



UPPSALA
UNIVERSITET

IMK

Akademien för Immaterial-,
Marknadsförings- och Konkurrensrätt



Juridiska
fakulteten

IMK serien 2016/1 (April 2016)

Komplexa upphovsrättsliga verk

- Om verk i gränslandet mellan InfoSoc-direktivet och datorprogramdirektivet

Jur. kand. *Carl Gleisner*

Examensarbete höstterminen 2015
Juridiska institutionen, Uppsala universitet
Vinnare av IMK:s uppsatsstipendium 2016

URI: <http://www.imk.uu.se/publications/imcpaperseries/2016/1.aspx>

Komplexa upphovsrättsliga verk

- Om verk i gränslandet mellan InfoSoc-direktivet och datorprogramdirektivet

Carl Gleisner

Innehållsförteckning

Förord	4
Förkortningar	5
1 Inledning	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställning	9
1.3 Terminologi	10
1.4 Avgränsningar	10
1.5 Metod och material	11
1.6 Disposition	12
2 Upphovsrätt som rättsfigur	12
2.1 Allmänt	12
2.2 Rättfärdigande	13
2.2.1 Allmänt	13
2.2.2 Naturrätt	13
2.2.3 Utilitaristiska teorier	13
2.3 Historia	14
2.4 Sammanfattning	15
3 Internationell upphovsrätt	16
3.1 Allmänt	16
3.2 Bernkonventionen	16
3.3 TRIPs-avtalet	18
3.4 WIPO Copyright Treaty (WCT)	18

3.4.1	<i>Bakgrund</i>	18
3.4.2	<i>Datorprogram</i>	19
3.4.3	<i>Mångfaldiganderätten</i>	19
3.4.4	<i>Spridningsrätten och överföringsrätten</i>	20
3.5	Sammanfattning	21
4	Europeisk upphovsrätt	21
4.1	Allmänt	21
4.2	InfoSoc-direktivet	22
4.2.1	<i>Bakgrund</i>	22
4.2.2	<i>Skyddsföremål</i>	23
4.2.3	<i>Befogenheter</i>	26
4.2.4	<i>Undantag</i>	30
4.2.5	<i>Tekniska skyddsåtgärder</i>	34
4.3	Datorprogramdirektivet	35
4.3.1	<i>Allmänt</i>	35
4.3.2	<i>Skyddsföremål</i>	37
4.3.3	<i>Befogenheter</i>	42
4.3.4	<i>Undantag</i>	44
4.3.5	<i>Tekniska skyddsåtgärder</i>	48
4.3.6	<i>Arbetstagares datorprogram</i>	50
4.4	Sammanfattning	50
5	Klassificering av komplexa verk	51
5.1	Allmänt	51
5.2	Distributiva modellen	52
5.3	Enhetliga modellen	53
5.4	Sammanfattning	53
6	Nintendo – ny tappning av lex specialis	54
6.1	Bakgrund till målet	54
6.2	Generaladvokaten	55
6.3	EU-domstolen	56
6.4	Mottagande av avgörandet	58

6.4.1	<i>Tillämpningsområdet för datorprogramdirektivet</i>	58
6.4.2	<i>Annorlunda förståelse av lex specialis</i>	58
6.4.3	<i>Distributiva modellen oförenlig med unionsrätten</i>	59
7	Konsekvenser av Nintendo	60
7.1	Allmänt	60
7.2	Särskilda undantag	60
7.2.1	<i>Användning för avsett ändamål</i>	60
7.2.2	<i>Säkerhetskopiering</i>	62
7.2.3	<i>Reverse engineering</i>	62
7.3	Konsumtion	63
7.4	Arbetstagares datorprogram	63
8	Avslutning	64
	Källförteckning	66
	Rättsfallsförteckning	73

Förord

Tack till min handledare Sanna Wolk och tack till Advokatfirman Lindahl i Uppsala för uppsatspraktiken hos Er.

Tack mor och mina vänner som varit behjälpliga under författandet av denna uppsats.

Uppsala, december 2015

Carl Gleisner

Förkortningar

API	Application Programming Interface
Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av den 9 september 1886
BGH	Bundesgerichtshof
CJEU	Court of Justice of The European Union
Datorprogramdirektivet	Direktiv (EG) 2009/24 om rättsligt skydd för datorprogram
DRM	Digital Rights Management
DSM	Digital Single Market
DSMS	Digital Single Market Strategy
EG	Europeiska gemenskapen
EIPR	European Intellectual Property Review
EJLS	European Journal of Legal Studies
EPC	European Patent Convention
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EWHC (Ch)	England and Wales High Court (Chancery Division)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta Nationerna
GA	Generaladvokaten
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade

GRUR	Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
InfoSoc-direktivet	Direktiv (EG) 2001/29 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
ISP	Internet Service Provider
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
Kommissionen	Europeiska kommissionen
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
OJ	Europeiska unionens officiella tidning
OLG	Oberlandesgericht
SOU	Statens offentliga utredningar
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser med främmande makter
TPM	Technical Protection Measures
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization

WPPT

WIPO Phonograms and Performances Treaty

WTO

World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den snabba tekniska utvecklingen under de senaste decennierna har medfört att en allt större del av våra liv och våra affärer sker över Internet och med hjälp av datorer, surfplattor och smarta telefoner. Detta har möjliggjort nya former av skapande och konsumtion som tidigare inte varit tänkbara. Detta har oundvikligen inneburit utmaningar för upphovsrätten som utvecklats utifrån andra förutsättningar och i förhållande till andra typer av förfoganden än de vi ser idag.

Inom EU har upphovsrätten och upphovsrätten närstående rättigheter harmoniserats genom spridda lagstiftningsåtgärder vilket har resulterat i ett fragmenterat regelverk. Före 2001 hade särskilda områden harmoniserats såsom datorprogram, databaser, uthyrning och utlåning, satellit- och kabelsändningar. Vid antagandet av allmänna harmonisering genom direktiv (EG) 2001/29 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (InfoSoc-direktivet) undantogs från tillämpningsområdet de tidigare åtgärderna på de särskilda områdena i syfte att undvika inkonsekvenser och att svår vunna kompromisser revs upp. Genom en s.k. skyddsklausul undantas direktiv (EG) 2009/24 om rättsligt skydd för datorprogram (datorprogramdirektivet) från tillämpningsområdet för InfoSoc-direktivet.

I denna framställning behandlas *komplexa verk* vilka kännetecknas av att de är sammansatta av komponenter som omfattas av InfoSoc-direktivet och komponenter som omfattas av datorprogramdirektivet. Till följd av att datorprogramdirektivet gröpts ur tillämpningsområdet för InfoSoc-direktivet uppstår ett oklart rättsläge för komplexa verk som omfattas av de båda direktiven.

Ett exempel på komplexa verk i gränslandet mellan datorprogramdirektivet och InfoSoc-direktivet är TV-spel. Dessa styrs av ett datorprogram men innehåller rika uttryck i form av ljud, bilder, grafik och rörlig bild vilka är upphovsrättsligt skyddade under den allmänna harmoniseringen. Eftersom mobilappar och interaktiva ljudböcker innehåller andra uttryck än datorprogram kan även sådana utgöra komplexa verk. Därutöver är det

möjligt att även mer traditionella datorprogram utgör komplexa verk i och med dess ofta rika användargränssnitt.

1.2 Syfte och frågeställning

Den här studerade rättsfrågan rör tillämpningen av datorprogramdirektivet som *lex specialis* i förhållande till InfoSoc-direktivet för komplexa verk. Syftet med uppsatsen är att klargöra vissa oklarheter i rättsläget för komplexa verk som följer av att de olika skyddsföremålen har införlivats i samma medium, olikheterna i bestämmelserna samt den utvecklingen av området som skett i praxis.

I mål C-355/12 *Nintendo m.fl. mot PC Box* besvarade EU-domstolen frågan om tillämpligt direktiv för komplexa verk i fråga om tekniska skyddsåtgärder för TV-spel. Svaret väcker dels frågan om grunden för EU-domstolens avgörande om tillämpligt direktiv, dels tillämpningen av andra bestämmelser i direktiven. EU har dessutom antagit en strategi för upprättandet av en digital inre marknad (Digital Single Market Strategy, DSMS) vilket väcker frågan om lösningar för framtiden.¹

För att uppnå syftet med uppsatsen ges därför följande frågeställning:

- På vilka grunder har EU-domstolen avgjort frågan om tillämpligt direktiv i *Nintendo*?
- Vilka är konsekvenserna av *Nintendo* vid tillämpning av andra bestämmelser än de om tekniska skyddsåtgärder på komplexa verk?
- Hur bör komplexa verk regleras i framtiden?

¹ KOM (2015) 100; KOM (2015) 192.

1.3 Terminologi

Verk som kombinerar två eller flera skyddsföremål har refererats till som ”hybrida verk” eller ”multimediaverk”.² I den här framställningen betecknas sådana verk genomgående som ”komplexa verk” i linje med EU-domstolens avgörande i *Nintendo*.

En särskild term som används direkt i sin engelska lydelse är ”reverse engineering”. Det finns ingen allmänt utbredd och rättvisande term på svenska för att beteckna verksamheten. I korthet handlar det om att studera datorprogram i syfte att avgöra hur de fungerar internt (se 4.2.4.3 nedan). Vad gäller andra tekniskt komplicerade begrepp i framställningen ges korta förklaringar i noterna tillsammans med hänvisning till utförligare beskrivningar av andra författare.

