvis være tilfellet dersom en bedrift skal legges ned eller omstruktureres, og av den grunn ikke har behov for å benytte seg av den aktuelle programvaren. Usedsoft selger de ervervede lisensene til en rabattert pris på sine hjemmesider. For at UsedSoft sine kunder skal kunne benytte seg av den brukte lisensen må de laste ned et eksemplar av programvaren fra Oracles hjemmesider dersom kunden ikke allerede har et nedlastet program.

3.2 Sakens rettslige side

Oracle brakte saken inn for retten med påstand om å stanse UsedSofts markedsføring av salg av brukt programvare. Dette ble tatt til følge i første instans. UsedSoft anket deretter avgjørelsen til Bundesgerichtshof. Under behandlingen av saken utformet Bundesgerichtshof tre spørsmål til EU-domstolen vedrørende tolkningen av art. 5 (1) og art. 4 (2) i programvaredirektivet.⁵¹ Av de tre spørsmålene som ble forelagt EU-domstolen er det spørsmål nummer to som er av størst interesse for konsumpsjonsreglens anvendelse. Spørsmålet lyder som følger:

2. *(.....) is the right to distribute a copy of a computer program exhausted in accord-*

⁵⁰ Med ”brukt” programvare menes her at programvaren har blitt videresolgt fra opprinnelig kjøper.

⁵¹ Oracle-avgjørelsen premiss 34.

*ance with the first half-sentence of Article 4(2) of Directive 2009/24 when the acquirer has made the copy with the rightholder's consent by downloading the program from the internet onto a data carrier?*⁵²

Spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen var altså hvorvidt vilkårene for konsumpsjon i programvaredirektivet art. 4(2) var oppfylt når den første erververen av en programvare har lastet ned et eksemplar av programvaren fra rettighetshavers nettsted til sin egen harddisk med rettighetshavers godkjenning.

Den første problemstillingen domstolen tar stilling til er om den lisensbaserte retten til bruk av programmet samt nedlastningen av et programvareeksemplar til kjøpers datamaskin er å anse som "a sale" i henhold til ordlyden i konsumpsjonsregelen i art. 4 (2) i programvaredirektivet.⁵³ Domstolen fremhever i den forbindelse at salgsvilkåret skal forstås og tolkes autonomt av medlemslandene for å sikre en ensartet praktisering av rettighetene i programvaredirektivet. Domstolen definerer salgsvilkåret på følgende vis:

*"According to a commonly accepted definition, a 'sale' is an agreement by which a person, in return for payment, transfers to another person his rights of ownership in an item of tangible or intangible property belonging to him. It follows that the commercial transaction giving rise, in accordance with Article 4(2) of Directive 2009/24, to exhaustion of the right of distribution of a copy of a computer program must involve a transfer of the right of ownership in that copy."*⁵⁴

Avgjørende for om salgsvilkåret i programvaredirektivet art. 4(2) er oppfylt, er etter domstolens mening om det foreligger en overdragelse av eiendomsretten til eksemplaret. Domstolen konkluderer i den forbindelse med at kjøpet av lisensen med påfølgende nedlastning

⁵² Ibid premiss 34.

⁵³ Ibid premiss 38.

⁵⁴ Ibid premiss 42.

av eksemplaret innebærer en overføring av eiendomsretten til det eksemplaret som er kjøpt og lastet ned av kjøper:

*As regards the question whether, in a situation such as that at issue in the main proceedings, the commercial transactions concerned involve a transfer of the right of ownership of the copy of the computer program, it must be stated that, according to the order for reference, a customer of Oracle who downloads the copy of the program and concludes with that company a user licence agreement relating to that copy receives, in return for payment of a fee, a right to use that copy for an unlimited period. The making available by Oracle of a copy of its computer program and the conclusion of a user licence agreement for that copy are thus intended to make the copy usable by the customer, **permanently, in return for payment of a fee designed to enable the copyright holder to obtain a remuneration corresponding to the economic value of the copy of the work of which it is the proprietor.**⁵⁵(...)*

"In those circumstances, the operations mentioned in paragraph 44 above, examined as a whole, involve the transfer of the right of ownership of the copy of the computer program in question."⁵⁶

Kjøpet av en brukslisens med etterfølgende nedlastning av et programvareeksemplar til kjøpers maskin er med andre ord et "salg" i henhold til art. 4 (2) i programvaredirektivet. I henhold til det ovennevnte sitat vil dette være tilfellet når bruksretten er evigvarende, og rettighetshaveren har mottatt et vederlag som tilsvarer den økonomiske verdien av det konkrete verkseksemplaret.

⁵⁵ Ibid premiss 45.

⁵⁶ Ibid premiss 46.

Domstolen tar deretter stilling til en anførsel fra Oracle og Kommisjonen som går ut på at konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet bare kommer til anvendelse ved salg av fysiske eksemplarer av en programvare.⁵⁷ Oracle og Kommisjonen hevder at dette følger av en tolkning av infosoc-direktivet art. 4(2) i lys av fortalens punkt 28 og 29, art. 8 i WIPO-traktaten, og ”the agreed statements” vedrørende traktatens art. 6 og 7.⁵⁸ Domstolen fremhever i den forbindelse at programvaredirektivet er *lex-specialis* overfor infosoc-direktivet. Konsumpsjonsbestemmelsen i infosoc-direktivet vil følgelig ikke være egnet til å legge noen direkte føringer på fortolkningen av art. 4 (2) i programvaredirektivet, uavhengig av hvordan konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet er å forstå.⁵⁹ Hvorvidt konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet art. 4 (2) får anvendelse ved salg av digitale eksemplarer, beror etter domstolens mening utelukkende på om vilkårene i art. 4(2) er oppfylt. Når domstolen så går over til tolkningen av konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet art. 4(2), ser domstolen først hen til bestemmelsens ordlyd. Domstolen trekker den slutning at ordlyden i seg selv ikke utelukker anvendelse ved salg av digitale eksemplarer. Videre blir art. 1 (2) i programvaredirektivet anvendt til støtte for at konsumpsjonsprinsippet i art. 4 (2) inntreffer ved salg av både fysiske og digitale verk. Art. 1(2) sier uttrykkelig at ”protection in accordance with this Directive shall apply to the expression *in any form* of a computer program”. På bakgrunn av det nevnte konkluderer domstolen med at Oracles spredningsrett er konsumert⁶⁰. Dette gjelder uavhengig av det lisensbaserte forbudet mot videresalg, da programvaredirektivet blir ansett for å være preseptorisk.⁶¹

3.2.1 Avgjørelsens ratio

⁵⁷ Ibid premiss 53.

⁵⁸ http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456

⁵⁹ Oracle v. UsedSoft premiss 60.

⁶⁰ Ibid premiss 72.

⁶¹ Ibid premiss 77.

EU-domstolens konklusjon er at nedlastning av et programvareeksemplar fra internett med rettighetshaverens samtykke, sammenholdt med salget av en lisens som gir kjøperen en evigvarende bruksrett, er å anse som overføring av eiendomsretten til det konkrete eksemplaret. Eksemplaret er følgelig ”solgt”, i henhold til ordlyden i programvaredirektivet art. 4(2), med den påfølgende konsekvens at opphavsmannens enerett til spredning av det konkrete eksemplaret konsumeres. Dette åpner opp for at UsedSoft kan videreselge ”brukt” programvare uten å krenke Oracles enerett til spredning.

3.3 Rekkevidden av Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen

3.3.1 Generelt om rekkevidden til avgjørelser fra EU-domstolen:

Som hovedregel er EU-domstolens avgjørelser kun bindende for partene i den konkrete sak, og avgjørelsen har i prinsippet ikke rekkevidde utover denne.⁶² Ved prejudisielle foreleggelse vil imidlertid EU-domstolens svar på tolkningsspørsmål være bindende for den domstol som har bedt om en avgjørelse.⁶³ I slike saker tar domstolen ikke bare stilling til faktum, men også forståelsen av EU-retten. Dette innebærer at disse avgjørelsene lettere kan få rekkevidde utenfor sin egen sak.⁶⁴ EU-retten åpner i større grad enn mange andre rettssystemer for rettskapning gjennom praksis. For å kunne realisere EU-rettens målsetting om å skape et regelverk som bidrar til å skape et velfungerende marked, må EU-domstolen tolke direktivets bestemmer i tråd med samfunnsutviklingen. Dette fordrer at domstolen har kompetanse til å foreta en dynamisk tolkning av EU-retten.

⁶² Finn Arnesen, ”Introduksjon til rettskildelæren i EF”, s. 65.

⁶³ Jf. EØS-rett, 2 utg, s. 135.

⁶⁴ Jf. note 67, s 86.

3.3.2 Konsumpsjon ved salg av digitale eksemplarer av programvare

Oracle v. UsedSoft fastsetter at konsumpsjonsbestemmelsen i programvaredirektivet kommer til anvendelse ved salg av digitale programvareeksemplarer. Det avgjørende er at det har skjedd et ”salg” av et programvareeksemplar som gir erververen evigvarende bruksrett, i form av eksemplarnedlasting til erververens maskin mot betaling av et vederlag. Slutningen står ikke i motstrid med andre relevante rettskildefaktorer. Dette bidrar til å gi tolkningsresultatet rettskildemessig tyngde. Avgjørelsen må derfor antas å legge klare føringer på hvordan programvaredirektivets konsumpsjonsprinsipp skal anvendes i fremtidige saker som gjelder salg av programvare i digital form, og åpner dermed opp for et digitalt brukmarked for kjøp og salg av digital programvare.

Avgjørelsens rekkevidde begrenses av enkelte forutsetninger som må være tilstede for at konsumpsjon skal inntre. For det første må programvaren være gjort tilgjengelig for nedlastning uten tidsbegrensning. Dette vil ikke være tilfelle dersom lisensavtalen bare gir en tidsbegrenset bruksrett. For den andre må første erverver av programvaren slette sitt nedlastede eksemplar for programvaren videreselges. For det tredje stiller domstolen som vilkår at brukslisensen må selges i sin helhet. Det er altså ikke anledning til å bare selge 10 programvarelisenser dersom disse inngår i en pakke på 20 lisenser. Til sist må opphavsmannen ha mottatt et vederlag tilsvarende den økonomiske verdien av eksemplaret for at salgsvilkåret i art. 4 (2) er oppfylt.

3.3.2.1 Hva er programvare?

Avgjørelsens rekkevidde er begrenset til å gjelde åndsverk som er beskyttet under programvaredirektivet. Art. 1 (1) i programvaredirektivet angir at begrepet ”*edb-program*”⁶⁵ skal omfatte ”*forberedende designmateriale hertil*”, og beskyttelsen skal komme til anven-

⁶⁵ EDB er en forkortelse for elektronisk databehandling.

delse på programvare i enhver uttrykksform, jf. Art. 1 (2) og fortalen punkt 7. Det mangler allikevel en klar definisjon av hva som er et edb-program eller forberedende designmateriale,- både i programvaredirektivet og i de øvrige internasjonale avtalene.⁶⁶ Direktivets rekkevidde begrenses imidlertid av art. 1 (2), som angir hvilke elementer av en programvare som ikke er beskyttet under programvaredirektivet. Det fremgår av art. 1 (2) at: ” *Idéer og prinsipper, som ligger til grunn for de enkelte elementer i et edb-program, herunder sådanne idéer og prinsipper, som ligger til grunn for dets grænseflader, nyder ikke ophavsretlig beskyttelse efter dette direktiv*”. Ideen bak en programvare samt dens brukergrensesnitt faller følgelig utenfor beskyttelsen i programvaredirektivet.⁶⁷

Et spørsmål av særlig interesse i forbindelse med UsedSoft-saken er hvorvidt multimedieprodukter, for eksempel data- eller videospill, er å anse som programvare som nyter beskyttelse under programvaredirektivet. Multimedieprodukter består, som navnet tilsier, av ulike kombinasjoner av medietyper. Et videospill vil følgelig bestå av både audio-visuelle elementer, i tillegg til en objektkode og en kildekode.⁶⁸ Dersom et multimedia-produkt nyter beskyttelse under programvaredirektivet, vil produktet kunne videreselges ”brukt” i digital form, jf. Oracle v. Usedsoft-avgjørelsen.

I en avgjørelse fra 2009⁶⁹ fastslo EU-domstolen at programvaredirektivet bare kommer til anvendelse på de elementene av en programvare ”*which permit reproduction of the program in different computer languages, such as the source code and the object code*”. Beskyttelsen dekker ikke elementer av et program som ikke leder til reproduksjon eller ska-

⁶⁶ Eksempelvis WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Software 1978, US Copyright Act 1976, s. 101.