I framställningen används genomgående termen *överlåtelse* för att beteckna både upplåtelse och överlåtelse. För de fall en åtskillnad görs mellan dessa termer anmärks det uttryckligen. Slutligen används begreppet tekniska skyddsåtgärder (Technical Protection Measures, TPM) för att beteckna både tekniska skyddsåtgärder och tekniska skyddsanordningar.

1.4 Avgränsningar

Framställningen är avgränsad till att främst avse upphovsrätten inom EU-rätten enligt datorprogramdirektivet och InfoSoc-direktivet med undantag för upphovsrätten närstående rättigheter. Avgränsningen omfattar även regleringen av förbud mot kringgående av tekniska skyddsåtgärder som visserligen inte är upphovsrätt utan ett slags rätt att reglera tillgång till verk.³ Utanför avgränsningen faller direktiv (EG) 2006/115 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter, direktiv (EG) 93/83 om satellitsändningar och vidareändningar via kabel, direktiv (EG) 96/9 om databaser, direktiv (EG) 2001/84 om ersättning vid vidareförsäljning samt direktiv (EG) 2004/47 om civilrättsliga sanktioner samt direktiv (EU) 2012/28 om anonyma verk.

² BGH 2013-02-06, I ZR 124/11, GRUR 2013, 1035; Ramos, s. 50.

³ Westman, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, NIR 2002 s. 226 ff.

Samtidigt som uppsatsens huvudsakliga fokus ligger på EU:s upphovsrätt existerar denna inte i ett vakuum. Både EU och medlemsstaterna är anslutna till internationella överenskommelser. Utöver detta är inte upphovsrätten fullharmoniserad inom EU-rätten utan viktiga delar ligger inom medlemsstaternas kompetens. Den ideella rätten är exempelvis uttryckligen undantagen i InfoSoc-direktivet och regleras inte heller i datorprogramdirektivet.⁴ Behandlingen av nationell rätt är begränsad till den mån det har betydelse för harmoniseringen i unionsrätten.

1.5 Metod och material

I denna uppsats tillämpas den rättsdogmatiska metoden. Ändamålet med den rättsdogmatiska metoden är att fastställa vad som är gällande rätt.⁵ Detta görs genom tillämpning av en rättskällelära samt en lära om juridisk argumentation.⁶ I och med att ämnet är EU-rättsligt studeras främst fördragen, EU-domstolens avgöranden, direktiv, förberedande arbeten och doktrin.⁷ Tolkningen av dessa rättskällor kännetecknas av den teleologiska metoden där ändamålen bakom rättsakter tillmäts stor betydelse samt att även EU-rättens systematiska sammanhang beaktas.⁸ I förhållande till den svenska rätten kan anmärkas att förarbetena (*travaux préparatoires*) inte bär samma tyngd även om de har kommit att tillmätas en större betydelse.⁹ Inte heller doktrinen tillmäts samma betydelse som i svensk rätt.¹⁰ Inom unionsrätten fästs däremot större vikt vid allmänna rättsprinciper.¹¹

I utvalda delar kommer även rättsläget i främmande rättsordningar studeras genom komparativa utblickar. Syftet med dessa utblickar är att öka förståelsen för den egna rättsordningen genom att tillföra nya perspektiv och göra det möjligt att inta ett visst

⁴ Skäl 19 InfoSoc-direktivet.

⁵ Lehrberg, s. 31 f.

⁶ Peczenik, SvJT 2004 s. 249.

⁷ Hettne, s. 40 ff.

⁸ Lehrberg, s. 146; Hettne, s. 158 f.; Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, EJLS, volym 1 nr. 2, 2008.

⁹ Hettne s. 113 ff.

¹⁰ Lehrberg, s. 206.

¹¹ Hettne, s. 40.

avstånd i analysen.¹² Detta innebär att de komparativa delarna inte ges normativ verkan för de slutsatser som dras. Utblickarna kommer att vävas in i relevanta delar av framställningen i stället för att presenteras var för sig i form av *Länderberichte*.

1.6 Disposition

Framställningen inleds med ett avsnitt om upphovsrätten som rättsfigur där centrala skillnader i rättstraditioner och dess historiska utveckling presenteras som bakgrund för de internationella och europeiska harmoniseringarna (avsnitt 2). Därefter presenteras de centrala internationella överenskommelser som ligger till grund för den europeiska harmoniseringen på upphovsrättens område (avsnitt 3).

Den europeiska harmoniseringen av upphovsrätten behandlas utifrån förhållandet mellan InfoSoc-direktivet och datorprogramdirektivet (avsnitt 4). Detta ligger till grund för behandlingen av den rättsliga kvalificeringen av komplexa verk och EU-domstolens avgörande i *Nintendo* (avsnitt 5 och 6). Utifrån dessa utgångspunkter analyseras konsekvenserna av *Nintendo* i förhållande till andra bestämmelser än de om tekniska skyddsåtgärder och avseende andra verk än TV-spel (avsnitt 7).

2 Upphovsrätt som rättsfigur

2.1 Allmänt

I detta inledande avsnitt presenteras upphovsrätten som rättsfigur. Med hänsyn till dess särskilda natur finns det anledning att ge en kort överblick av de rättsfilosofiska aspekterna av att upphovsrätter erkänns. Medlemsstaternas rättstraditioner har utvecklats utifrån olika rättsfilosofiska utgångspunkter vilket än idag påverkar harmoniseringen av upphovsrätten.

¹² Bogdan, s. 26 ff.; Zweighert och Kötz, s. 15 f.

2.2 Rättfärdigande

2.2.1 Allmänt

En första utgångspunkt för studiet av upphovsrätt är den särskilda egenskapen hos immateriella skapelser att kunna existera bredvid varandra utan att förtas. Detta kallas ibland för immateriella skapelsers ”icke-rivaliserande natur”.¹³ Reproduktion i form av kopior (*corpus mechanicum*) betyder inte att verket som sådant (*corpus mysticus*) förnekas rättsinnehavaren till skillnad från fysiska saker där förbrukning av ett äpple konkurrerar med andras förbrukning av samma äpple.

Till följd av denna icke-rivaliserande natur väcker upphovsrätter i likhet med andra immaterialrätter frågor om hur dessa *rättfärdigas* och i vilka *termer* de förstås. Dessa frågor är inte begränsade till ett teoretiskt eller akademiskt intresse utan är genomgående i den europeiska och internationella doktrinen och debatten. En annan sak är i vilken utsträckning lagstiftare och författare medvetet tar ställning till rättfärdigandegrunder och valda metaforer.¹⁴

2.2.2 Naturrätt

Enligt naturrättsliga teoretiker är bevekelsegrunden för att tillerkänna en upphovsrätt inte att det är till allmänhetens nytta utan att det är vad som är rätt och riktigt. Närmre bestämt är det rätt att erkänna en äganderätt i alstret just eftersom det härrör från upphovsmannens håg. I och med att upphovsmannens personlighet på så sätt kommer till uttryck i verket har denne rätt att bli namngiven, tillåta ändringar eller utnyttjande.¹⁵

2.2.3 Utilitaristiska teorier

Enligt den *belöningsbaserade teorin* tillerkänns upphovsmannen upphovsrätt eftersom samhället anser att det är rättvist i och med att upphovsmannen har ansträngt sig och ger

¹³ Hugenholtz 2006, s. 104; Howe och Griffiths, s. 196.

¹⁴ Se Larsson, *Metaforerna, rätten och det digitala* (2014).

¹⁵ Bently och Sherman, s. 36.

tillbaka till samhället.¹⁶ I den *incitamentbaserade teorin* antas att skapandet av böcker, musik och filmer är av värde samt att upphovsmännen inte skulle skapa sådana alster om de inte tillerkändes en ensamrätt för dessa. Till följd av att verk kan kräva betydande investeringar men sedan reproduceras med ibland minimala ansträngningar kommer då skaparna enligt antagandet inte investera om inte det är möjligt att få avsättning för verket.¹⁷ Samtidigt finns det exempel på skapande som inte utnyttjar ensamrätter för ekonomisk avsättning i form av open source-mjukvara eller creative commons.

Den *neoliberal* teorin rättfärdigar skydd av allt som kan ges ett värde. Det privata ägandet är konstruktionen som i största mån främjar optimalt utnyttjande. Ett kollektivt ägande anses tvärtom leda till överutnyttjande och ”tragedi”. I fråga om intellektuella skapelser skulle frånvaron av rättsligt skydd leda till ett överutnyttjande vilket utifrån de gjorda antagandena leder till att värdet minskar. Den enda begränsningen av upphovsrätt bör då vara där transaktionskostnaderna för att träffa upplåtelseavtal hindrar en optimal överenskommelse.¹⁸

2.3 Historia

Frågeställningar liknande de som omger upphovsrätten uppkom först i och med möjligheten att reproducera skrifter då Gutenberg uppfann tryckpressen ca. 1450. Inledningsvis gavs tryckarna privilegier att trycka skrifter (”*copyright*”).¹⁹ I och med den brittiska revolutionen antogs 1710 den första upphovsrättslagen Statute of Anne i syfte att stävja import av billigare skrifter. Det är intressant att notera att Statute of Anne i tredje avdelningen stipulerade att oskäligt höga priser kunde sänkas till ”rättvisa och skäliga nivåer” vilket innebär att balanseringen av intressen aktualiserats tidigt. Upphovsrätter motiverades på kommersiella grunder.²⁰

På motsvarande sätt ledde den franska revolutionen till att de gamla privilegierna upphävdes och 1793 antogs en ny lag om rätt att sälja och distribuera verk av författare,

¹⁶ A.a. s. 37.

¹⁷ A.a. s. 37 f.

¹⁸ A.a. s. 38 f.

¹⁹ Olsson, s. 32.

²⁰ Sterling, s. 8 f.

tonsättare, målare och gravörer i Frankrike. Det franska systemet har präglat de kontinentala rättstraditionerna där upphovsrätten ges till upphovsmannens personlighet så som den kommer till uttryck i verket (*"droit d'auteur"*). Till skillnad från England så rättfärdigades upphovsrätter på naturrättsliga grunder. Det var i fransk praxis som uppdelningen mellan upphovsmannens ideella och ekonomiska rättigheter utvecklades.²¹

I fråga om upphovsrätter kan utgöra *egendom* framstår en skiljelinje mellan de angloamerikanska rättstraditionerna vilka betraktar egendom som en uppsättning rättigheter en ägare har i förhållande till andra, medan de kontinentaleuropeiska rättstraditionerna med rötter i romersk rätt betraktar egendom som en solid rättighet som ägaren har avseende en fysisk sak.²² Inte alla kontinentaleuropeiska rättsordningar har mött samma utmaningar att behandla upphovsrätter som egendom. Fransk upphovsrätt betraktar upphovsmannens ideella och ekonomiska rättigheter dualistiskt där de ekonomiska rättigheterna kan sortera under egendom. Tvärtom antar tysk upphovsrätt ett monistiskt förhållningssätt där de ideella och ekonomiska rättigheterna utgör en rättighet. Att klassificera den ideella delen som *Eigentum* har varit utesluten i tysk civilrätt.²³

2.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis präglas upphovsrätten av en uppdelning mellan *copyright* som grundas på kommersiella överväganden och fäster vikt vid upphovsmannens ansträngning och *droit d'auteur* med grund i naturrätten och som fäster avseende på upphovsmannens personliga uttryck.

Så som kommer framgå av den fortsatta framställningen har dessa skillnader mellan rättstraditionerna i fråga om hur upphovsrätten rättfärdigas och konstrueras i förhållande till civilrätten betydelse för utsikterna att harmonisera den materiella rätten. Därutöver har den teknologiska utvecklingen inneburit utmaningar som blottlägger dessa skillnader.

²¹ A.a. s., 13.

²² Howe och Griffiths, s. 116.

²³ A.a. s. 117 f.

3 Internationell upphovsrätt

3.1 Allmänt

Det ligger i sakernas natur att sådana alster som kan skyddas av upphovsrätt i stor utsträckning låter sig färdas utan hinder av landgränser.²⁴ Samtidigt präglas upphovsrätten av att den är territoriellt begränsad eftersom verk enbart skyddas inom respektive lands gränser enligt *Schutzland*-principen varför exempelvis en fransk upphovsrätt inte existerar utanför Frankrike.²⁵ I och med modern teknik som möjliggör global och momentan reproduktion har denna territoriella uppdelning fått allt större påverkan.

Internationaliseringen har förlagor redan i kopieringen och spridningen av skrifter mellan länder under 1800-talet. Detta ledde till en flora av bilaterala överenskommelser.²⁶ Dessa överenskommelser visade sig omöjliga att tillämpa vilket ledde till att det multilaterala traktatet Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk slöts 1886 (Bernkonventionen).

De internationella överenskommelserna har inte enbart betydelse för de nationella rättsordningarna i egenskap av signatärer utan har även betydelse för EU-rätten. Vid genomförande av de upphovsrättsliga direktiven ska till exempel Bernkonventionen beaktas.²⁷ Numera styr i stor utsträckning Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) den internationella och europeiska utvecklingen på området.²⁸

3.2 Bernkonventionen

Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Bernkonventionen) undertecknades redan 1886 och är sannolikt det viktigaste instrumentet för internationell

²⁴ Levin, s. 42; Strömholm, s. 21 f.

²⁵ Bernitz, s. 325; Goldstein och Hugenholtz, s. 99 ff.; Staern och Österdahl, s. 188.

²⁶ Goldstein och Hugenholtz, s. 10.

²⁷ Mål C-13/00 *Kommissionen mot Irland* och mål C-28/04 *Tod's SpA, Tod's France SARL mot Heyraud SA*.

²⁸ Staern och Österdahl, s. 192.

upphovsrätt.²⁹ Syftet med Bernkonventionen är att harmonisera den internationella upphovsrätten. De två grundläggande principerna i konventionen är nationell behandling och tillförsäkrande av en miniminivå av rättigheter.³⁰ Efter Bernkonventionens tillkomst har den kompletterats och reviderats vid ett antal tillfällen, senast 1979 i Paris.³¹

Skyddet enligt Bernkonventionen avser ”litterära och konstnärliga verk” (artikel 1). Härmed avses ”alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommit till uttryck [...]” (artikel 2.1). Det var under en tid oklart om datorprogram faller under Bernkonventionen men det har sedermera ansetts klart att de omfattas.³²

De rättigheter som upphovsmän tillförsäkras avseende verken är mångfaldigande (artikel 9.1) och överföring till allmänheten (artikel 11 *bis*). Däremot regleras ingen allmän spridningsrätt under Bernkonventionen.³³ Unionsländer som inför undantag från eller begränsningar av den tillförsäkrade mångfaldiganderätten måste beakta det s.k. trestegstestet (artikel 9.2). Härvid medges inte generella undantag utan de måste göras ”i särskilda fall”. Vidare krävs att sådant mångfaldigande ”icke gör intrång i det normala utnyttjandet av verket” vilket tar sikte på områden där rättshavaren vanligtvis utnyttjar sin rätt och vars intressen därmed träds förnär. Slutligen krävs att undantaget ”ej heller oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen” vilket hänför sig till rättshavarens intresse att delta i utnyttjandet av verket.³⁴ Som framgår av trestegstestet är det inriktat på rättshavarens intressen utan beaktande av utnyttjarens eller allmänhetens intressen. Motsvarande test återkommer i efterkommande internationella instrument (se strax nedan) samt i InfoSoc-direktivet (se 4.2.4 nedan).

²⁹ Staern och Österdahl, s. 189 och s. 192; Strömholm, s. 31. Här används den svenska texten av Bernkonventionen så som den framgår av Nordell (red.), *Traktatsamling i immaterialrätt* (2003), s. 47 ff.

³⁰ Artikel 5(1); Sterling, s. 605.

³¹ Sterling, s. 602.

³² Goldstein och Hugenholtz, s. 106 f.

³³ Sterling, s. 620.

³⁴ A.a. s. 440.

3.3 TRIPs-avtalet

Inom det multilaterala handelsavtalet General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) debatterades mellan 1986 och 1989 om GATT var ett lämpligt forum för överenskommelser om immaterialrätt. Utvecklingsländer ansåg att sådana överenskommelser lämpligast gjordes inom ramen för Förenta Nationernas (FN) organ för immaterialrätt (World Intellectual Property Organization, WIPO). Detta ledde till att de industrialiserade länderna istället gick vidare genom upprättandet av Världshandelsorganisationen (World Trade Organization, WTO) i Marrakech 1995.³⁵ Som en del av medlemskapet i WTO tillhör avtalet om handelsrelaterade aspekter av det immateriella ägandet (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs). Både EU och medlemsstaterna är medlemmar i WTO och har därmed även tillträtt TRIPs-avtalet.

Målsättningen med TRIPs-avtalet är att minska störningar och hinder för internationell handel genom att slå en balans mellan det effektiva skyddet för immaterialrätten och att immaterialrätten som sådan inte utgör barriärer för legitim handel.³⁶

I TRIPs-avtalet klargörs att datorprogram i både maskin- och källkod ska skyddas som litterära verk under Bernkonventionen (artikel 10.1). Detta var det första multilaterala instrumentet som bekräftade att datorprogram ska omfattas av upphovsrättsligt skydd.³⁷ Begränsningar och undantag av rättigheterna under avtalet ska uppfylla kraven i tre-stegstestet (artikel 13).

3.4 WIPO Copyright Treaty (WCT)

3.4.1 Bakgrund

Inom WIPO utarbetades de s.k. internetfördragen WIPO Copyright Treaty (WCT) och WIPO Phonograms and Performances Treaty (WPPT). Här behandlas enbart WCT eftersom WPPT omfattar upphovsrätten närstående rättigheter vilket är utanför avgräns-

³⁵ Reinbothe och von Lewinski, s. 4.

³⁶ Ingressen till TRIPs-avtalet.

³⁷ Gervais, s. 260.

ningen.³⁸ Syftet med WCT var att införa nya bestämmelser samt förtydliga tolkningen av vissa befintliga bestämmelser till följd av den teknologiska utvecklingen.³⁹ Fördraget slöts i december 1996 och trädde i kraft den 6 mars 2002. Både EU och medlemsstaterna har tillträtt WCT.⁴⁰ Därutöver har EU antagit InfoSoc-direktivet i syfte att implementera WCT (se 4.2.1 nedan).