⁶⁷ Brukergrensesnitt (av engelsk *user interface*) eller *brukerflate* er det grensesnittet som gjør at en bruker kan kommunisere med maskiner. En bil har for eksempel et ratt som gjør det mulig å kommunisere med bilen. <http://no.wikipedia.org/wiki/Brukergrensesnitt>

⁶⁸ Objekt code: programvare uttrykt i maskinlesbar form. Kildekode: programvarens språk som gjøre det mulig for mennesker å forstå og jobbe med instruksjoner.

⁶⁹ Case-393/09 - Bezpečnostní softwarová asociace

pelse av en programvare, herunder det grafiske brukergrensesnittet ("graphic user interface"). Det ble i den forbindelse uttalt at: *"The graphic user interface does not enable the reproduction of that computer program (...) it follows that interface does not constitute a form of expression of a computer program within the meaning of Article 1(2), and that, consequently it cannot be protected specifically by copyright in computer programs by virtue of that directive."* Brukergrensesnittet i video-og tv-spill er dermed ansett for ikke å beskyttet under programvaredirektivet.⁷⁰

Etter at Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen ble avsagt i 2012, har det blitt påpekt at de to avgjørelsene samlet medfører at erververen av multimedieprodukter, for eksempel dataspill, bare vil kunne videreselge de elementene i produktet som nyter beskyttelse under programvaredirektivet, mens det er uklart hvorvidt de litterære og audio-visuelle elementene i spillet som har hjemmel i infosoc-direktivet kan videreselges.⁷¹

I den nylige avsagte saken mellom Nintendo og PC POX er et av spørsmålene om videospill skal subsumeres under programvaredirektivet eller infosoc-direktivet.⁷² Saken dreier seg om infosoc-direktivets regler om forbud mot salg mv. av innretninger for omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer etablert av rettighetshaver for å kontrollere fremstilling av eksemplarer av et åndsverk eller tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten.

Spørsmålet om videospill er å anse som en programvare eller ikke, var av stor betydning i saken ettersom programvaredirektivet gir et svakere vern for beskyttelsesinnretninger enn det som er tilfellet under infosoc-direktivet. Nintendo var følgelig av den oppfatning at et videospill besto av noe mer enn bare programvareelementer, slik at beskyttelse under pro-

⁷⁰ EU-domstolen ga imidlertid uttrykk for at det grafiske brukergrensesnittet kan nyte opphavsrettslig beskyttelse som åndsverk under Infosoc-direktivet dersom det oppfyller kravet til originalitet (Authors Own Creation), jf Ibid, paragraf 44,45 og 46.

⁷¹ http://www.martindale.com/computer-software/article_Edwards-Wildman-Palmer-LLP_2067220.htm

⁷² Case-355/12

gramvaredirektivet ikke var aktuelt. Ved utformingen av de rådgivende spørsmålene til EU-domstolen ga den nasjonale domstolen uttrykk for at dataspill er vernet ut over det som følger av programvaredirektivet, da det er et sammensatt verk som består av programvare, så vel som lyd og grafikk.^{73 74} I sitt svar bekrefter EU-domstolen den nasjonale domstolens oppfatning. Utgangspunktet etter dette er dermed at multimedieprodukter nyter vern under infosoc-direktivet. Den konkrete virkningen av Nintendo-dommen er at konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet ikke vil få anvendelse ved salg av multimedieprodukter, herunder video- og tv-spill i digital form. Adgangen til videresalg av video- og tv-spill som er solgt i digitalt format vil dermed avhenge av om konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet kommer til anvendelse på digitale verk. Dette kommer an på om rekkevidden til UsedSoft v. Oracle kan utvides til salg av andre typer digitale verk enn programvare.

Det er imidlertid mulig at siste ord i saken ikke er sagt. I saken “Grund and others, Case C-458/13”, som per skrivende stund er under behandling i EU-domstolen, er et av spørsmålene om teknologiske beskyttelsessystemer som er ment å beskytte video-spill og spillkonsoller skal reguleres av infosoc- eller programvaredirektivet.⁷⁵ Hvorvidt EU-domstolen velger å følge samme linje som den gjorde i Nintendo-saken gjenstår å se.

3.3.3 Konsumpsjon ved salg av eksemplarer av andre typer åndsverk i digital form?

Spørsmålet i det følgende er om avgjørelsen i Oracle. v. UsedSoft-avgjørelsen kan anvendes til støtte for konsumpsjon av opphavsmannens enerett til spredning ved overføring av

⁷³ Den nasjonale domstolen var italiensk.

⁷⁴ Nintendo v. PC POX premiss 16.

⁷⁵ <http://eulawradar.com/case-c-45813-grund-and-others-video-games-and-technological-protection-mechanisms/> og <http://www.ipo.gov.uk/pro-policy/policy-information/ecj/ecj-2013/ecj-2013-c45813.htm>

andre typer digitale verk enn programvare. Som det fremgår av fremstillingen hittil gjelder Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen i hovedsak bare tolkningen av konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet.⁷⁶ Konsumpsjon inntreffer som følge av at det har skjedd et ”salg” av programvareeksemplaret, som er et vilkår for konsumpsjon i henhold til art. 4 (2) i programvaredirektivet. Avgjørelsens rekkevidde er dermed i utgangspunktet begrenset til konsumpsjonsregelens anvendelse ved salg av digitale programvareeksemplarer.

Det er imidlertid flere uttalelser i avgjørelsen som berører konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet og dens anvendelse ved salg av digitale eksemplarer, altså andre typer digitale verk enn bare programvare. Spørsmålet som reiser seg er om disse uttalelsene kan overføres til fortolkningen av infosoc-direktivets konsumpsjonsregel. I det følgende vil det bli foretatt en gjennomgang de ulike momentene i avgjørelsen som både taler for og i mot å gi avgjørelsen rekkevidde til salg av andre digitale verk enn programvare.

3.3.3.1 Fortolkning av spredningsbegrepet i infosoc-direktivet - Fra overføring av en tjeneste til salg av en vare

Det første argumentet som taler for å gi avgjørelsen en utvidet rekkevidde kan utledes fra avgjørelsens premiss 52. Domstolen kommer her med et obiter dicta som relaterer seg til en anførsel fra Oracle og Kommisjonen vedrørende tolkningen av konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet, hvor det anføres at salg av et digitalt programvareeksemplar må anses som en overføring av en tjeneste og ikke som salg av en vare. Grunnlaget for argumentet er at digitale overføringer skal behandles som en tjenestehandling, jf. infosoc-direktivet art. 3.1 tolket i lys av fortalens punkt 29.⁷⁷ Klassifiseringen er av stor rettslig betydning for spørsmålet om konsumpsjon, ettersom konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet ikke kommer til anvendelse ved tjenestehandlinger, jf. fremstillingen under punkt. 2.1.1.

⁷⁶ Se eksempelvis premiss 38 og 51 i Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen.

⁷⁷ Se fremstillingen under punkt 2.1.1 ovenfor.

Programvaredirektivet anses av domstolen for å være *lex specialis* overfor infosoc-direktivet, og spørsmålet om konsumpsjon løses dermed utelukkende ut i fra en tolkning av salgsvilkåret i programvaredirektivet art. 4 (2). Konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet gjelder imidlertid uavhengig av om handlingen klassifiseres som en tjeneste eller vare, det avgjørende er om det har foregått et ”salg”.⁷⁸ Domstolen behøver dermed ikke å forholde seg til sondringen mellom varer og tjenester som følger av infosoc-direktivet ved tolkningen av art. 4 (2) i programvaredirektivet. Til tross for dette velger domstolen å uttale seg om hvordan den ville klassifisert salg av et nedlastet programvareeksemplar i tilknytning til infosoc-direktivet:

*”the existence of a transfer of ownership changes an ”act of communication to the public” provided for in Article 3 of that Directive⁷⁹ into an act of distribution referred to in Article 4 of the directive, which, if the conditions in Article 4 (2) are satisfied, can, like a ”first sale...of a copy of a program” referred to in Article 4(2) of Directive 2009/24, give rise to exhaustion of the distribution right”.*⁸⁰ (min utheving)

Uttalelsen kan tolkes dithen at salg av et åndsverk i digital form vil kunne transformeres fra å bli subsumert som en fremføring av en tjeneste (act of communication) til å bli subsumert som spredning av en vare (act of distribution), dersom salget innebærer en overføring av eierretten til det aktuelle verkseksemplaret. Konsekvensen av en slik transformasjon er at konsumpsjonsregelen i infosoc-art. 4(2) vil komme til anvendelse ved salg av digitale åndsverk.

EU-domstolen trekker denne slutningen ut i fra en tolkning av art. 3 (1) og 4 (1) i lys av WIPO-traktaten art. 6 (1). Som tidligere nevnt i punkt 2.1. er reglene i infosoc-direktivet

⁷⁸ Dette fremgår forutsetningsvis av ordlyden i art. 4.1 a-c, samt konsumpsjonsregelen i 4.2.

⁷⁹ I denne konteksten er det tale om infosoc-direktivet.

⁸⁰ *UsedSoft v. Oracle* premiss 52.

basert på reglene i WIPO-traktaten, og sistnevnte traktat gir dermed føringer på fastleggelsen av innholdet i infosoc-traktaten.⁸¹ Verken spredning- og fremføringsbegrepet er definert klart under infosoc-direktivet, og må følgelig tolkes i lys av WIPO traktaten art. 6 (1).⁸² Eneretten til spredning er i sistnevnte bestemmelse definert på følgende måte:

*(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works **through sale or other transfer of ownership.** (min utheving)*

EU- domstolen tolker dermed WIPO-traktatens art. 6 dithen at dersom et salg av et programvareeksemplar i realiteten innebærer en overføring av eierretten av verket eller eksemplarer av det, skal handlingen karakteriseres en spredningshandling. Tilsvarende forståelse må tillegges spredningsbestemmelsen i art. 4 (1) i infosoc-direktivet. Salg av en evigvarende bruksrett samt nedlastning av et eksemplar fra rettighetshaverens hjemmeside er etter domstolens mening to prosesser som samlet sett utgjør en overføring av eierretten til det aktuelle programvareeksemplaret. I henhold til domstolens resonnering utgjør denne prosessen en spredningshandling både under art. 4 (2) i programvaredirektivet og infosoc-direktivet art. 4(2). Salg av for eksempel musikk i digital form vil dermed kunne være en spredningshandling såfremt salget innebærer en overføring av eierretten til eksemplaret. Konsekvensen av dette er at konsumpsjonsbestemmelsen i art. 4 (2) i infosoc-direktivet kan få anvendelse ved salg av alle typer digitale verk. Konsumpsjon av digitale åndsverk vil dermed være et resultat av en utvidende tolkning av spredningsdefinisjonen i infosoc-direktivet art. 4 (1), og ikke som følge av en utvidende tolkning av konsumpsjonsregelen.

Det er imidlertid enkelte uklarheter i domstolens argumentasjon. For det første går ikke domstolen nærmere inn på hvordan den forholder seg til de såkalte ”agreed statements” til

⁸¹ Se Infosoc-direktivets fortale pkt. 20.

⁸² Dette ble også fremhevet av Generaladvokat Bot i sitt forslag til avgjørelse i Oracle v. UsedSoft, se forslagetets premiss 73.

til WIPO art. 6 (1), som gir klare føringer på hvordan spredningsretten i infosoc-direktivet skal forstås. Det fremgår her at:

”the expressions "copies" and "original and copies," being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.” (min utheving)

I henhold til bestemmelsens ordlyd er altså spredningsretten bare er ment å omfatte eksemplarer som kan omsettes i fysisk form. Dette er som tidligere nevnt under punkt 2.1.1 et resultat av de synspunkter som kom frem under forhandlingene som foregikk mellom medlemslandene opp mot vedtagelsen av WIPO-traktaten. En av grunnene til at digitale overføringer ble klassifisert som en tjenestehandling var å unngå at konsumpsjonsbestemmelsen kom til anvendelse ved digitale overføringer av verk. Oppfatningen var at digitale eksemplarer ikke var egnet for videresalg, ettersom erververen kan beholde ett eksemplar av verket etter videresalget som følge av at det reproduseres et nytt eksemplar hver gang et verk overføres digitalt. Digitale overføringer av verk ble av den grunn klassifisert som en tjenestehandling uten mulighet for konsumpsjon. Digitale verk faller dermed i utgangspunktet utenfor spredningsretten etter WIPO art. 6 (1), uavhengig av om det har skjedd en overføring av eierretten til det aktuelle eksemplaret.