Vad gäller omfattningen av det upphovsrättsliga skyddet uttrycks särskilt dikotomin mellan idé och uttryck (artikel 2). Genom en hänvisning i artikel 3 till artiklarna 2-6 i Bernkonventionen (se 3.2 ovan) ska skyddet under WCT tillämpas i enlighet med de bestämmelserna.

3.4.2 Datorprogram

Likt TRIPs-avtalet klargör WCT att datorprogram ska skyddas som litterära verk under Bernkonventionen oavsett vilken form de kommer till uttryck i (artikel 4). Därutöver infördes genom WCT en skyldighet att vidta åtgärder för att bereda ett tillräckligt rättsligt skydd mot kringgående av verksamma tekniska skyddsåtgärder (artikel 11). Det sista ledet i artikel 11 uttrycker att åtgärderna som avses är sådana som upphovsmannen använder vid utövande av sina rättigheter avseende verket som begränsar handlingar som inte har medgivits av upphovsmannen och ”ej heller är tillåtna enligt lag”. Detta kan tolkas så att de fördragsslutande staterna inte har en skyldighet att skydda kringgående för utövande av undantag från ensamrätten.⁴¹

3.4.3 Mångfaldiganderätten

Den centrala mångfaldiganderätten är inte upptagen uttryckligen i WCT utan följer av hänvisning till artiklarna 1-21 Bernkonventionen (artikel 4.1), närmre bestämt artikel 9.1 Bernkonventionen (se 3.2 ovan). Trots att instrumentet uttryckligen avser den nya tekniska utvecklingen lyckades inte de förhandlande staterna nå enighet i fråga om

³⁸ Artikel 1.2 WPPT.

³⁹ Ingressen till WCT, se Nordell s. 76.

⁴⁰ Rådets beslut 2007/278/EG.

⁴¹ Westman, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, NIR 2002 s. 226 ff. (särskilt s. 241); von Lewinski och Walter, s. 1070.

sådana tillfälliga exemplar som uppstår vid användning av datorer. I den slutgiltiga versionen omfattades inte sådana exemplar av mångfaldiganderätten.⁴² Tvärtom har EU i både datorprogramdirektivet (se 4.3.3.2 nedan) och InfoSoc-direktivet (se 4.2.3.2 nedan) intagit en annan ställning.

3.4.4 Spridningsrätten och överföringsrätten

I och med att syftet med WCT var att uppdatera upphovsrätten för den nya tekniska miljön krävdes en rätt för upphovsmannen att tillåta eller förbjuda disseminationen av verk i en onlinemiljö. Försök att tillämpa traditionella metoder på onlinemiljöer ledde till förvirring om gränsdragningen för den traditionella uppdelningen mellan rättigheter kopplade till kopior och rättigheter som inte är kopplade till kopior.⁴³

Valet stod härvid mellan en distributionsrätt eller någon allmän form av överföring till allmänheten. Vilken av dessa som skulle väljas var inte oproblemiskt. För det *första* anknöt vissa rättsordningar äganderätt och dess övergång till fysiska saker varför en tillämpning av spridningsrätten på överföringar online skulle innebära en utmaning (jfr. 2.3 ovan). För det *andra* var Bernkonventionens reglering av spridning och överföring begränsad till vissa verkskategorier. Slutligen var det *tredje* problemet att inte alla förhandlade stater kunde välja endast en av de kandidaterna.⁴⁴

Den resulterande lösningen var ett slags ”paraplylösning” som innebar att handlingen för interaktiv överföring skulle (i) uttryckas i neutrala termer utan juridiska klassificeringar, (ii) inte vara knuten till en teknik och klargöra att även när allmänheten väljer tid och plats omfattas, (iii) nationella lagstiftarna ges tillräcklig flexibilitet i fråga om rättslig kvalificering av ensamrätten samt (iv) luckorna i förhållande till Bernkonventionen hanteras.⁴⁵

⁴² Goldstein och Hugenholtz, s. 308 f.

⁴³ WIPO Guide, *Guide to The Copyright and Related Rights Treaties Administered By WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, Genève, 2003, s. 208.

⁴⁴ A.a. s., s. 208.

⁴⁵ A.a. s. 209.

Med beaktande av paraplylösningen ovan regleras *överföringsrätten* enligt artikel 8 som en ensamrätt att tillåta överföring av verk till allmänheten, trådbundet eller trådlöst, inräknat att verket görs tillgängligt för allmänheten på ett sätt att de kan få tillgång till verken vid en tid och plats de själva väljer.

Regleringen av *spridningsrätten* avser att göra original eller exemplar tillgängliga för allmänheten genom försäljning eller annan överlåtelse (artikel 6.1). Detta anges uttryckligen inte påverka möjligheterna att föreskriva om konsumtion av spridningsrätten (artikel 6.2). Av de fördragsslutande parternas eniga uttalande om artiklarna 6 och 7 framgår att ”original och exemplar” är fixerade exemplar som kan föras i omsättning fysiska objekt.⁴⁶ Frågan om huruvida spridningsrätten och den tillhörande konsumtionsprincipen även ska tillämpas i digitala miljöer har varit en stridsfråga inom EU (se 4.2.3.4 nedan).

3.5 Sammanfattning

På det internationella planet är både EU och medlemsstaterna bundna av ett flertal internationella instrument vilka beaktas i den interna rätten. Som framgått råder det oenighet internationellt om tillfälliga exemplar och betydande skillnader i nationell rätt har medfört ett flertal utmaningar. Eftersom den europeiska upphovsrätten inte är fullharmoniserad präglas även den av liknande utmaningar.

4 Europeisk upphovsrätt

4.1 Allmänt

Redan innan unionslagstiftaren antagit rättsakter på upphovsrättens område hade EU-domstolen i avgörandet *Deutsche Grammophon* funnit att upphovsrätter kunde utgöra hinder för den fria rörligheten av varor.⁴⁷ Efter utvecklingen i praxis som inleddes med *Deutsche Grammophon* har successiva lagstiftningsåtgärder införts inom olika delar av

⁴⁶ WIPO:s fördrag om upphovsrätt, enligt uttalande avseende artiklarna 6 och 7.

⁴⁷ Mål C-78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*.

upphovsrätten och upphovsrätten närstående rättigheter. Detta har lett till ett fragmenterat regelverk som ger ett splittrat intryck utan genomgående struktur.⁴⁸

En överblick av lagstiftningsåtgärderna visar att de har utformats för att avse en begränsad mängd upphovsrättsliga frågor (skyddstid), vissa skyddsföremål (datorprogram, databaser) eller vissa typer av förfoganden (uthyrning och utlåning, satellit- och kabelsändningar). En allmän och horisontell harmonisering av upphovsrätten infördes först genom InfoSoc-direktivet 2001. Det är dock viktigt att notera att detta inte är en fullständig harmonisering av upphovsrätten. Centrala frågor som upphovsmannaskap, fixeringskrav och de yttre gränserna för upphovsrätten har lämnats utanför. För den här framställningen är det framför allt av betydelse att verksbegreppet inte harmoniserats genom InfoSoc-direktivet.

I det följande presenteras de för framställningen centrala skillnaderna mellan datorprogramdirektivet och InfoSoc-direktivet samt relevanta avgöranden från EU-domstolen.

4.2 InfoSoc-direktivet

4.2.1 Bakgrund

InfoSoc-direktivet antogs för två huvudsakliga syften. Det *första* syftet var att implementera WCT och WPPT.⁴⁹ Både EU och medlemsstaterna har tillträtt dessa konventioner.⁵⁰ Det *andra* syftet var att harmonisera den materiella upphovsrätten för att undanröja hinder för den fria rörligheten.⁵¹ Som framgår av ingressen ska utgångspunkten för harmoniseringen vara en hög skyddsnivå för rättighetshavare.⁵² I *Painer* ansåg EU-domstolen att detta var det huvudsakliga syftet med direktivet vilket även bekräftades i senare praxis, däribland *InfoPaq* och *Allposters*.⁵³ Av ingressen framgår att genom upp-

⁴⁸ Bernitz, s. 47; Hugenholtz m. fl., s. 2; Levin, s. 58.

⁴⁹ Skäl 15; Levin, s. 44; von Lewinski och Walter, s. 944 f.

⁵⁰ Beslut 2000/278/EC OJ 89/6. För svensk del se SÖ 2010:17 och SÖ 2010:18.

⁵¹ Skäl 3-7.

⁵² Skäl 9-11.

⁵³ Mål C-145/10 *Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl.*, p. 107; Mål C-5/08 *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening*, p. 40 och mål C-419/13 *Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright*, p. 47.

ställande av gemensamma rättsliga ramar och en hög skyddsnivå så uppmuntras till investeringar i innovativ verksamhet vilket leder till ökad tillväxt och konkurrenskraft som i sin tur säkerställer sysselsättningen och främjar skapandet av nya arbetstillfällen.⁵⁴

I det följande presenteras regleringen i InfoSoc avseende mångfaldiganderätten, spridningsrätten, överföringsrätten och undantagen från dessa befogenheter. Därutöver presenteras även regleringen skyddet för tekniska åtgärder.

4.2.2 Skyddsföremål

4.2.2.1 Verksbegreppet

Tillämpningsområdet för InfoSoc-direktivet är upphovsrätten och upphovsrätten närstående rättigheter inom den inre marknaden med särskild tonvikt på informationssamhället (artikel 1.1). Härifrån undantas särskilda områden från tillämpningsområdet genom de s.k. skyddsklausulerna (”*safeguard clauses*”), däribland det rättsliga skyddet för datorprogram (artikel 1.2 a). Vad som är skyddsföremålet för upphovsrätten eller vilka skyddsförutsättningar som gäller harmoniserades däremot inte genom införandet av InfoSoc-direktivet.⁵⁵ Dessa frågor har däremot prövats av EU-domstolen i en serie förhandsavgöranden med början i *InfoPaq*.

4.2.2.2 InfoPaq m.fl. – verk och originalitet

Målet vid nationella domstolen i *InfoPaq* gällde en tjänst där utdrag om elva ord ur tidningar sammanställdes baserat på nyckelord som angavs av abonnenterna. Højesteret frågade i begäran om förhandsavgörande dels om tjänsten innefattade ett delvist mångfaldigande enligt artikel 2 InfoSoc-direktivet, dels om tjänsten innefattade tillfälliga exemplar enligt artikel 5.1 samma direktiv.⁵⁶

⁵⁴ Skäl 4.

⁵⁵ Derclaye, s. 49 ff.; van Eechoud, s. 34 f.

⁵⁶ Mål C-5/08, *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening*, p. 26.

I brist på definition av vad som utgör ett mångfaldigande sökte EU-domstolen ledning i bestämmelsens lydelse, dess sammanhang, de eftersträlvade målen, direktivet som helhet samt folkrätten.⁵⁷ Efter att ha fastställt att mångfaldiganderätten avser en upphovsmans *verk* fann domstolen att Bernkonventionen förutsätter att litterära och konstnärliga verk utgör intellektuella skapelser.⁵⁸ De särskilda skyddsföremål som sedan tidigare hade harmoniserats för datorprogram, databaser och fotografier uppställde som skyddsförutsättning att dessa ska vara ”*originella* på så sätt att de är *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*” (kurs. här).⁵⁹ Samma principer ansågs gälla för InfoSoc-direktivet.⁶⁰

37. Under dessa omständigheter kan den upphovsrätt som avses i artikel 2 a i [InfoSoc-direktivet] endast tillämpas med avseende på ett alster⁶¹ som är originellt på så sätt att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse.

Den ursprungliga frågan om mångfaldigande omformulerades därmed av EU-domstolen till att avse frågan vilket skyddsföremål som mångfaldiganderätten är knuten till. Detta blev startskottet för fler förhandsavgöranden där EU-domstolen behandlar verks- och originalitetsbegreppen.

I förhandsavgörandet *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury (BSA)* prövades frågan om det grafiska användargränssnittet för datorprogram (Graphical User Interface, GUI) omfattas av datorprogramdirektivets skyddsföremål.⁶² I avgörandet fann EU-domstolen att GUI:t inte omfattades av datorprogramdirektivets skyddsföremål (se 4.3.2.3 nedan) men däremot ansågs att ett GUI under InfoSoc-direktivet kan ”[...], i egenskap av *verk*, vara skyddat om det är upphovsmannens *egna intellektuella skapelse*”.⁶³ Vidare i *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl (FAPL)* prövade EU-domstolen frågan om tillfälligt exemplarframställning under InfoSoc-direktivet i mottagarutrustning för satellit-

⁵⁷ Ibid, p. 32 med hänvisning till mål C-467/08 *Padawan SL mot Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, pp. 34-35.

⁵⁸ Ibid, pp. 33-34.

⁵⁹ Ibid, p. 35.

⁶⁰ Ibid, p. 36.

⁶¹ Se språkversionerna på engelska ”a subject matter” och tyska ”ein Schutzobjekt”. Jfr. dock franska ”un objet” och danska ”en genstand”.

⁶² Mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury*, p. 21.

⁶³ Ibid, p. 46.

TV.⁶⁴ Domstolen fann att "[f]ör att kunna räknas som verk krävs det nämligen att det aktuella alstret är *originellt* på så sätt att det är *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*".⁶⁵

Den rådande uppfattningen är att EU-domstolen härigenom *de facto* har harmoniserat ett verksbegrepp i unionsrätten.⁶⁶ Det närmre innehållet i detta verksbegrepp eller dess implikationer i unionsrätten och de nationella rättsordningarna är inte helt klart.

4.2.2.3 Kritik mot harmoniseringen i *InfoPaq*, *BSA* och *FAPL*

En kritik som riktats mot denna *InfoPaq*-doktrin är att det är klart att unionslagstiftaren inte eftersträvat att harmonisera denna del av upphovsrätten och att harmoniseringen i praxis är ett tydligt exempel på judiciell aktivism från EU-domstolen.⁶⁷

Vidare har verksbegreppet kritiserats för att inte vara fullständigt. Sedan *InfoPaq* är originalitetskravet en förutsättning för upphovsrättsligt skydd men det är inte klart om det därutöver finns andra förutsättningar. Fråga är exempelvis om förutsättningarna för upphovsrättsligt skydd uppfylla avseende officiella texter. Svensk upphovsrätt omfattar inte sådana texter (9 § URL) medan de däremot kan omfattas av engelsk upphovsrätt som medger en *crown copyright*.⁶⁸

Ytterligare en kritik är att upphovsrätten i medlemsstater som England och Irland medger skydd för en uttömmande lista av verkskategorier. Ett verk som inte omfattas av någon av kategorierna medges då inte heller upphovsrättsligt skydd.⁶⁹ Detta väcker frågan om tillämpningen av uttömmande verkskategorier är förenliga med EU-domstolens harmonisering av verksbegreppet.⁷⁰ Av särskild betydelse för den här framställningen är

⁶⁴ Förenade målen C-403/08 *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl* och C-429/08 *Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd*.

⁶⁵ Ibid, p. 97.

⁶⁶ Rosati, s. 127 f.; Stamatoudi och Torremans, s. 13.

⁶⁷ van Eechoud, *Along the Road to Uniformity* (2012) JIPITEC, 1, para 60.

⁶⁸ Bently och Sherman, s. 136.

⁶⁹ Rosati, s. 189 ff.

⁷⁰ Derclaye, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, EIPR 2010, 32(5), s. 247-251; Bently, *The Lionel: the Bezpečnostní softwarová asociace and the Wandering Court of Justice*,

att harmoniseringen av verksbegreppet därutöver har föranlett frågan om det är förenligt med unionsrätten att i ett och samma verk parallellt tillerkänna delar av verket skydd under olika regleringar.⁷¹

4.2.2.4 Skyddsklausulerna

Förhållandet mellan InfoSoc-direktivet och de särskilda skyddsföremålen i andra direktiv har reglerats genom skyddsklausulerna i artikel 1.2 InfoSoc-direktivet ("safeguard clauses"). Härigenom undantas vissa områden helt från tillämpningsområdet för direktivet, däribland det rättsliga skyddet för datorprogram (artikel 1.2 a). När datorprogramdirektivet antogs beaktades datorprograms särskilda egenskaper och texten var ett resultat av delikata kompromisser. Kommissionen har varit ovillig att riva upp dessa överenskommelser med hänvisning till att det kan få oavsedda och vidare följdverkningar.⁷²

Unionslagstiftaren har genom dessa skyddsklausuler försökt skapa vattentäta skott i förhållande till de spridda lagstiftningsåtgärderna. Detta innebär är att principen om *lex posterior* inte är tillämplig,⁷³ samt att principen om *lex specialis* ges en något annorlunda innebörd. Tolkningen av klausulerna har ansetts behöva vara flexibel och med beaktande av det övergripande harmoniserande syftet i det enskilda fallet.⁷⁴

4.2.3 Befogenheter

4.2.3.1 Allmänt

De ekonomiska befogenheterna omfattar mångfaldiganderätten (artikel 2), överföringsrätten och tillgängliggöranderätten (artikel 3.1) samt spridningsrätten (artikel 4). Den

(<http://ipkitten.blogspot.se/2011/01/lionel-bezpecnostni-softwareova-asociace.html>, senast hämtad 2015-11-28).

⁷¹ Rosati, *Closed subject-matter systems are no longer compatible with EU copyright*, GRUR Int (2014) 1112.

⁷² SEC (2004) 995 slutgiltig, s. 6.

⁷³ Walter, *Updating and Consolidation of the Acquis: The Future of European Copyright*, artikel given vid EC Conference European Copyright Revisited, Santiago de Compostella, 2002.

⁷⁴ von Lewinski och Walter, s. 953; Rendas, *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*, EIPR (2015) 37(1).

ideella rätten är uttryckligen undantagen harmoniseringen under InfoSoc-direktivet och följer istället av nationell lagstiftning och de folkrättsliga förpliktelserna.⁷⁵

4.2.3.2 Mångfaldiganderätten

Vad gäller *mångfaldiganderätten* under InfoSoc är den bred genom att omfatta mångfaldigande som sker direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, oavsett metod, helt eller delvis (artikel 2).⁷⁶ Direktivet går här längre än vad de förhandlande staterna enades om vid diplomatkonferensen vid antagandet av WCT (se 3.4.2 ovan).⁷⁷ Därmed är mångfaldiganderätten i princip jämförbar med mångfaldiganderätten under datorprogramdirektivet.⁷⁸ Denna breda omfattning har i och med den moderna tekniken medfört ett behov av en särreglering av tillfälliga exemplar (se 4.3.4.2 nedan).