Domstolens rettslige klassifisering av salg av digitale verkseksemplarer kolliderer også med ordlyden i fortalen til infosoc-direktivet. Som tidligere nevnt i fremstillingen av gjeldende rett under punkt 2.1.1, fremgår det av fortalens punkt 28 at retten til å kontrollere spredning kun gjelder overfor verk som inngår i et fysisk eksemplar, i tråd med forståelsen av spredningsretten i WIPO art. 6 (1). Digitale overføringer er klassifisert som en tjenestehandling, ikke en spredningshandling. I forbindelse med konsumpsjonsregelens anvendelse fremgår det også klart av infosoc-direktivets fortale at konsumpsjonsbestemmelsen ikke gjelder i forbindelse med tjenester, herunder online-tjenester.⁸³ Samlet sett gir fortalen et

⁸³ Jf. infosoc-direktivets fortale punkt 29

klart uttrykk for at overføring av digitale tjenester er å anse som en tjenestehandling som ikke faller inn under konsumpsjonsregelens anvendelsesområde. Domstolens kategorisering av salg av et digitalt eksemplar som en spredningshandling såfremt det skjer en overføring av eierretten til det aktuelle eksemplaret, viser seg altså å være vanskelig å forene med direktivets ordlyd.

Det kan imidlertid argumenteres for at direktivets ordlyd ikke er til hinder for å tolke spredningsretten slik at den omfatter digitale verkseksemplarer. I en nylig utgitt artikkel skrevet av de tre danske professorene Thomas Riis, Jens Schovsbo og Henrik Udsen tolker artikkelforfatterne domstolens premiss 52 dithen at spredningsretten vil kunne omfatte digitale eksemplarer uavhengig av direktivets ordlyd. I forbindelse med rettskildekollisjonen med infosoc-direktivets fortale blir følgende uttalt:

*”betragtning 29 anfører (....) at spørsmålet om konsumpsjon ikke er relevant for tjenester, herunder online-tjenester. Men konsumpsjon er utvilsomt relevant ved eksemplarspredning, og legger man til grund, at overdragelse af digitale eksemplarer ved download har karakter af eksemplar fremstilling, som EU-domstolen øjensynligt gør, kan man derfor argumentere for, at betragtning 29 ikke retter seg mod denne situasjonen”.*⁸⁴ (min utheving)

Som det fremgår av det nevnte sitat hevder artikkelforfatterne at det kan argumenteres for at direktivets fortale ikke er i kollisjon med den situasjonen domstolen skisserer i premiss 52. Domstolen argumenterer ikke for at tjenestehandlinger skal konsumeres, men at salg av et digitalt eksemplar skal behandles som en spredningshandling som kan være gjenstand for konsumpsjon. Fortalens punkt 29 gir bare uttrykk for at konsumpsjon ikke gjelder ved tjenester. Den er isolert sett ikke til hinder for at salg av et digitalt eksemplar defineres som en spredningshandling.

⁸⁴ T. Riis, J. Schovsbo og H. Udsen, ”Videresalg av digitale eksemplarer –endrer UsedSoft-dommen rettstilstanden?” T. Riis, J. Schovsbo og H. Udsen, 2014, s. 466, andre spalte.

Samlet sett vitner domstolens uttalelser i premiss 52 om en ny tilnærming til spørsmålet om anvendelsen av konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet ved salg av digitale eksemplarer. Istedenfor å kategorisere salg av et digitalt verkseksemplar som en tjenestehandling i henhold til ordlyden i infosoc-direktivet art. 3 (1), ser domstolen hen til om det foreligger en overføring av eiendomsretten eller ikke, uavhengig av om eiendomsoverføringen skjer gjennom en fysisk bærer eller om det skjer digitalt. Anvendelsen av konsumpsjonsregelen ved salg av digitale eksemplarer gjennom nedlastning er dermed ikke et resultat av en tolkning av konsumpsjonsregelen i infosoc-art. 4 (2), men som følge av en tolkning av spredningsbegrepet i art. 4 (1).

Rettskildeskollisjonen med direktivets fortale gjør det imidlertid vanskelig å legge uttalelsene i premiss 52 til grunn som et tungtveiende argument for å gi Oracle v. UsedSoft utvidet rekkevidde. Det er allikevel verdt å merke seg at det rettslig sett ikke var nødvendig for domstolen å komme med uttalelsene i premiss 52 for å besvare spørsmålet om konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet. I og med at domstolen allikevel velger å foreta en tolkning som åpner for konsumpsjon av digitale eksemplarer under infosoc-direktivet, indikerer dette at domstolen kan komme til å foreta en lignende tilnærming til spørsmålet om konsumpsjon i en fremtidig sak vedrørende salg av åndsverk i digital form.

3.3.3.2 Konsumpsjon som følge av tolkning i lys av reglene om fri bevegelighet av varer og tjenester

EU-traktaten er utformet med sikte på å bidra til at varer og tjenester kan sirkulere fritt i hele EU og EØS.⁸⁵ Før vedtagelsen av infosoc-direktivet var opphavsmannens rettigheter nødt til å bli tilpasset prinsippet om varer og tjenesteytelsers frie bevegelighet, da opphavsmannens rettigheter i utgangspunktet var egnet til å være til hinder for den frie flyt.

⁸⁵ http://europa.eu/pol/comm/index_sv.htm ,

Det var først i den såkalte ”Deutsche Grammophon”-saken fra 1971 at EU-domstolen begynte å utvikle et rettslig kriterium for når eneretten til spredning og andre immaterialretter må vike for reglene om det frie varebyttet.⁸⁶ EU-domstolen uttalte her at rettigheter som er til hinder for varer og tjenesteytelsers frie bevegelse bare kan forsvares: *”to the extent to which they are justified for the purpose of safeguarding rights which constitute the specific subject matter of such property”*.⁸⁷ Rettigheter som ikke var en del av opphavsrettsbeskyttelsens ”særlige gjenstand”, ble konsumert.⁸⁸ Hva som ligger i kravet til opphavsrettens ”særlige gjenstand” for den aktuelle rettigheten vil dermed kunne være et moment ved fastleggelsen av innholdet og rekkevidden av konsumpsjonsreglene i infosoc- og programvare-direktivet.⁸⁹ Det nærmere innholdet i opphavsrettens ”særlige gjenstand” avhenger av hva EU-domstolen i sin løpende praksis anser for å være omfattet av den aktuelle opphavsrettsbeskyttelsen.⁹⁰

Lignende tilnærming til spørsmålet om konsumpsjonsregelens anvendelse ved salg av programvare i digital form blir foretatt av domstolen i premiss 62 i Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen. Argumentasjonen er foranlediget av Oracle og Kommissjonens synspunkt om at konsumpsjonsbestemmelsen ikke får anvendelse i forbindelse med tjenester. Domstolen uttaler i den forbindelse at:

*”As to the Commission’s argument that European Union law does not provide for the exhaustion of the distribution right in the case of services, it must be recalled that **the objective of the principle of the exhaustion of the right of distribution** of works protected by*

⁸⁶ Case 78/70 (1971) ECR: 487. Se Rognstad, ”Spredning av verkseksemplarer”, 1999, s. 421. Konsumpsjonsregelen er imidlertid ingen uttømmende regulering av når immaterialrettigheter er i strid med reglene om det frie varebytte, se nærmere Rognstad s. 420-421.

⁸⁷ Jf. Peter Groves, Tony Martino mfl, ”Intellectual Property and the Internal Market”, 1993, s. 7.

⁸⁸ T. Riis, J. Schovsbo og H. Udsen, ”Videresalg av digitale eksemplarer (...)”, s. 467.

⁸⁹ Jf. Rognstad (1999) s. 421. Spørsmålet blir nærmere bestemt hvilke formål de rettigheter som tilhører opphavsmannens ”særlige gjenstand” skal tjene.

⁹⁰ Jf. T. Riis, J. Schovsbo og H. Udsen (2014) s. 468.

*copyright is, in order to avoid partitioning of markets, to limit restrictions of the distribution of those works to what is necessary to safeguard the specific subject-matter of the intellectual property concerned.*⁹¹ (min utheving)

Uttalelsen er hentet fra Generaladvokat Juliane Kokotts forslag til avgjørelse i Football Association Premier League saken fra 2008, som ble inntatt i dommens premiss 106.⁹² Generaladvokat Kokott anfører i sitt innlegg at prinsippet om fri flyt av varer er et av de mest sentrale prinsippene i EU-retten. Begrensninger i dette prinsippet kan bare forsvares såfremt det har en legitim begrunnelse som er forenlig med EU-traktaten, og at det i særlig grad er i allmennhetens interesse.⁹³ Synspunktet bygger dermed på samme vurderingsnorm som ble oppstilt av EU-domstolen i ”Deutsche Grammophon”-saken, jf. sitatet ovenfor.

Ved å innta generaladvokatens uttalelser i Oracle v. UsedSoft, er det tydelig at EU-domstolen støtter opp under generaladvokatens synspunkt om at begrensninger på den frie flyt av varer bare kan forsvares ”*to what is necessary to safeguard the specific subject matter of the intellectual property concerned*”. Domstolen uttaler i den forbindelse:

*” To limit the application, in circumstances such as those at issue in the main proceedings, of the principle of the exhaustion of the distribution right under Article 4(2) of Directive 2009/24 solely to copies of computer programs that are sold on a material medium would allow the copyright holder to control the resale of copies downloaded from the internet and to demand **further remuneration** on the occasion of each new sale, even though the first sale of the copy had already enabled the rightholder to obtain an **appropriate remuneration**.*⁹⁴ (min uthevning)

⁹¹ Jf. dommens premiss 62.

⁹² C-403/08 og C-429/08, punkt 106. Domstolen henviser her til punkt 177 i generaladvokatens forslag til avgjørelse.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid premiss 63.

I henhold til det ovennevnte sitat er domstolen av den oppfatning at opphavsmannen har fått mulighet til å motta tilstrekkelig vederlag for eksemplaret gjennom det første eksemplarsalget av programvaren. Dersom konsumpsjonsregelen ikke kommer til anvendelse ved salg av et digitalt eksemplar av en programvare, vil rettighetshaveren ha mulighet til å kontrollere videresalg og kreve ytterligere vederlag for det digitale eksemplaret som er solgt. Opphavsmannen vil dermed få en for sterk rettighetsposisjon.⁹⁵ Dette åpner blant annet opp for at rettighetshaveren kan gi ulike betingelser for tilgang til programvare-eksemplarene i de ulike nasjonalstatene. Uttalelsene i sitatet ovenfor tyder på at domstolen anser opphavsmannens krav på et passelig vederlag som den særlige gjenstand som må beskyttes i forbindelse med opphavsmannens rett til å kontrollere salg av digitale eksemplarer.⁹⁶ Har opphavsmannen mottatt passelig vederlag i forbindelse med salg av et digitalt eksemplar, kan ikke fravikelse fra prinsippet om fri bevegelse for tjenesteytelser lenger lengre tillates ettersom det ikke lenger er behov for å beskytte den aktuelle rettighets særlige gjenstand. Hva som ligger i kravet til et passelig vederlag, fremgår av avgjørelsens premiss 52. Vilåret er at opphavsmannen har mottatt: *”payment of a fee designed to enable the copyright holder to obtain a remuneration corresponding to the economic value of the copy of the work of which it is the proprietor”*. Opphavsmannens vederlag må altså tilsvare den økonomiske verdien av det verkseksemplaret som er solgt.

Tolkningsresultatet står i kontrast til den tradisjonelle oppfatningen av konsumpsjonsbestemmelsens anvendelse ved overføring av tjenestehandlinger. Eneretten til å kontrollere overføring av en tjeneste til allmennheten har tradisjonelt blitt ansett for å være nødvendig for å *”safeguard the specific subject matter of the intellectual property concerned”*. Dette kom til uttrykk i Coditel-saken fra 1980, som gjaldt retten til fremføre en film på tv. hvor EU-domstolen uttaler at: *”the right of the copyright owner (...) to require fees for any sho-*

⁹⁵ Jf. T. Riis, J. Schovsbo og H. Udsen, (2014) s. 468.

⁹⁶ Ibid s. 469.

wing of a film is part of the essential function of copyright in this type of literary work".⁹⁷ Vederlag begrenset til første gangs visning ble her ansett for ikke å gi opphavsmannen passende vederlag.

Samlet sett åpner EU-domstolens formålsrettede tolkning opp for konsumpsjon av opphavsmannens rett til å kontrollere salg av digitale eksemplarer, til tross for at dette tradisjonelt sett er en tjenestehandling som ikke er tilknyttet noen konsumpsjonsbestemmelse i infosoc-direktivet. Som uttalt av Henrik Udsen, mfl, fastlegger dermed EU-domstolen konsumpsjonsprinsippet nærmere innhold på bakgrunn av hensynet til om rettighetshaverne har mottatt passende vederlag.⁹⁸

Domstolens betraktninger er knyttet til salg av programvareeksemplarer i digital form, men så lenge det er tale om salg av et digitalt eksemplar av et åndsverk hvor rettighetshaveren har fått mulighet til å motta tilstrekkelig vederlag, vil argumentasjonen kunne anvendes ved salg av andre typer digitale verk. Prof. Dr. Paul L.C Torremans påpeker imidlertid at tolkningsresultatet ikke nødvendigvis vil kunne åpne opp for konsumpsjon ved salg av alle typer digitale verker. Han trekker i den forbindelse frem den situasjonen hvor det kjøpes og nedlastes musikk fra Itunes. Vederlagskravet for en digital musikkfil på Itunes er minimal.⁹⁹ Dersom konsumpsjonsprinsippet kommer til anvendelse i et slikt tilfelle vil det kunne skade " *the essential function and the specific subject matter of copyright*"¹⁰⁰ . Argumentet antyder at det vil kunne oppstå vanskelige grensedragninger i forhold til hva som kan sies å utgjøre et passende vederlag i det enkelte tilfellet.

⁹⁷ Coditel v Cine Vog, case 62/70,1980, ECR 833. Se også uttalelser fra Peter Groves, Tony Martino mfl, "Intellectual Property and the Internal Market", 1993, s. 10.

⁹⁸ Ibid s. 470.

⁹⁹ <http://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2014/01/CREATE-Working-Paper-2014-02.pdf> s. 6.

¹⁰⁰ Ibid

3.3.3.3 Rettslig likestilling av fysiske og digitale verkseksemplarer

I Oracle v. UsedSoft premiss 61 foretar domstolen en utvidende fortolkning av salgsvilkåret i art. 4 (2) i programvaredirektivet til å omfatte digitale eksemplarer ut i fra et ”likebehandlingsprinsipp”. I vurderingen av hvorvidt konsumpsjon skal inntre ved salg av digital programvare, ser domstolen hen til de funksjonelle og økonomiske likheter som foreligger mellom salg av fysiske og digitale verk. Følgende blir uttalt:

*“It should be added that, from an economic point of view, the sale of a computer program on CD-ROM or DVD and the sale of a program by downloading from the internet are similar. The on-line transmission method is the **functional equivalent** of the supply of a material medium. Interpreting Article 4(2) of Directive 2009/24 in the light of the principle of equal treatment confirms that the exhaustion of the distribution right under that provision takes effect after the first sale in the European Union of a copy of a computer program by the copyright holder or with his consent, regardless of whether the sale relates to a tangible or an intangible copy of the program”*

I henhold til det ovennevnte sitat likestiller domstolen altså salg av fysiske og digitale eksemplarer av verk ut i fra et økonomisk perspektiv. I tillegg anser domstolen en digital overføring av et verk som den funksjonelle ekvivalenten til salg av en programvare lagret på et CD-rom eller DVD. Tolkning i lys av et likebehandlingsprinsipp taler dermed for at konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet bør få tilsvarende anvendelse ved salg av fysiske og digitale verkseksemplarer, jf. det domstolen betegner som ”the principle of equal treatment”.

Rognstad var tidlig ute med å stille spørsmål om hensiktsmessigheten av å forskjellsbehandle digitale overføringer av verkseksemplarer og salg av fysiske verk.¹⁰¹ I enkelte tilfel-

¹⁰¹ Rognstad, ”Konsumpsjon og Digitale overføringer – et forslag til en alternativ løsningsmodell, 2003, s. 459.

ler vil det være adskillige likheter mellom spredning av et fysisk eksemplar og digitale overføringer. Rognstad trekker spesielt frem de situasjoner der online-levering av et åndsverk fremstår som et sidestilt alternativ til levering av fysiske eksemplarer, eksempelvis overlevering av et dataprogram over nett, eller kjøp av film eller musikk i ”virtuelle forretninger”, som for eksempel Itunes.¹⁰² Uavhengig av om verket overføres digitalt og lastes ned av mottageren, eller om mottageren kjøper et fysisk eksemplar over disk, vil rettighetshaveren få muligheten til å motta tilstrekkelig kompensasjon for utnyttelsen av eksemplaret gjennom første gangs salg. I begge tilfeller oppfylles belønningssynspunktet bak konsumpsjonsregelen.¹⁰³ Etersom de økonomiske konsekvensene for bruker og rettighetshaver kan være identiske ved salg av digitale og fysiske verkseksemplarer, kan det argumenteres for at det ikke er noen grunn til forskjellsbehandling. Likebehandlingshensynet er ikke begrenset til å gjelde salg av digital programvare, men vil ha like stor relevans ved tolkningen av konsumpsjonsregelen for andre typer åndsverk i infosoc-direktivet art. 4 (2). Vilåret for digital konsumpsjon er imidlertid at det er tale om salg av et verkseksemplar i digital form som lastes ned på erververens harddisk.

Selv om det foreligger likheter mellom salg av fysiske og digitale verkseksemplarer, finnes det også noen ulikheter som taler mot å anvende konsumpsjonsbestemmelsen ved salg av digitale verkseksemplarer. Disse forskjellene kommer til syne når man ser hen til måten verket gjøres tilgjengelig for allmennheten på. Ved spredning av et fysisk eksemplar av et verk mister avgiveren rådigheten over dette eksemplaret, slik at det ikke er fysisk mulig å rå over verket etter spredning. Ved digitale overføringer avgis verket via en overføring av data. Avgiveren beholder dermed verkstilgangen. Verket er følgelig ikke knyttet til noen fysisk bærer, og kan viderefremidles til et ubegrenset antall mottagere ved digital overføring.¹⁰⁴ Risikoen for at en erverver videreselger ”perfekte” eksemplarer mot vederlag er dermed større i tilknytning til digitale verk enn ved fysiske verk, da det er forholdsvis en-

¹⁰² Ibid s. 457.

¹⁰³ Se fremstillingen under punkt 2.2.1

¹⁰⁴ Ibid s. 456.

kelt å kopiere et digitalt eksemplar. Den økte risikoen for misbruk av digitale verkseksemplarer i form av piratkopiering taler dermed for at overføringer av åndsverk i digital form ikke er like egnet for konsumpsjon som fysiske eksemplarer.

Domstolen har imidlertid imøtegått dette problemet i premiss 70 i avgjørelsen, der det blir uttalt:

“ An original acquirer who resells a tangible or intangible copy of a computer program for which the copyright holder’s right of distribution is exhausted in accordance with Article 4(2) of Directive 2009/24 must, in order to avoid infringing the exclusive right of reproduction of a computer program which belongs to its author, laid down in Article 4(1)(a) of Directive 2009/24, make his own copy unusable at the time of its resale.”

“Moreover, a copyright holder such as Oracle is entitled, in the event of the resale of a user licence entailing the resale of a copy of a computer program downloaded from his website, to ensure by all technical means at his disposal that the copy still in the hands of the reseller is made unusable.”¹⁰⁵

Det fremgår her at dersom kjøperen av et eksemplar ønsker å videreselge sitt eksemplar av verket til tredjemann, må han sørge for at hans verkseksemplar slettes i forbindelse med videresalget. I motsatt fall vil opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling krenkes. Digitale overføringer av verk vil under en slik forutsetning være tilnærmet salg av fysisk bok eller en CD.

Et problem med domstolens argumentasjon er imidlertid mangelen på konkrete tekniske løsninger i tilknytning til kravet om sletting av det digitale eksemplaret før et videresalg. I henhold til uttalelser i premiss 87, stiller domstolen krav til at rettighetshaveren må sørge

¹⁰⁵ Jf. Oracle-avgjørelsen premiss 87.

for at erververen sletter sitt eksemplar i forbindelse med videresalg av eksemplaret ”by all technical means at his disposal”. Det legges imidlertid ingen klare føringer på hvordan dette skal gjennomføres i praksis. Rettighetshavere av åndsverk i digital form er dermed nødt til å føre kontroll med de erververne som videreselger sine eksemplarer for å være sikker på at kravet om sletting blir utført. Risikoen for misbruk av digitale eksemplarer er altså av nevnte grunner adskillig større ved salg av digitale eksemplarer enn ved salg av fysiske eksemplarer.

Domstolen kommer imidlertid med et interessant motargument i premiss 79. Det erkjennes fra domstolens side at det vil være vanskelig å kontrollere hvorvidt en erverver sletter sitt eksemplar før et videresalg. Risikoen for at erververen beholder sitt eksemplar etter salg, vil imidlertid også være tilstede ved salg av programvare som er lagret på en CD- eller DVD. Også her vil det være vanskelig for opphavsmannen å kontrollere hvorvidt erververen sitter igjen med en kopi av programmet som er egnet for videresalg. Det uttales i den forbindelse at: ”To solve that problem, it is permissible for the distributor – whether ‘classic’ or ‘digital’ – to make use of technical protective measures such as product keys.”¹⁰⁶

Det kan dermed argumenteres for at risikoen for misbruk av programvare i digital form er tilnærmet lik den situasjonen hvor et programvareeksemplar selges på et CD-rom eller en lignende bærer. Likebehandlingsprinsippet vil derfor kunne sies å tale for lik rettslig behandling av fysiske og digitale verk når det digitale verket lastes ned på mottagerens maskin. I tillegg vil forskjellsbehandling av fysiske og digitale åndsverk komme på tvers av det grunnleggende prinsippet om fri bevegelighet av varer og tjenester i EU, som er en forutsetning for et velfungerende indre marked, jf. fremstillingen under punkt 3.3.3.2.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Oracle v. UsedSoft premiss 79.

¹⁰⁷ Se Andreas Rix, ”Konsumpsjon af eksemplarspredningsretten – en undersøgelse af det nye digitale konsumtionsprincip efter C-128/11” RETTID 2014.

Til tross for at domstolens uttalelser er knyttet til salg av programvare, vil ”likebehandlingssynspunktet” ha tilsvarende vekt ved salg andre typer verkseksemplarer som er nedlastet på erververens maskin.¹⁰⁸ Likebehandlingsprinsippet kan i prinsippet dermed anvendes til støtte for at konsumpsjonsregelen i infosoc-direktivet bør gis en teknologinøytral anvendelse, det vil si at bestemmelsen får anvendelse på både fysiske og digitale verkseksemplarer.

Enkelte forfattere har hevdet at domstolens uttalelser i avgjørelsens premiss 60 gir uttrykk for at konsumpsjonsbestemmelsen skal ha samme betydning i de forskjellige direktivene.¹⁰⁹ Det fremgår innledningsvis i premiss 60 at: ”(...) *the concepts used in Directives 2001/29 and 2009/24 must in principle have the same meaning (see Joined Cases C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League and Others [2011] ECR I-0000, paragraphs 187 and 188).*”. Når domstolen har kommet til at konsumpsjonsbestemmelsen i programvaredirektivet skal få anvendelse ved nedlastning av solgte digitale verkseksemplarer, innebærer dette at konsumpsjonsbestemmelsen i infosoc-direktivet må tillegges samme innhold. Argumentet er ikke imidlertid et utslag av en tolkning av konsumpsjonsreglene i lys av et ”likebehandlingsprinsipp”, men følger av det enkelte forfattere har betegnet som ”den opphavsrettslige enhetslære”.¹¹⁰ Argumentet er anvendt i favør av å tolke konsumpsjonsbestemmelsen i infosoc-direktivet utvidende.

3.3.4 Oppsummering

¹⁰⁸ I samme retning, se T.Riis, J. Schovsbo og H. Udsen, (2014), s. 467.

¹⁰⁹ Ibid, s. 466.

¹¹⁰ Jf. Andreas Rix, RETTID (2014) med videre henvisning til Henrik Udsen, (DFSO 2013). Se også T. Riis, J. Schovsbo og H. Udsen, (2014), s. 467. Begrepet ”den opphavsrettslige enhetslære” blir imidlertid ikke uttrykkelig anvendt i sistnevnte artikkel, men argumentasjonen går ut på det samme.