4.2.3.3 Överföringsrätten

Genom InfoSoc-direktivet harmoniserades *överföringsrätten* och *tillgängliggöranderätten*. Rättshavaren ges ensamrätt ”[...] tillåta eller förbjuda varje *överföring* till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken *görs tillgängliga* för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer” (artikel 3.1). Under det mer allmänna begreppet *överföring* sorterar det mer specifika begreppet *tillgängliggörande*. Gemensamt för dessa är att de är tillämpliga för verk i dess immateriella form samt att de är teknikneutrala.⁷⁹ Båda formerna kräver ett moment av distans för tillämplighet.⁸⁰ För tillgängliggöranderätten krävs därutöver interaktivitet (*on demand*). Till exempel utgör radiosändningar av verk en överföring medan en podcast av samma innehåll sker *on demand* och därför utgör ett tillgängliggörande såväl som en överföring.

⁷⁵ Skäl 19.

⁷⁶ Stamatoudi, s. 401 ff.

⁷⁷ van Eechoud, s. 74 f.

⁷⁸ SEC (2004) 995, s. 6; Hugenholtz 2006, s. 47; von Lewinski och Walter, s. 955 f.

⁷⁹ Förenade målen C-403/08 *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl.* och C-429/08 *Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd*, p. 193.

⁸⁰ *Ibid*, p. 201; Skäl 23; von Lewinski och Walter, s. 980; Stamatoudi, s. 408 f.

Eftersom överföringsrätten inte regleras i datorprogramdirektivet uppstår fråga om InfoSoc-direktivet är tillämpligt för datorprogram i detta avseende trots skyddsklausulerna. Även om saken inte är helt klar framstår den rådande uppfattningen i doktrin innebära att överföringsrätten är tillämplig även på datorprogram.⁸¹ Till skillnad från spridningsrätten under artikel 4 konsumeras inte rättshavarens befogenheter under överföringsrätten genom att verket har överförts till eller tillgängliggjorts för allmänheten (artikel 3.3).⁸²

4.2.3.4 Spridningsrätten

Under InfoSoc-direktivet ges spridningsrätten en bred tolkning som att omfatta ”all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av deras verk eller av kopior av detta” (artikel 4.1). Spridningsrätten begränsas genom att rätten att förfoga över originalet eller kopior av verk konsumeras efter den första lagliga omsättningen inom unionen (artikel 4.2). Däremot konsumeras inte mångfaldiganderätten under artikel 2 eller rätten till överföring till allmänheten eller att göra alster tillgängliga för allmänheten (artikel 3.3).

Frågan om konsumtionsprincipen under InfoSoc-direktivet kan utsträckas till att även omfatta sådan distribution som sker utan att verket införlivats i ett fysiskt exemplar har diskuterats sedan EU-domstolen i förhandsavgörandet *UsedSoft* tillämpat en digital konsumtionsprincip för datorprogram under vissa omständigheter (se 4.3.3.2 nedan). Vad som talar emot att principen skulle kunna utsträckas på ett sådant sätt är att ingressen uttrycker att spridningsrätten enligt artikel 4.1 omfattar ”spridning av verk som ingår i en fysisk vara” samt att konsumtion ”uppstår inte då det gäller tjänster, särskilt inte i fråga om online-tjänster”.⁸³ Genom att göra en tolkning mot de bredare principerna

⁸¹ von Lewinski och Walter, s. 958; Stamatoudi och Torremans, s. 414; Jfr. dock den tveksamma inställningen i Hugenholtz och Dreier, s. 323.; Hugenholtz verkar utgått från att den inte är tillämplig (Hugenholtz 2006, s. 52).

⁸² Skäl 29.

⁸³ Skäl 28 och 29.

bakom unionsrätten och mot den fria rörligheten är det tänkbart att *UsedSoft*-principen utsträcks till att även tillämpas på InfoSoc-direktivet.⁸⁴

I kölvattnet efter *UsedSoft* har andrahandsmarknader för e-böcker prövats av nationella domstolar. I ett mål om e-böcker har Oberlandesgericht (OLG) Hamm funnit att köp av e-böcker för nedladdning över Internet inte omfattas av spridningsrätten utan är ett tillgängliggörande för allmänheten vilket inte omfattas av konsumtionsprincipen (artikel 3.3). Därutöver ansågs varken *UsedSoft* eller Bundesgerichtshofs (BGH) avgörande i I ZR 129/08 (*”Used Soft II”*) tillämpligt direkt eller *mutatis mutandis*.⁸⁵ I ett annat mål om konsumtion av e-böcker ansåg Hof Amsterdam tvärtom att omständigheterna vid återförsäljning av e-böcker är jämförbara med *UsedSoft*. Verksamheten ansågs därmed kunna vara förenlig med unionsrätten men av processuella skäl var rättsläget för oklart för att fatta ett interimistiskt beslut.⁸⁶

Strax efter det nederländska avgörandet meddelade EU-domstolen förhandsavgörandet i *Allposters* som gällde en tjänst där bläcket i affischer överfördes till duk i en process som förbrukade den ursprungliga affischen.⁸⁷ Fråga var om spridningsrätten konsumerats och att rättshavarens tillstånd därmed inte skulle krävas för spridning av de resulterande dukarna.⁸⁸ I avgörandet utgick domstolen från att ingressen uttrycker verk i ”en fysisk vara” samt att InfoSoc-direktivet ska tolkas mot WCT där de fördragsslutande staterna i ett enigt uttalande uttryckt att spridningsrätten endast avser ”fasta exemplar som kan sättas i omlopp som föremål”.⁸⁹ Härmed beaktade domstolen inte några av de

⁸⁴ Torremans, *Future Implications of the UsedSoft Decision*, CREATE Working Paper Series DOI: 10.5281/zenodo.838.

⁸⁵ OLG Hamm 2014-05-15, 22 U 60/13, GRUR 2014, 853; Großkettler, J, *No exhaustion beyond software: Katfriend translates German decision on audiobooks*, <http://ipkitten.blogspot.se/2014/07/no-exhaustion-beyond-software-katfriend.html>, senast hämtad 2015-12-05.

⁸⁶ Sluiter, *The Dutch courts apply UsedSoft to the resale of eBooks* (<http://kluwercopyrightblog.com/2015/01/28/the-dutch-courts-apply-usedsoft-to-the-resale-of-ebooks/>), senast hämtad 2015-12-05).

⁸⁷ Mål C-419/13 *Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright*, pp. 14-17.

⁸⁸ Ibid, p. 23.

⁸⁹ Ibid, pp. 35-40.

ändamålsöverväganden som kan motivera en digital konsumtion under InfoSoc-direktivet.⁹⁰

Här bör dock noteras att Rechtbank Den Haag i begäran om förhandsavgörande i *Vereniging Openbare Bibliotheken mot Stichting Leenrecht* bland annat frågat om den första försäljningen enligt artikel 4.2 kan omfatta nedladdning av digitala kopior av upphovsrättsligt skyddat material för användning av en obegränsad period.⁹¹ Som framgått av de internationella överenskommelserna och EU-domstolens praxis är digital konsumtion en stridsfråga kantad av många principiella utmaningar som kräver en mer genomgående prövning.⁹²

4.2.4 Undantag

4.2.4.1 Allmänt

Regleringen av undantag från befogenheterna är uppbyggd med ett tvingande undantag för tillfälliga exemplar tillsammans med två kataloger av fakultativa undantag (artikel 5). Att undantagskatalogen gjorts fakultativ samt medgett en betydande grad av flexibilitet vid implementeringen har kritiserats för att ha en begränsad harmoniserande verkan.⁹³

Implementering av undantagen i katalogen måste uppfylla trestegstestet genom att tillämpas i (i) vissa särskilda fall som (ii) inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och (iii) inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen (artikel 5.5).⁹⁴ Enligt ingressen till direktivet ska inskränkningar i befogenheterna göras i överensstämmelse med internationella förpliktelser. Härvid bör beaktas att digi-

⁹⁰ Savič, *The CJEU Allposters Case: Beginning of the End of Digital Exhaustion?*, EIPR, 37(6) 2015, s. 389 ff; Rosati, *Digital exhaustion: a debate and a (policy) scandal* (<http://ipkitten.blogspot.se/2015/03/digital-exhaustion-debate-and-policy.html>, senast hämtad 2015-12-07).

⁹¹ Begäran om förhandsavgörande i mål C-174/15 *Vereniging Openbare Bibliotheken mot Stichting Leenrecht* (2015/C 213/27).

⁹² Peter Mezei, *Digital First Sale Doctrine Ante Portas: Exhaustion in the Online Environment*, 6 (2015) JIPITEC 23, para 1; Savič, ovan.

⁹³ von Lewinski och Walter, s. 1020 f.; Hugenholtz 2006, s. 66 f.; Stamatoudi och Torremans, s. 445 f.