Som det fremgår av drøftelsen hittil, kan det utledes momenter fra Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen som både taler for og mot en utvidet anvendelse av konsumpsjonsregelen i infoc-direktivet. Prinsipielt sett er imidlertid domstolens argumentasjon knyttet opp mot salgsvilkåret i programvaredirektivet, og det finnes ingen klare uttalelser fra domstolens side som bekrefter at konsumpsjonsregelen i infoc-direktivet får anvendelse ved salg av digitale eksemplarer. De argumenter som taler for en utvidet rekkevidde, kolliderer i tillegg med en klar ordlyd i infoc-direktivets fortale.

EU-domstolen går imidlertid langt i å unngå uttalelser som avkrefter muligheten for digital konsumpsjon under infoc-direktivet. Likhetsbetraktningene mellom fysiske og digitale verkseksemplarer taler imidlertid for at konsumpsjonsbestemmelsen skal kunne komme til anvendelse ved salg av både digitale og fysiske verk. Domstolens tolkning av konsumpsjonsregelens rekkevidde i lys av prinsippet om fri flyt av varer signaliserer i dessuten en evne og en vilje til å la digitale åndsverk bli omfattet av konsumpsjonsregelens anvendelse, gitt at opphavsmannen har fått tilstrekkelig vederlag gjennom eksemplarsalget.

Hittil fremstår det dermed som nokså tvilsomt at Oracle v. UsedSoft kan legges til grunn som et prejudikat for konsumpsjon av digitale eksemplarer i tilknytning til konsumpsjonsregelen i infoc-direktivet art. 4 (2).

3.3.5 Domstolens rettsskapende virksomhet

Avgjørelsens rekkevidde er uløselig knyttet til EU-domstolens kompetanse til å være rettsskapende. Dersom man tolker Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen dithen at det åpnes for konsumpsjon ved salg av digitale eksemplarer, vil dette gi EU-domstolen karakter av å være et

lovgivende organ.¹¹¹ Dette skyldes som tidligere nevnt at ordlyden i infosoc-direktivets fortale uttrykkelig anser digitale overføringer som en tjenestehandling som ikke er gjenstand for konsumpsjon. EU-domstolen har imidlertid en traktatfestet rett til å fortolke og anvende EU-retten. Det grunnleggende kravet om en formålsrettet utvikling mot «en stadig nærmere sammenslutning» legitimerer, etter domstolens oppfatning, en rettsskapende holdning.¹¹² Dette innebærer blant annet å fylle inn de hull lovgivningen etterlater seg og skape et helhetlig system.¹¹³ Argumentasjonen i Oracle v. UsedSoft tyder på at domstolen ser behovet for å tilpasse konsumpsjonsreglens anvendelse til å omfatte salg av digitale verkseksemplarer. En utvidende tolkning av konsumpsjonsreglene i lys av EU-rettens grunnleggende prinsipp om fri flyt av varer og tjenester bidrar til å forhindre potensielle handelshindringer i det indre marked.¹¹⁴ Det kan dermed argumenteres for at domstolens dynamiske tolkning i Oracle v. UsedSoft kan forsvares ut i fra domstolens rett til å utvikle fellesskapsretten mot en stadig nærmere sammenslutning uten handelshindringer.

Det er imidlertid verdt å være varsom når domstolens tolkningsresultat innebærer at en klar ordlyd settes til side. Konsumpsjon av digitale eksemplarer vil ha stor innvirkning på den digitale utnyttelsen av åndsverk, og innebærer i tillegg et brudd med den tradisjonelle forståelsen av konsumpsjonsreglene i EU og EØS - retten. Det kan derfor argumenteres for at spørsmålet om konsumpsjonsregelens anvendelse ved salg av digitale åndsverk fordrer en særskilt gjennomgang gjennom en lovendringsprosess. Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen gir ikke svar på alle spørsmål som melder seg i forbindelse med digital konsumpsjon, spesielt i forhold til de langsiktige konsekvensene for primærmarkedet. Dette gjelder spesielt hvorvidt det er realistisk av domstolen å oppstille et vilkår om sletting av eksemplarer før et even-

¹¹¹ Lovgivningskompetansen tilhører formelt Kommisjonen og Rådet. Kommisjonen har eksklusiv formell initiativrett ved all ny lovgivning. Lovforslagene må vedtas av Rådet med kvalifisert flertall. I enkelte tilfeller har Kommisjonen adgang til å selv vedta lovregler. Jf. EØS-rett (2004), s. 126 og 127.

¹¹²<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/dok/regpubl/stmeld/20012002/stmeld-nr-27-2001-2002-5/3/2.html?id=327258>, jf. Lisboa-traktaten art. 1.

¹¹³ Arnesen, Rognstad mf, EØS-rett, 2 utgave, s. 52

¹¹⁴ Jf. argumentasjonen under 3.3.3.2.

tuelt videresalg, eller de konsekvenser et ”digitalt brukmarked” vil ha for markedet og dets aktører. En lovendringsprosess vil i større grad sikre at potensielle konsekvenser av digital konsumpsjon blir vurdert og tatt i betraktning for konsumpsjonsbestemmelsen utvides.

Tilsvarende rettskildeskollisjon oppstod i saken mellom ReDigi og Capitol Records i New York Southern District Court.¹¹⁵ Spørsmålet var om den såkalte ”first sale doctrine”, (heretter omtalt som førstesalgdoktrinen) som tilsvarende EU-rettens konsumpsjonsregel, ga rett til videresalg av digitale musikk eksempeler.¹¹⁶ Domstolen avgjorde at man ikke kan videregjøre digital musikk uten tillatelse fra rettighetshaveren. Selv om dommen ikke er en relevant rettskilde ved tolkningen av EU-retten, er den egnet til å belyse den amerikanske domstolens vektlegging mellom en klar ordlyd opp mot et eventuelt behov for å tilpasse førstesalgdoktrinen med den digitale utvikling. Saken gjaldt en påstått brudd på art. 101 i den amerikanske Copyright Act av 1976. Den saksøkte parten, ReDigi, er et nettbasert firma som fungerer som en plattform for kjøp og salg av brukt digital musikk ved hjelp av en særlig type software. Capitol Records hevdet at ReDigi hadde brutt plateselskapets spredningsrett ved å tilby deres musikk for salg på ReDigis hjemmeside. ReDigis motargument var at plateselskapets enerett til spredning var konsumert i det en musikkfil ble kjøpt og nedlastet av en kunde på iTunes. I forbindelse med tolkningen av førstesalgdoktrinen, uttaler domstolen at det bare er spredningsretten til det solgte eksemplaret som er konsumert i henhold til ordlyden i førstesalgdoktrinen i art. 109 a. I det en nedlastet musikkfil blir solgt videre av den opprinnelige erverver til en ny erverver, dannes det et nytt eksemplar, som ikke er beskyttet av førstesalgdoktrinen. Førstesalgdoktrinen får dermed ikke anvendelse på digitale overføringer av verk. ReDigis motargument mot domstolens tolkning var imidlertid at den teknologiske utvikling har medført ordlyden i førstesalgdoktrinen fremstår tvetydig, og må følgelig tolkes i lys av dens formål, nemlig ”*to incentivize creative work for the cause of promoting broad public availability of literature, music and other arts*”.¹¹⁷

¹¹⁵ Case 1:12-cv-00095 RJS, United States District Court, Redigi og Capitol Records.

¹¹⁶ Art. 109 a i den amerikanske Copyright Act.

¹¹⁷ ReDigi v. Capitol side 12.

Domstolen holdt imidlertid fast ved at førstesalg doktrinen bare beskytter det samme eksemplaret som er solgt, altså ikke et nytt eksemplar som dannes i forbindelse med en digital overføring. En tolkning i tråd med ReDigis anførsel anser domstolen for å være et lovgivende privilegium, *”that courts are unauthorized and ill suited to attempt”*¹¹⁸. I tilknytning til ReDigis anførsel om uhensiktsmessigheten av å kun anvende førstesalg doktrinen ved salg av fysiske verkseksemplarer fortsetter domstolen i samme linje: *”There are many reasons,(-...)for why such physical limitations may be desirable. It is left to the Congress, and not this court, to deem them outmodet”*.¹¹⁹ US District Court anså det derfor å falle utenfor sin kompetanse å tolke førstesalg doktrinen slik at den beskytter salg av digitale verk.

Tolkningsresultatet i ReDigi v. Capitol-dommen står dermed i kontrast til EU-domstolens dynamiske tolkning av konsumpsjonsbestemmelsen i Oracle v. UsedSoft. Det kan imidlertid argumenteres for at EU-domstolen kan tillate seg å anlegge en mer dynamisk tolkning av konsumpsjonsbestemmelsen enn den amerikanske District Court, da prinsippet om fri flyt av varer og tjenester er et helt grunnleggende prinsipp i EU-retten, og opphavsretten må tolkes i lys av disse prinsippene. Fri flyt er hovedregel, og opphavsmannens rettigheter må forsvares og tilpasses dette utgangspunktet for å kunne opprettholdes. I amerikansk opphavsrett er imidlertid opphavsmannens enerett til spredning og eksemplar fremstilling det rettslige utgangspunkt og hovedregel.¹²⁰ Som påpekt av Prof. Dr. Paul L.C Torremans kan disse underliggende forskjellene forklare hvorfor EU-domstolen tillater seg å foreta en utvidende fortolkning av konsumpsjonsbestemmelsen, mens den amerikanske US District Court anlegger en restriktiv fortolkning av førstesalg doktrinen da den begrenser opphavsmannens enerett til spredning.¹²¹

¹¹⁸ Ibid, øverste høyre spalte.

¹¹⁹ Ibid, s. 13, nederste venstre spalte.

¹²⁰ Jf. Prof. Dr. Paul L.C Torremans, “The Future Implications of the UsedSoft Decision”, feb. 2014, s. 5. <http://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2014/01/CREATE-Working-Paper-2014-02.pdf>

¹²¹ Ibid.

3.3.6 Avgjørelsens anvendelse i nasjonal praksis

En indikasjon på Oracle v. UsedSofts rekkevidde er å se hen til hvordan den har blitt fulgt opp i nasjonal rettspraksis. Den 5. mars 2013 ble det avsagt en dom fra den tyske domstolen "Landgericht Bielefeld" vedrørende nedlastning av e-bøker og lydbøker.¹²² Saksøkeren var en tysk forbrukerorganisasjon som på vegne av sine medlemmer hevdet at kjøp av e-bøker og lydbøker var urimelige overfor forbrukerne, spesielt som følge av at kjøpsavtalene inneholdt forbud mot videresalg og utlån av det digitale eksemplaret. Et sentralt spørsmål var hvorvidt det var urimelig å ha kontraktklausuler som ga uttrykk for at det var tale om "salg" av e-bøker, når bruksretten i realiteten var begrenset.¹²³ Den tyske domstolen anså ikke Oracle v. UsedSoft som et prejudikat for digital konsumpsjon av andre digitale verk enn programvareeksemplarer. Det ble vist til at EU-domstolens avgjørelse bare gjaldt tolkningen av konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet.¹²⁴ I Oracle v. UsedSoft ble programvaredirektivet som tidligere nevnt ansett for å være lex-specialis i forhold til infocodirektivet, og som følge av dette mente den tyske domstolen at avgjørelsens rekkevidde var begrenset til å gjelde konsumpsjon av kun programvare. Dette taler i retning av Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen ikke blir ansett for å kunne overføres til tolkningen av konsumpsjonsregelen i infocodirektivet etter tysk rett. Hvorvidt dette er den gjennomgående forståelsen av avgjørelsen i de øvrige medlemslandene rett vil det være for tidlig å si noe om.

¹²² Avgjørelsen kan leses i sin helhet her:

http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG_Bielefeld_vom_05.03.13_Klage_Verbraucherzentralen.pdf

¹²³ Sammendrag av den tyske dommen er hentet fra uttalelser fra Emma Linklaters:

<http://ipkitten.blogspot.no/2013/05/waiting-for-lower-court-to-reign-in.html>

¹²⁴ Jf. den tyske avgjørelsen, side 4 og 5.

Det er imidlertid noen faktiske forhold ved en tyske dommen som skiller seg fra Oracle. v. UsedSoft-saken. I sistnevnte sak la saksøktens forretningsmodell opp til at programvareeksemplaret ikke skulle beholdes av selgeren ved videresalg. I den tyske dommen ble imidlertid muligheten å anvende teknologi som var egnet til å forhindre at selgeren av et eksemplar beholder et eksemplar etter salget, ikke tatt i betraktning. Derimot antydet dommeren at man måtte regne med at forbrukeren ville videreselge det digitale eksemplaret uten å slette det gjenværende eksemplaret på forbrukerens maskin. Fordi forbrukerne var kjent med problemet med piratkopiering, måtte det antas at forbrukerne forventet at råderetten over et digitalt eksemplar er begrenset.¹²⁵ De faktiske forutsetningene som dommeren la til grunn var dermed, i større grad enn i Oracle-avgjørelsen, egnet til å skade rettighetshaverne av åndsverkene dersom det ble åpnet for konsumpsjon ved salg av e-bøker. Det kan dermed spekuleres i hvorvidt den tyske domstolen ville opprettholdt sin argumentasjon dersom forutsetningen hadde vært at e-bøkene ikke kunne beholdes av en forbrukeren i forbindelse med et videresalg.

Den tyske domstolen la videre vekt på at e-bøker er billigere enn fysiske bøker.¹²⁶ Forbrukeren ville dermed formodentlig akseptere en begrenset bruksrett til det digitale eksemplaret, da vederlaget tilsvarte den mottatte goden. Fra et forbrukerperspektiv vil en begrenset råderett i større grad kunne forsvares når prisen for et digitalt eksemplar er lavere. I Oracle v. UsedSoft var det ikke opplyst at det var noen prisforskjell mellom kjøp av et digitalt og fysisk programvareeksemplar. Som nevnt under punkt 3.3.3.3. ovenfor likestilte EU-domstolen de økonomiske aspektene ved salg av et digitalt og analogt verkseksemplar. Hensynet til å anvende like regler på like tilfeller gjorde seg derfor i større grad gjeldende i Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen.

¹²⁵ Jf. uttalelser fra Emma Linklaters, se premiss 124.

¹²⁶ Jf. noten ovenfor. Argumentet gjør seg imidlertid særlig gjeldende i Tyskland, da det er lovbestemt at e-bøker skal selges billigere enn fysiske bøker.

Samlet sett kan man imidlertid anføre at dommen er egnet til å gi en indikasjon på hvordan Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen vil bli tolket og anvendt i nasjonal rett i fremtidige saker. Avgjørelsen er anket, og det må i så fall antas å være sannsynlig at en rådgivende uttalelse vedrørende tolkningen av infosoc-direktivet vil bli forelagt EU-domstolen i forbindelse med en eventuell behandling av anken.¹²⁷ Hvorvidt EU-domstolen vil følge samme linje som i Oracle v. UsedSoft i tilknytning til konsumsjonsbestemmelsen i infosoc-direktivet gjenstår å se.

3.3.7 Behovet for eksemplarfremstilling – til hinder for videresalg av digitale eksemplarer?

Som utgangspunkt har opphavsmannen enerett til å fremstille eksemplarer av sitt verk.¹²⁸ En eksemplarfremstilling vil for eksempel være tilfellet når en bok fotokopieres, eller ved brenning av en CD-plate. Når et digitalt programvareeksemplar kjøpes og lastes ned fra rettighetshaverens hjemmeside, oppstår det også en eksemplarfremstilling av programvaren idet eksemplaret lagres på mottagerens maskin. Eneretten til eksemplarfremstilling gjelder uavhengig av om eneretten til spredning er konsumert. For at kjøpere av både nye og ”brukte” programvareeksemplarer skal kunne benytte seg av selve programvaren uten å krenke opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling, hjemler programvaredirektivet art. 5 (1) en rett til eksemplarfremstilling når det er ”*nødvendige for, at den, der rettmæssigt har erhvervet edb-programmet, kan benytte det efter dets formål, herunder til korrektion af fejl*”. (min utheving)

Et av spørsmålene i Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen var om erververen av en ”brukt” lisens til en programvare var å anse som en ”rettmessig erverver”, som i henhold til art. 5 (1) kan fremstille et eksemplar en programvare såfremt det er nødvendig for å nyttiggjøre seg av

¹²⁷ Jf. note 124. Artikkelens forfatter gir uttrykk for at avgjørelsen er anket.

¹²⁸ Jf. både infosoc-direktivet art. 2 (1) og programvaredirektivet art. 4(1) a.

programmet.¹²⁹ Den som kjøper sitt eksemplar direkte fra rettighetshaveren vil utvilsomt være ”rettmessig erverver”, og dermed ha hjemmel for å laste ned et eksemplar på sin maskin. Oracles argument var imidlertid at den som kjøper et eksemplar fra en etterfølgende erverver, og ikke fra rettighetshaveren, ikke vil være en ”rettmessig erverver” fordi lisensavtalen ikke er inngått direkte med rettighetshaveren. Dette vil i så fall innebære at den etterfølgende erververen ikke kan laste ned et brukt programvareeksemplar uten å krenke Oracles eksemplarfremstillingsrett.

Domstolen fremholder i den forbindelse rettighetshaverens rett til å kontrollere videre spredning av programvaren er konsumert ved første gangs salg.¹³⁰ Domstolen anser dermed den etterfølgende erverver for å være en ”rettmessig erverver”, jf art. 5 (1). Den som senere kjøper den ”brukte” programvarelisensen av den etterfølgende erververen, vil også være rettmessige erververe i henhold til art. 5 (1) i programvaredirektivet.¹³¹ I motsatt fall vil eneretten til eksemplarfremstilling være egnet til å forhindre anvendelsen av konsumsjonsregelen på et videresalg.¹³² Domstolens konklusjon var dermed at erververen av et ”brukt” programvareeksemplar kan fremstille et programvareeksemplar med hjemmel i art. 5 (1), uavhengig av om programvaren er kjøpt av den opprinnelige rettighetshaveren eller en senere erverver. Erververen av et brukt programvareeksemplar vil i henhold til EU-domstolens tolkning av art. 5 (1) i programvaredirektivet ha hjemmel for å laste ned et eksemplar av programvaren, uten at opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling er krenket.

¹²⁹ Jf. Oracle v. UsedSoft premiss 73.

¹³⁰ Jf. Oracle v. UsedSoft premiss 80.

¹³¹ Ibid 80.

¹³² Ibid 83.

Til belysning skiller dette seg fra konklusjonen i den ovennevnte sak mellom ReDigi og Capitol.¹³³ I likhet med EU-domstolen kom NY District Court til at en digital overføring av en digital musikkfil medfører at det oppstår et nytt eksemplar på erververens maskin. Opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling ble dermed ansett for å være krenket. Som følge av dette kom domstolen til at ReDigis videresalg ikke var beskyttet under ”førstesalg doktrinen”. Dette var fordi en urettmessig eksemplarfremstilling ikke ble ansett for å være ”*lawfully made under this title*”, jf. Copyright Act of 1976, §109, som er et vilkår for av førstesalg doktrinen skal komme til anvendelse på det solgte eksemplaret.¹³⁴

Programvaredirektivet art. 5 (1) vil imidlertid ikke kunne anvendes som hjemmel for rettmessig nedlastning av et digitalt verkseksemplar for andre typer verk enn programvare. Dersom det legges til grunn at Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen åpner for konsumpsjon av andre typer digitale verk enn programvare, må erververen av en ”brukt” musikkfil, eller et annet verkseksemplar som faller inn under infosoc-direktivet anvendelsesområde kunne påberope seg en hjemmel for nedlastning av et eksemplar såfremt ikke opphavsmannen har gitt sitt samtykke, eksempelvis i lisensavtalen.

Infosoc-direktivet inneholder ingen tilsvarende bestemmelse som art 5 (1) i programvaredirektivet. Art. 5 (2) b gir imidlertid hjemmel for privatkopiering, såfremt det er ”til privat bruk og for formål som er verken direkte eller indirekte er kommersielle”.¹³⁵ Nedlastning av et ervervet verkseksemplar kan dermed ikke foretas med et direkte eller indirekte kommersielt formål. En privatperson som har ervervet et verkseksemplar fra en annen privatperson, vil trolig ha hjemmel i art. 5 (2) b til å laste ned verkseksemplaret ettersom det ikke vil være til et kommersielt formål. Dette vil gjelde uavhengig av om verkseksemplaret er ervervet direkte fra rettighetshaveren eller fra en som videreselger et brukt eksemplar.

¹³³ Jf. Redigi v Capitol

¹³⁴ Ibid s. 11.

¹³⁵ Nasjonalstatene plikter forøvrig å gi rettighetshaverne rimelig godtgjøring for slik bruk, jf. ordlyden i art. 5 (2) b.

Situasjonen vil imidlertid fortone seg annerledes dersom det er en forhandler som kjøper et verkseksemplar ment for videresalg. Eksemplarframstilling av et eksemplar ment for videresalg til en privat eller profesjonell part, har helt klart et kommersielt formål. Art. 5 (2) b vil ikke hjemle lovlig eksemplarframstilling i slike tilfeller. Som fremhevet av T. Riis, J. Schovsbo og H. Udsen¹³⁶, oppstår det imidlertid en vanskelig grensedragning for de tilfeller hvor den ervervsdrivende utelukkende formidler kontakt mellom private parter, som selv foretas eksemplarframstillingen etter kjøp av lisens. Spørsmålet blir her om forhandlerens mellommannstjeneste har et indirekte kommersielt formål. Dette vil for eksempel være tilfellet for et firma med lignende forretningsmodell som UsedSoft.¹³⁷ Besvares dette spørsmålet bekreftende vil art. 5 (2) b ikke kunne brukes som hjemmel til eksemplarframstilling. Såfremt det ikke finnes alternativ hjemmel for eksemplarframstilling ved kjøp av digitale eksemplarer, eksempelvis i form av et avtalebasert samtykke fra rettighetshaveren, vil eneretten til eksemplarframstilling være egnet til å sette en stopper for digitalt videresalg av åndsverk i digital form fra en forhandler.

Medlemslandene er imidlertid ikke forpliktet til å innføre art. 5 (2) bokstav b etter sin ordlyd i nasjonal rett. Dette følger av ordlyden i art. 5 (2), hvor det fremgår at medlemsstatene ” *kan fastsette unntak fra eller avgrensninger av reproduksjonsretten...* ” (min utheving), herunder i tilfeller som er nevnt i art. 5 (2) b. Et medlemsland kan derfor velge å innføre en mer begrenset rett til privat eksemplarframstilling.¹³⁸ I norsk rett er unntaket hjemlet i åndsverkloven §12. Vilkårene som oppstilles er at eksemplarframstillingen ikke må skje i ”erhvervsøyemed”. Med ”erhvervsøyemed” menes et eksemplar framstilles med det formål at

¹³⁶ T.Riis, J. Schovsbo og H. Udsen, (2014), 2014, s. 473.

¹³⁷ UsedSoft solgte lisens til bruk av programvaren, mens kunden selv lastet ned et programvareeksemplar til sin harddisk fra Oracle sin hjemmeside.

¹³⁸ En konsekvens av dette er at retten til eksemplarframstilling i forbindelse med videresalg av digitale eksemplarer vil være tillatt i noen land, og forbudt i andre, jf. T.Riis, J. Schovsbo og H. Udsen, (2014), s. 473.

det skal benyttes i inntektsbringende virksomhet, men uavhengig av om virksomheten drives med sikte på økonomisk fortjeneste.¹³⁹ Retten til privatkopiering må i tillegg sees i sammenheng med den EU-rettslige ”tretrinnstesten”. I dette ligger at eneretten ikke må komme i konflikt med den normale utnyttelsen av verket, og ikke på urimelig måte tilside-sette opphavsmannens legitime interesser. Den norske unntaksregelen i §12 vil imidlertid hjemle eksemplarframstilling av et digitalt åndsverk dersom eksemplaret er ment å benyttes til privat bruk, på lik linje med art. 5 (2) b i infosoc-direktivet. Eneretten til eksemplarframstilling er følgelig ikke til hinder for videresalg av åndsverk i digital form mellom private parter til privat bruk.

4 Oracle v. UsedSoft- avgjørelsens relevans og vekt ved tolkningen av konsumpsjonsbestemmelsen i norsk rett.

Som det fremgår av fremstillingen hittil, er det grunn til å trekke den slutning at Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen bare kan tas til støtte for konsumpsjon av solgt programvare i digital form. Det er imidlertid ikke tvil om at avgjørelsen legger klare føringer på hvordan art. 4(2) i programvaredirektivet skal tolkes. Spørsmålet som reiser seg er hvilken betydning dette vil ha for tolkningen av konsumpsjonsregelen i åndsverkloven §19.