⁹⁴ Jämför förlagorna i internationell rätt (se 3 ovan).

tala miljön kan leda till större ekonomiska verkningar och att vissa undantag därför inte bör göras lika omfattande.⁹⁵

Trestegstestet har kritiserats för att tillämpas för restriktivt utan beaktande av att ingresen till WCT uttrycker att "[f]ördragsparterna [...] erkänner behovet av att vidmakthålla balansen mellan upphovsmännens rättigheter och ett bredare allmänintresse" samt eniga uttalanden om möjligheterna att införa nya undantag som är lämpligare i den digitala och nätverksbaserade miljön.⁹⁶ Trestegstestet har vidare kritiserats för att inte utnyttja fördelarna av att det erbjuder möjligheten till flexibilitet och beaktande av en icke-uttömmande lista av faktorer, utan i stället tillämpas för att minska möjligheterna till undantag som behövs i den digitala miljön.⁹⁷ För sådana syften har en deklaration för en balanserad tolkning av trestegstestet föreslagits av akademiker.⁹⁸ I praxis från EU-domstolen framgår däremot en mer restriktiv syn på undantag från huvudregeln om skydd och en ensidig syn på trestegstestet.⁹⁹

Utöver det tvingande undantaget för *tillfälliga exemplar* presenteras här undantaget för *privat bruk* eftersom det i viss mån går att jämföra med datorprogramdirektivets undantag för nödvändig säkerhetskopiering.

4.2.4.2 Tillfälliga exemplar

Vad gäller tillfälliga exemplar är sådana undantagna från mångfaldiganderätten under vissa villkor (artikel 5.1). Bestämmelsen tar sikte på sådana exemplar som uppstår till följd av användningen av verk i datorer och vid överföring i datanätverk. Motivet bakom regeln är att undanta sådana handlingar som enbart utgör användning av verket men vilka till följd av den vida mångfaldiganderätten i brist på undantag hade krävt

⁹⁵ Skäl 44.

⁹⁶ Stamatoudi och Torremans, s. 442 f.

⁹⁷ Martin Senftleben, *The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 1.

⁹⁸ Geiger m.fl., *A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test" In Copyright Law*, 2 (2010) JIPI-TEC 119, para 1.

⁹⁹ Mål C-5/08 *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening*, pp. 56-58.

rättsinnehavarens tillstånd.¹⁰⁰ Som exempel nämns i ingressen webbläsning och cache-lagring.¹⁰¹

För att omfattas av undantaget ska exemplaren vara flyktiga eller av underordnad betydelse som en integrerad och väsentlig del i en teknisk process. Exemplarens enda syfte ska vara att möjliggöra överföring i nätverk (artikel 5.1 a) eller en laglig användning (artikel 5.1 b). De ska inte ha någon självständig ekonomisk betydelse (artikel 5.1 *in fine*). Exemplaren ska vara nödvändiga för processen och inte gå utöver vad som krävs för att processen ska fungera väl.¹⁰² Därutöver har det ansetts att tolkningen av villkoren måste göras så att undantagets ändamålsenliga verkan säkerställs och syfte följs.¹⁰³ I *Murphy* ansågs syftet med undantaget vara att säkerställa teknisk utveckling samt upprätthålla en skälig avvägning mellan rättshavarnas intressen och användarnas intresse av att kunna dra nytta av de nya teknologierna.¹⁰⁴

Ur ett upphovsrättsligt perspektiv kan ”laglig användning” tolkas som att rättshavaren samtyckt eller att ett undantag från befogenheterna är tillämpligt. En sådan tolkning är inte utesluten av att laglig användning enligt ingressen ska avse sådan användning som görs med rättshavarens tillstånd eller inte är *otillåten enligt lag*.¹⁰⁵ I EU-domstolens praxis uttrycks ”laglig användning” som att verksamheten som sådan som inte är belagd med restriktioner i unionsrätten eller enligt nationell lag.

I förhandsavgörandet *InfoPaq II* var åter fråga om processen där utdrag ur nyhetsartiklar om elva ord sammanställdes varvid tillfälliga exemplar uppstod. Eftersom rättshavaren inte lämnat sitt tillstånd uppstod fråga om detta utgjorde ”laglig användning” enligt artikel 5.1. EU-domstolen fann att varken unionsrätten eller dansk lag belagt verksamheten att sammanställa nyhetsutdrag med några restriktioner.¹⁰⁶ Vidare i *Murphy* fann EU-

¹⁰⁰ Stamatoudi och Torremans, s. 403 f.

¹⁰¹ Skäl 33.

¹⁰² Mål C-302/10 *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening*, p. 30 respektive mål C-5/08 *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening*, p. 61

¹⁰³ Skäl 31; Gemensam ståndpunkt (EG) nr 48/2000 antagen av rådet den 28 september 2000.

¹⁰⁴ Förenade målen C-403/08 *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl.* och C-429/08 *Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd*, p. 164.

¹⁰⁵ Skäl 33 *in fine*; von Lewinski och Walter, s. 1026.

¹⁰⁶ Mål C-302/10 *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening*, p. 46.

domstolen att en pubägare som tar emot TV-sändningar via satellit och visar dessa för sina kunder ("för en privat krets") omfattades av laglig användning eftersom handlingen inte var belagd med restriktioner i unionslagstiftningen eller medlemsstatens nationella lagstiftning.¹⁰⁷ Målet i *Meltwater* gällde tillfälliga kopior som uppstår vid webbläsning. Den nationella domstolen ansåg att frågan i delen som avsåg laglig användning var klar och frågorna i förhandsavgörandet omfattade därför inte den delen. Härvid ansågs att det vara klart att traditionellt upphovsrättsligt relevanta förfoganden inte omfattades.¹⁰⁸

Under datorprogramdirektivet tillämpas ett motsvarande undantag för användning för avsedda ändamålet (se 4.3.4.1 nedan).

4.2.4.3 Privat bruk

Ett fakultativt undantag från mångfaldiganderätten ges avseende privat bruk (artikel 5.2 b). Tillämpningsområdet för undantaget är begränsat till mångfaldigande som görs av fysiska personer där syftet varken är direkt eller indirekt kommersiellt. Därutöver krävs att rättsinnehavaren ges rimlig kompensation.¹⁰⁹ Likt övriga undantag är undantaget för privat bruk föremål för trestegstestet (artikel 5.5).

Praktiska exempel på privat bruk är att byta format på ett exemplar, inspelning för att se senare eller göra säkerhetskopior. I förhållande till undantaget för nödvändiga säkerhetskopior under datorprogramdirektivet kan främst anmärkas att undantaget för privat bruk utesluter förfoganden av kommersiella aktörer (se 4.3.4.3 nedan). Bevekelsegrunden för privat bruk uppfattas ibland som ett skydd mot att beivrande av intrång i sådana fall skulle kränka rätten till privatliv. Ett annat synsätt är att privat bruk är en nödvändighet för utnyttjandet av verk och därmed rättshavarens möjligheter att få avsättning

¹⁰⁷ Förenade målen C-403/08 *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl* och C-429/08 *Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd*, p. 171.

¹⁰⁸ Supreme Court, *Public Relations Consultants Association Limited mot The Newspaper Licensing Agency Limited m.fl.*, [2013] UKSC 18.

¹⁰⁹ Mål C-463/12 *Copydan Båndkopi mot Nokia Danmark A/S* och mål C-572/1 *Hewlett-Packard Belgium SPRL mot Reprobel SCRL*.

för sina skapelser.¹¹⁰ Ur det sistnämnda perspektivet anknyter undantaget för privat bruk i viss mån med det för tillfälliga exemplar.

Undantaget för privat bruk omfattar både fysiska och digitala exemplar och är därför inte föranlett av förgängligheten i digitala lagringsmedier såsom undantaget för säkerhetskopiering enligt datorprogramdirektivet. Två centrala skillnader i förhållande till undantaget för säkerhetskopiering är att sådan dels ska vara nödvändig, dels är tillgänglig även för kommersiella aktörer. Detta har betydelse för kommersiella aktörers möjligheter att framställa säkerhetskopior av komplexa verk.

4.2.5 Tekniska skyddsåtgärder

Utöver den materiella upphovsrätten reglerar InfoSoc-direktivet förbud mot kringgående av effektiva tekniska skyddsåtgärder. Vad som avses med en teknisk åtgärd ges en utförlig legaldefinition (artikel 6.3). Till skillnad från datorprogramdirektivet gör InfoSoc-direktivet åtskillnad mellan själva *handlingen att kringgå* de tekniska skyddsåtgärderna (artikel 6.1) och *befattningen med hjälpmedel* för sådant kringgående (artikel 6.2). Hjälpmedlen ska (a) saluföras i kringgående syfte, (b) ha ett begränsat kommersiellt intresse eller användningsområde av betydande art utöver kringgående eller (c) vara huvudsakligen skapade för kringgående.

Eftersom de tekniska åtgärderna reglerar åtkomsten till själva verket kan dessa i praktiken hindra användare från att utöva lagreglerade undantag från rättshavarens befogenheter. Av ingressen till direktivet framgår att regleringen av tekniska skyddsåtgärder inte ska hindra elektronisk utrustnings normala funktion eller den tekniska utvecklingen av densamma. Det rättsliga skyddet ska därutöver vara förenligt med proportionalitetsprincipen och inte hindra andra kommersiella verksamheter som kryptografisk forskning.¹¹¹ Härmed avses forskning i kringgående med syftet att höja säkerheten i skyddsåtgärderna.¹¹²

¹¹⁰ Karapapa, s. 15 ff.

¹¹¹ Skäl 48.

¹¹² von Lewinski och Walter, s. 1068.