4.1 Generelt om tolkningen av EØS-bestemmelser som er gjort til norsk rett

Gjennom homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalen er argumenter som fremkommer av EU-domstolens praksis gjort til relevante og tungtveiende argumenter ved løsningen av

¹³⁹ Jf. Ot. Prp nr. 85, 1997-98 s. 31.

tolknings spørsmål i tilknytning til EØS-bestemmelser som er gjennomført i norsk rett.¹⁴⁰

¹⁴¹ Tendensen er at Høyesterett som legger EU-domstolens rettsoppfatning til grunn uten ytterligere diskusjon.¹⁴² Gjennomført intern rett må i tillegg tolkes i lys av presumsjonsprinsippet, - det vil si at norske bestemmelser så vidt mulig skal gis et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.^{143 144}

4.2 Gjennomføringen av programvaredirektivet i norsk rett

Konsumsjonsbestemmelsen i åndsverkloven §19 fikk sin nåværende ordlyd i forbindelse med gjennomføringen av infosoc-direktivet i 2005.¹⁴⁵ Programvaredirektivet fra 2009 ble implementert i norsk rett i 2011. Som følge av at det ikke forelå noen realitetsendringer fra den gamle programvaredirektivet fra 2009, var det ikke behov for noen endringer i åndsverkloven i forbindelse med gjennomføringen.¹⁴⁶ Konsumsjonsbestemmelsen i åndsverkloven §19 ble trolig ansett for å være tilstrekkelig grunnlag for å gjennomføre konsumsjonsbestemmelsen i programvaredirektivet art. 4(2), ettersom åndsverkloven §19 får anvendelse for alle typer åndsverk. Det finnes derfor ingen egen konsumsjonsbestemmelse i åndsverkloven som bare gjelder ved salg av programvare. Forholdet til konsumsjonsregelen i programvaredirektivet art. 4 (2) er heller ikke nevnt forarbeidene til åndsverkloven §19 i forbindelse med de endringene som ble gjort i 2005. Tilsvarende gjelder i forbindelse med gjennomføringen av det siste programvaredirektivet fra 2009.¹⁴⁷

¹⁴⁰ EØS art. 3 og ODA art. 3.

¹⁴¹ Finn Arnesen mf. EØS-rett, 2 utg, 2003, s. 216.

¹⁴² Ibid, s. 237. Høyesterett gir i større grad uttrykk for sitt standpunkt til en avgjørelse fra EFTA-domstolen.

¹⁴³ Jf, Rt. 2000 s. 1811.

¹⁴⁴ Ibid s. 242.

¹⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)

¹⁴⁶ <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2009/juni/edb-direktivet.html?id=570413>

¹⁴⁷ Jf. Ot.prp.nr. 46 (2004-2005)

Det er dermed grunn til å anta at lovgiver forutsatte at konsumpsjonsbestemmelsen i programvaredirektivet skulle forstås på samme måte som konsumpsjonsbestemmelsen i infoc-direktivet. Som nevnt i punkt 2.2, innebærer dette at §19 at bare får anvendelse ved salg av fysiske verkseksemplarer. En slik forståelse av §19 ville i så fall ha vært i tråd med gjeldende EU/EØS-rett på gjennomføringstidspunktet. Tolkning i lys av presumpsjonsprinsippet taler imidlertid i retning av at åndsverkloven §19 må tilpasses EU-domstolens tolkning av programvaredirektivet art. 4(2) i Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen. Dette vil i så fall innebære at åndsverkloven §19 vil få anvendelse ved salg av digitale eksemplarer av åndsverk.

Som uttalt i punkt 3.3.7.1 fremstår det som usikkert hvorvidt Oracle v. UsedSoft tas til støtte for konsumpsjon av digitale eksemplarer i tilknytning til konsumpsjonsbestemmelsen i infoc-direktivet. Denne usikkerheten kan tale for at norske rettsanvendere bør være tilbakeholdne med tolke åndsverkloven §19 utvidende i forbindelse konsumpsjonsregelens anvende ved salg av andre typer verk enn programvare. I motsatt fall vil norske rettsanvendere risikere å anlegge er mer dynamisk tolkning av konsumpsjonsregelen i infoc-direktivet enn EU-domstolen.

5 Avgjørelsens konsekvenser

Formålet med fremstillingen videre er å belyse hvilke konsekvenser digital konsumpsjon vil kunne ha for det digitale markedet og dets aktører dersom det legges til grunn at Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen utvides til andre typer verk enn programvare i digital form. I forbindelse med konsumpsjon av e-bøker reiser det seg særlige spørsmål i forbindelse med bibliotekers rett til utlån, forutsatt at en utvidet rekkevidde av Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen vil kunne medføre at åndsverkloven §19 tolkes slik at opphavsmannens enerett til utlån også konsumeres i forbindelse med salg av digitale verk.

5.1 Konsekvensene for markedet og dets aktører

Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen innebærer en tolkning i favør av forbrukernes rettsstilling. I motsetning til å ha en begrenset råderett over verkseksemplaret, medfører digital konsumpsjon at forbrukeren kan videreselge ”brukte” verk. En av konsekvensene med digital konsumpsjon av programvare og andre typer åndsverk er følgelig at det åpnes opp for etableringen av digitale bruktmarked. Betegnelsen ”bruktmarked” er imidlertid misvisende, etter som et digitalt eksemplar vil være i nøyaktig like god stand som et nytt eksemplar. Den handelen som foregår på digitale bruktmarked, vil dermed stå i konkurranse med rettighetshavernes eget salg. Privatpersoner som videreselger brukte digitale åndsverk forvandles dermed til å bli små, uavhengige forhandlere. Enhver som kjøper et digitalt eksemplar av et åndsverk av en rettighetshaver, vil potensielt være en fremtidig konkurrent for rettighetshaveren. Hva slags langsiktige økonomiske konsekvenser dette vil ha for markedet er imidlertid vanskelig å si.

Et annet aspekt ved etableringen av digitale bruktmarkeder er at det lett vil kunne oppstå en sammenblanding av legale og illegale verkseksemplarer. Et sentralt spørsmål i den forbindelse er om det er mulig å forvente at erververe av et digitalt verkseksemplar sletter sitt eget eksemplar i forbindelse med et videresalg. I motsatt fall vil det være enkelt for en erverver å plassere ulovlige kopier på det digitale bruktmarkedet.¹⁴⁸ Som fremhevet i infosoc-direktivet fortale punkt 4, er et høyt beskyttelsesnivå av åndsverk egnet til å stimulere til investeringer i kreativitet og innovasjon. Opphavsmannen kan stole på at hans verk er beskyttet, og gir ham et incentiv til å skape. Uklare regler med lavt beskyttelsesnivå for rettighetshaver kan dermed være egnet til å ha en negativ innvirkning på åndsverkproduksjonen i EU/ EØS.

¹⁴⁸ Dette spørsmålet blir også reist av Kommisjonen i forbindelse med sin ”Public Consultation on the review of EU copyright rules”, jf. fotote 166.

En annen konsekvens av Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen er at rettighetshaverne vil kunne komme til å tilrettelegge sine forretningsmodeller slik at distribusjonen av digitale åndsverk faller utenfor avgjørelsens anvendelsesområde. Dette kan for eksempel gjøres ved å selge lisenser kun for begrensede tidsperioder, eller ved å kreve løpende betaling^{149 150}. En annen måte å komme utenfor avgjørelsens rekkevidde er å gå over til strømmingsbaserte tjenester. Strømming av åndsverk innebærer at det skjer en midlertidig overføring av data, bilder eller lyd fra en sender til en eller flere mottakere. Strømming kan innebære midlertidig kopiering av data i arbeidsminne/cache hos mottakeren, men innebærer ikke varig lagring av de mottatte data hos mottakeren, i motsetning til nedlastning.¹⁵¹ Konsekvensen av at rettighetshaverne endrer sine forretningsmodeller er at forbrukerne mister muligheten til å erverve eierretten til åndsverk i digital form. Dette ser imidlertid ikke ut til å være et stort problem for forbrukerne, spesielt i forbindelse med kjøp av digital musikk. Musikkdistribusjon basert på strømming vokser i popularitet, selv om det fortsatt er distribusjon basert på nedlastning som er størst (67% av de totale inntektene globalt) Strømmingstjenestene står for 51,3 %. Strømmingstjenestene er imidlertid i særlig økning i norden, i forhold til resten av Europa¹⁵². Dette kan tyde på at mange nordiske forbrukere ikke vil ha noe imot en overgang fra å ”eie” til å leie” digitale åndsverk.

¹⁴⁹ <http://www.cooley.com/what-effect-will-the-usedsoft-v-oracle-decision-have-on-US-software-companies>

¹⁵⁰ Microsoft har i stor grad over til lisensmodeller hvor forbrukeren leier lisenser for en månedlig eller årlig avgift, se: <http://office.microsoft.com/nb-no/products/?CTT=97> .

¹⁵¹ <http://no.wikipedia.org/wiki/Strømming>

¹⁵² <http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2014.pdf> se side 18.

5.2 Konsekvensene for bibliotekers utlån av e-bøker

Konsumpsjonsprinsippet, slik det er gjennomført i norsk rett, er grunnlaget for bibliotekers utlån av fysiske verk. Når bibliotekene kjøper inn en fysisk bok, konsumeres rettighetshaverens rett til å kontrollere videre utlån av det kjøpte eksemplaret. Forutsetningen for utlån av en fysisk bok er at det gis et vederlag for bruken, jf. bibliotekvederlagsloven §1.¹⁵³ Dette gjøres gjennom en kollektiv vederlagsordning, som skal kompensere rettighetshaverne for de tapte inntektene som den bruk gratis utlån antas å forårsake. Gratis utlån er av stor samfunnsmessig betydning, da det har som formål å fremme opplysning, utdanning og annen kulturell virksomhet¹⁵⁴. Konsumpsjonsregelen gir imidlertid ikke grunnlag for utlån av e-bøker. Dette er fordi overføring av e-bøker er klassifisert som en tjenestehandling, jf. fremstillingen under punkt 2.1.1 Rettighetshaveren rett til å kontrollere utlån blir ikke konsumert ved første gangs overføring. Dersom Oracle v. UsedSoft- avgjørelsen åpner opp for konsumpsjon ved salg av digitale bøker, vil imidlertid konsumpsjonsregelen i åndsverkloven §19 gi bibliotekene et rettslig grunnlag for utlån av e-bøker. Spørsmålet som reiser seg er hvilke konsekvenser dette vil kunne medføre for de ulike aktørene på området.

For at bibliotekene skal kunne tilby utlån av e-bøker til sine brukere er de avhengig av å inngå utlånsavtaler med forlagene.¹⁵⁵ Denne strukturen innebærer at forlagene kan kontrollere hvilke e-bøker de ønsker å tilby for utlån til bibliotekene, og under hvilke premisser¹⁵⁶. Teoretisk sett legger dette til rette at forlagene får en sterk forhandlingsposisjon i forbindelse med utarbeidelse av vilkår for digitalt utlån av e-bøker. Digital konsumpsjon av e-bøker

¹⁵³ LOV-1987-05-29-23

¹⁵⁴ Jf. formålsparagrafen til Lov om folkebibliotek (Folkebibliotekloven) LOV-1985-12-20-108

¹⁵⁵ Forfatterens rettigheter vil som oftest være overdratt til forlagene

¹⁵⁶ <http://www.eifl.net/eifl-submission-ec-copyright-consultation#elending> Disse momentene ble fremhevet av blant annet organisasjonen EIFL (Electronic Information for Libraries), i forbindelse med EU-kommisjonens public hearing av reglene i infosoc-direktivet, se fotnote (fyll inn)

vil imidlertid medføre at bibliotekene ikke lenger vil være avhengig av å inngå lisensavtaler med forlagene for å få tilgang til e-bøker for utlån. Bibliotekene vil istedenfor få friheten til å velge mellom de e-bøkene som tilbys for salg gjennom forlagenes distribueringsplattformer, for deretter å tilby dem til utlån til sine brukere, altså samme utlånsmodell som gjelder for fysiske bøker. Isolert sett kan dette bidra til å frata forlagenes kontroll over utlån av e-bøker.

Det er imidlertid flere utfordringer knyttet til utlån av e-bøker som medfører at det ikke er like hensiktsmessig å anvende samme utlånsmodell som for fysiske bøker. En e-bok vil aldri være ”brukt” i den forstand at kvaliteten til et eksemplar er dårligere enn et nytt eksemplar. For forlagene vil dette innebære bibliotekene kan tilby utlån av et bokeksemplar som er i nøyaktig like god stand som deres egne. I motsetning til levetiden til en fysisk bok, vil en e-bok heller aldri ødelegges over tid. Tilgangen til e-bøker til utlån vil i tillegg være nøyaktig det samme som for salg av e-bøker. I begge tilfeller kan brukeren klikke seg inn på digitale distribusjonsplattformer, uavhengig av åpningstider. Samlet sett innebærer disse momentene at bibliotekenes utlån av e-bøker står i direkte konkurranse med forlagenes salg. Økt konkurranse innebærer en risiko for at forlagenes salgsvolum vil synke. En tenkelig konsekvens vil dermed være at forlagene iverksetter tiltak som forhindrer bibliotekene fra å få kjøpe e-bøker som kan konsumeres¹⁵⁷. I henhold til Oracle v. UsedSoft-avgjørelsen vil konsumpsjon av digitale eksemplarer bare inntre dersom eiendomsretten til det aktuelle verkseksemplaret har gått over til kjøperen gjennom et salg. Dersom forlagene endrer sin distribusjonsmodell til for eksempel en en sky-basert service (strømming), vil dette føre til at Oracle v. UsedSoft ikke kommer til anvendelse, da det ikke oppstår en permanent overføring av eiendomsretten til e-bokeksemplaret.¹⁵⁸ Konsekvensen av dette er at bibliotekene vil kunne miste muligheten til å kjøpe e-bøker til ”eie”, og konsumpsjonsregelen vil ikke komme til anvendelse. Bibliotekene risikerer dermed å miste muligheten til å kjøpe e-bøker som kan tilbys for utlån.

¹⁵⁷ Uttalelse fra Mathias Lilleengen, advokat for Forleggerforeningen.

¹⁵⁸ Jf. punkt 5.1 ovenfor

De ovennevnte utfordringer vitner om et behov fra forlagenes side for å avtale begrensninger for utlån av e-bøker, slik at konkurransen mellom bibliotek og forlag kan minske. Dette gjenspeiles i de avtalene som ligger til grunn for utlån av e-bøker til norske folkebibliotek. Avtalene består av en modell med rammebetingelser for utlån, og er anbefalt av Forleggerforeningen med en prøveperiode ut 2015. Modellen benyttes av Biblioteksentralen når det inngås avtaler med bibliotek som ønsker å kjøpe e-bøker til utlån¹⁵⁹. Modellen danner også grunnlaget for et prøveprosjekt for utlån av e-bøker som er iverksatt av Kulturrådet¹⁶⁰. I henhold til avtalen er utlånsmodellen for e-bøker lagt tett opp til den fysiske modellen for utlån. Ett eksemplar av en e-bok tilsvarer ett eksemplar av en fysisk bok, og kan bare lånes ut til en bruker av gangen. Et sentralt spørsmål er hvor lang levetid en e-bok skal ha, ettersom den aldri vil bli ødelagt på samme måte som en fysisk bok. Dette er fortsatt uavklart i avtalen, men spørsmålet er under evaluering frem til prøveperiodens utløp.¹⁶¹ En lisensbasert utlånsordning gjør det mulig å avtale en bestemt levetid for et e-bok eksemplar, for eksempel ved å la e-bøkene gjenspeile levetiden til en fysisk bok.

Dersom rettighetshavernes utlånsrett blir konsumert av bibliotekene ved salg, kan imidlertid bibliotekene la være å forholde seg til forlagenes ønske om å begrense e-bøkernes levetid¹⁶². Bibliotekene får med andre ord mer ut av kjøpet av en digital bok enn en fysisk bok. Dette kan medføre at forlagene ser et behov for å sette opp prisene for e-bøker¹⁶³.

¹⁵⁹ ”Utlån av e-bøker i folkebibliotek – utfordringer og muligheter Notat ved Nasjonalbiblioteket og Norsk kulturråds fagadministrasjon 05.02.2014”. Biblioteksentralen distribuerer bøker til norske folkebibliotek.

¹⁶⁰ Prosjektet går ut på å inkorporere innkjøp av e-bøker i den såkalte ”innkjøpsordningen”, som styres og forvaltes av Kulturrådet. Ordningen er basert på statlige bidrag (119,5 millioner i 2012) som skal benyttes til innkjøp av bøker som kan låne ut til befolkningen.

¹⁶¹ <http://www.forleggerforeningen.no/nyhetsarkiv/e-utlan-anbefaling-til-medlemsforlagene>

¹⁶² EU-domstolen uttalte i Oracle v. UsedSoft at konsumpsjonsbestemmelsen er preseptorisk.

¹⁶³ Uttalelse fra Mathias Lilleengen, advokat for Forleggerforeningen.

Som vi nå har sett er det mange grunner som taler for å beholde en lisensbasert utlånsmodell av e-bøker i motsetning til utlån basert på konsumpsjon. Forutsetningen er imidlertid at utlånsavtalene skaper en balanse mellom de ulike aktørenes interesser og behov. På denne måten elimineres risikoen for at forlagene iverksetter tiltak som gjør det vanskelig for bibliotekene å få tilgang til e-bøker, for eksempel ved å skru opp prisene for utsalg eller ved å gå over til strømningsbaserte tjenester.

6 Sammenfatning

Som følge av *UsedSoft v. Oracle*-avgjørelsen har konsumpsjonsregelen i programvaredirektivet fått anvendelse ved salg av åndsverk i digital form. Dette åpner opp for videresalg av ”brukte” programvareeksemplarer. Rekkevidden til den nye konsumpsjonsbestemmelsen i programvaredirektivet er imidlertid ikke endelig fastlagt, ettersom avgjørelsen kan omgås ved at rettighetshaverne endrer sine forretningsmodeller.¹⁶⁴ Avgjørelsen er imidlertid begrenset til å gjelde tolkningen av salgsvilkåret i programvaredirektivets konsumpsjonsregel, og tolkningsresultatet kan dermed ikke uten videre overføres til tolkningen av infoc-direktivets konsumpsjonsregel. Dette underbygges av at domstolen anser programvaredirektivet for å være *lex specialis* overfor infoc-direktivet. For det annet fremgår det uttrykkelig av infoc-direktivets fortale av konsumpsjonsbestemmelsen ikke kommer til anvendelse ved digitale overføringer.

Avgjørelsen har imidlertid bidratt til å sette fokus på behovet for en rettslig avklaring av konsumpsjonsreglenes anvendelse på digitale verk. EU-kommisjonen har i etterkant av avgjørelsen sendt ut en såkalt ”Public Consultation on the review of the EU copyright rules”.¹⁶⁵ Et av spørsmålene Kommisjonen ønsker svar på, er hva slags konsekvenser det

¹⁶⁴ Se. Andreas Rix, *RETTID* 2014, s. 42.

¹⁶⁵ http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm Spørreundersøkelsen ble avsluttet den 5.3.2014, og er nå under behandling.

vil ha for de ulike aktørene i markedet dersom det etableres et regelverk som åpner for videre salg av digitale åndsverk.¹⁶⁶

Enkelte forfattere hevder at avgjørelsen innebærer en ny måte å forstå opphavsretten på.¹⁶⁷ Et eksempel på dette er domstolen redefinering av spredningsbegrepet i infosoc-direktivet, hvor det legges vekt på transaksjonens økonomiske konsekvenser istedenfor karakteren av den aktuelle ytelse. Dette muliggjør anvendelsen av konsumpsjonsregelen for digitale eksemplarer. Hvorvidt denne linjen forfølges avhenger imidlertid av fremtidig rettspraksis fra EU-domstolen.

¹⁶⁶ Jf. note 126, punkt 4, s. 13 i spørreundersøkelsen.

¹⁶⁷ Jf. Udsen... , med videre henvisning til Thomas Riis, NIR 2003/139-151 s. 139 f.

7 Kilderegister

7.1 Norske lover

Lov 12 mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v	Åndsverkloven
Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.	EØS-loven
LOV-1985-12-20-108 Lov om folkebibliotek	Folkebibliotekloven
LOV-1987-05-29-23 Lov om bibliotekvederlag	Bibliotekvederlagsloven

7.2 Norske forarbeider

Ot.prp.nr. 46 (2004-2005)	Om lov om endringer i åndsverkloven
Ot. Prp nr. 85 (1997-98)	Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser)

7.3 Norsk høyesterettspraksis

7.4 Traktater

WIPO Copyright Treaty, 20 December, 1996

WIPO traktaten

Bernkonvensjonens Paristekst

Lisboa- traktaten av 13. desember 2007

Lisboa-traktaten

WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Software 1978, US
Copyright Act 1976

7.5 Direktiver

Direktiv 2001/29 av 22.5.01 om opphavsretten i informasjonssamfunnet

InfoSoc-direktivet

Direktiv 2009/24 av 23.4.09 om rettslig beskyttelse av edb-programmer

Programvaredirektivet

Direktiv 2006/115 av 12. desember 2006 om utleie- og utlånsdirektivet

Utleie- og utlånsdirek-
tivet

7.6 Rettspraksis fra EU-domstolen

C- 128/11 UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp	”Oracle v. UsedSoft”
C-403/08 Football Association Premier League and Others	Premier League”
C-456/06 2008, Peek & Cloppenburg KG v Cassina SpA	”Cassina”.
C-355/12 Nintendo Co. Ltd and Others v PC Box	”Nintendo v. PC BOX

7.7 Annen internasjonal rettspraksis

USA: Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc. En avgjørelse fra US District Court Southern District of New York av 30. mars 2013. ”ReDigi-dommen”

Tyskland: Landgericht Bielefeld, dom av 5. mars 2013.

7.8 Litteratur

- Rognstad (1999) Ole-Andreas Rognstad, ”Spreading av verkseksemplari. Om konsumpsjon av rettigheter i eksemplarer av vernede åndsverk”, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, 1999
- Rognstad (2003) Ole-Andreas Rognstad, ”Konsumpsjon og digitale overføringer – et forslag til en alternativ løsningsmodell”, i Mads Bryde Andersen et al. (red.): ”Festskrift til Mogens Koktvedgaard”, Jursist- og Økonomiforbundets Forlag, 2003.
- Rognstad (2009) Ole-Andreas Rognstad, ”Opphavsrett”, Universitetsforlaget, Oslo, 2009
- Schovsbo og Rosenmeier (2013) Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier: ”Immaterialrett, 3 utgave, Jurist og Økonomiforbundets Forlag, 2013
- Ficsor (2002) Mihaly Ficsor, ”The law of Copyright and The Internet”, Oxford University Press, Oxford New York, 2002
- Groves, Martino, Miskin, Richards Peter Groves, Anthony Martino, Claire Miskin, John Richards, ”Intellectual Property and the Internal Market of the European Community”, Graham Trotman, 1993.
- Palle Bo Madsen (2008) Palle Bo Madsen, ”Markedsret Del 3 – Immaterialrett”, 5. Utgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2008.
- Mogens Koktvedgaard (2005) Mogens Koktvedgaard, ”Lærebok i Immaterialrett”, 7 utg, Nordstedts Juridik AB, 2005
- EØS-rett (2. utg) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Olav Kolstad, ”EØS-rett”, 2 utgave, Universitetsforlaget, 2003
- Finn Arnesen (1995) Finn Arnesen, ”Introduksjon til rettskildelæren i EF”, 3 utgave, Universitetsforlaget, 1995.

Artikler:

Riis, Schovsbo og Udsen (2014)

NIR 2014, ”Videresalg av digitale eksemplarer – ændrer Used-Soft retstilstanden?”, Thomas Riis, Jens Schovsbo og Henrik Udsen

Andreas Rix (2014)

RETTID 2014, Andreas Rix,

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdi_p_4/cdip_4_4rev_study_inf_2.pdf

INTERFACE BETWEEN EXHAUSTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND COMPETITION LAW” , studie utarbeidet av WIPO sekretariatet, 1. Juni 2011, s. 46.

<http://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2014/01/CREATE-Working-Paper-2014-02.pdf>

Prof. Dr. Paul L.C Torremans, “The Future Implications of the UsedSoft Decision”, feb. 2014

<http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2011/04/Watts.pdf>

<http://www.ffw.com/publications/all/articles/second-hand-digital-assets.aspx>

http://www.martindale.com/computer-software/article_Edwards-Wildman-Palmer-LLP_2067220.htm

<http://eulawradar.com/case-c-45813-grund-and-others-video-games-and-technological-protection-mechanisms/>

7.9 Lenker

<http://office.microsoft.com>

<http://www.cooley.com/what-effect-will-the-usedsoft-v-oracle-decision-have-on-US-software-companies>

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm

<http://www.forleggerforeningen.no/nyhetsarkiv/e-utlan-anbefaling-til-medlemsforlagene>

<http://www.eifl.net/eifl-submission-ec-copyright-consultation#elending>

<http://no.wikipedia.org/wiki/Strømming>

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