Skyddet mot kringgående av tekniska skyddsåtgärder implementerar artikel 11 WCT. Den folkrättsliga förpliktelsen omfattar inte att skydda mot kringgående av oskyddade verk eller för utövande av ett lagstadgat undantag. Härvid bör dock nämnas att WCT uppställer krav på ett minimiskydd.¹¹³

Regleringen i InfoSoc-direktivet i förhållande till lagstadgade undantag tar utgångspunkt i att rättshavarna genom frivilliga åtgärder bereder tillgång till verken för utövande av undantag men att medlemsstaterna i fråga om vissa undantag är skyldiga att vidta lämpliga åtgärder i den mån rättshavarna inte bereder tillgång till verken (artikel 6.4 första stycket). I fråga om undantaget för privat bruk enligt artikel 5.2 b ges medlemsstaterna en fakultativ möjlighet att vidta åtgärder i den mån rättshavarna inte har berett tillgång genom frivilliga åtgärder. Denna ordning gäller dock inte verk som överförts i enlighet med tillgänglighetsgöranderätten och förenats med särskilda avtalsvillkor (artikel 6.4 fjärde stycket) vilket i praktiken avser verk som laddats ner via Internet.

Sammanfattningsvis är skyddet för tekniska åtgärder under InfoSoc-direktivet fördelaktigt för rättshavaren. Ordningen i artikel 6.4 med utgångspunkt i frivilliga åtgärder från rättshavarnas sida har kritiserats för att det i praktiken innebär att den slagna balansen mellan rättshavarens intressen och användarens intressen rubbas.¹¹⁴

4.3 Datorprogramdirektivet

4.3.1 Allmänt

Till skillnad från de traditionella verken är datorprogram funktionella skapelser och det var därför ingen självklarhet att de skulle omfattas av det upphovsrättsliga skyddet. Datorprogram uttrycks i likhet med litterära verk i textform men är skapade med det uttryckliga syftet att producera nyttigheter.¹¹⁵ Ända sedan 1960-talet hade en debatt förts i

¹¹³ A.a. s. 1070.

¹¹⁴ Akester, *Technological accommodation of conflicts between freedom of expression and DRM: the first empirical assessment*, University of Cambridge - Faculty of Law, 2009.

¹¹⁵ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace – S vaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury*, p. 59.

USA om vilket rättsligt skydd datorprogram borde ges.¹¹⁶ Under en tid eftersträvades ett rättsligt skydd för datorprogram av sitt eget slag ("sui generis") på det internationella planet genom WIPO:s modellkonvention från 1978.¹¹⁷

Kring 1985 stod det klart att datorprogram i viss utsträckning redan erkänts upphovsrättsligt skydd i flertalet av medlemsstaterna i dåvarande Europeiska gemenskapen (EG) samt att WIPO:s modellkonvention inte vunnit framgång hos de nationella lagstiftarna.¹¹⁸ Upphovsrätten valdes slutligen eftersom det redan fanns ett etablerat regelverk tillgängligt för en bransch i behov av skydd samt att detta regelverk till stora delar var koordinerat internationellt genom Bernkonventionen.¹¹⁹ Möjligheterna att därutöver patentera datorprogram som sådana har uttryckligen avskurits inom EU.¹²⁰

Den funktionella karaktären hos datorprogram har påverkat både hur skyddsföremålet är utformat och de särskilda undantagen från befogenheterna. I de traditionella domänerna av upphovsrätt har potentialen att påverka den effektiva konkurrensen varit begränsad. Datorprogram är däremot funktionella och därför har ett skydd utan lämpliga begränsningar potential att leda till ett monopol med överdriven omfattning och lång varaktighet.¹²¹ De särskilda undantagen har härvid ansetts vara av central betydelse för innovation, konkurrens och tillträde till marknader.¹²²

Datorprogramdirektivet är en vertikal reglering och omfattar skyddsföremål, upphovsmannaskap, befogenheter och undantag. Direktivet innehåller därutöver vissa avtalsrättsliga bestämmelser till skillnad från InfoSoc-direktivet som lämnar medlemsstaternas avtalsrätt oförändrad (artikel 9 InfoSoc).¹²³ Likt InfoSoc-direktivet reglerar datorprogramdirektivet skyddet för tekniska skyddsåtgärder.

¹¹⁶ Sherman och Weisman, s. 251.

¹¹⁷ WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Programs, 1978.

¹¹⁸ KOM (1988) 172, s. 177 ff.

¹¹⁹ van Rooijen, 54 f.

¹²⁰ Artikel 52.2 c och 52.3 EPC. Se dock debatten i KOM (97) 314 och Kommissionens förslag till direktiv KOM (2002) 92; Levin, s. 76.

¹²¹ KOM (88) 172, s. 5.

¹²² SEC (2004) 995 slutgiltig, s. 9.

¹²³ Skäl 45 InfoSoc-direktivet; Hugenholtz och Dreier, s. 741.; Hugenholtz 2002, s. 67 f.

4.3.2 Skyddsföremål

4.3.2.1 Allmänt

Enligt datorprogramdirektivet ska datorprogram och dess förberedande arbeten skyddas som litterära verk enligt Bernkonventionen (artikel 1.1).¹²⁴ Skyddsföremålet omfattar ett datorprograms alla uttryck men inte de idéer och principer som ligger bakom programmet eller dess gränssnitt (artikel 1.2).¹²⁵ Skulle skyddet omfatta den utförda funktionen skulle det leda till möjligheten att monopolisera idéer.¹²⁶ Eftersom upphovsrätt ges under 70 år utan krav såsom registrering, nyhet eller publicering skulle det få långtgående verkningar.

Ingen legaldefinition av datorprogram ges i direktivet av hänsyn till risken för att den tekniska utvecklingen skulle göra en sådan definition förlegad.¹²⁷ Viss ledning finns dock i de förberedande arbetena där datorprogram ses som ”en uppsättning instruktioner med syftet att få en informationshanterande apparat, en dator, att utföra sina funktioner”.¹²⁸

4.3.2.2 Gränssnitt

Skyddsföremålets omfattning har särskilt aktualiserats i fråga om datorprograms gränssnitt. I vid bemärkelse kan gränssnitt förstås som allt som möjliggör interaktion mellan användare och datorprogram eller interoperabilitet datorprogram emellan.¹²⁹ Denna vida förståelse tar sikte på datorprograms funktionella karaktär eftersom de saknar värde om det inte är möjligt att ta del av dess resultat. Den stora ekonomiska betydelsen av gräns-

¹²⁴ Artikel 2 Bernkonventionen. Jfr. artikel 10.1 TRIPs-avtalet och artikel 4 WCT.

¹²⁵ Skälen 10 och 11.

¹²⁶ Generaladvokatens förslag till förhandsavgörande i mål 406/10 *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd.*, p. 44.

¹²⁷ KOM (88) 816, s. 6; KOM (1999) 199, s. 9; SEC (2004) 995, s. 8.

¹²⁸ KOM (88) 172 final, s. 170; KOM (88) 816 final, s. 2.

¹²⁹ Skäl 10. För en utförlig genomgång se van Rooijen, s. 11 ff.

snitt framgår av att hemlighållande av information om gränssnitt har potential att neka konkurrenter tillträde till en marknad.¹³⁰

Samtidigt som den vida förståelsen av gränssnitt har direkt bäring på datorprogrammets funktionella karaktär finns det anledning för att göra en åtskillnad mellan sådana gränssnitt som sörjer för användares *interaktion* med datorprogrammet (Graphical User Interface, GUI) och sådana gränssnitt som sörjer för *interoperabilitet* med andra datorprogram (Application Programming Interface, API). Båda dessa typer av gränssnitt har varit föremål för prövning av EU-domstolen.

4.3.2.3 BSA – gränssnitt för interaktion

Gränssnitt i fråga om *interaktion* prövades av EU-domstolen i förhandsavgörandet *BSA*. Målet i den nationella domstolen rörde kollektiv förvaltning av rättigheter i en TV-sändning där det grafiska gränssnittet i form av tabeller visades. Trots att skyddsföremålet harmoniserats tillämpade domstolen analogivis den tolkningsmetod som används i *InfoPaq* där skyddsföremålet inte harmoniserats (se 4.2.2.2 ovan).¹³¹ Härvid fann domstolen att skyddsföremålet utgörs av alla uttrycksformer i käll- och objektкод vilka möjliggör mångfaldigande av programmet.¹³² Eftersom det grafiska användargränssnittet inte möjliggör mångfaldigande av datorprogrammet omfattas det inte av skyddsföremålet för datorprogram.¹³³ Det är intressant att notera hur EU-domstolen anknyter möjligheten till mångfaldigande som relevant kriterium för att avgränsa skyddsföremålet. Detta är sannolikt ett utflöde av att hänsyn till det förberedande materialet för datorprogram som möjliggör (re)produktion samt att *InfoPaq* i viss utsträckning behandlar verk, originalitet och förfogande gemensamt (se 4.2.2.2 ovan samt 4.3.24 nedan).

¹³⁰ Se mål T-201/04 *Microsoft mot Kommissionen* där Microsoft ålades att betala 497 miljoner € för missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF sedan en konkurrent inte beretts tillgång till information om gränssnitt som krävdes för att kunna konkurrera med Microsofts egna produkter.

¹³¹ Mål C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury*, p. 30.

¹³² Ibid, pp. 31-35.

¹³³ Ibid, pp. 39-42.

4.3.2.4 SAS Institute – gränssnitt för interoperabilitet

Gränssnitt i fråga om interoperabilitet prövades av EU-domstolen i förhandsavgörandet *SAS Institute mot World Programming*.¹³⁴ Bakgrunden i målet var att SAS Institute tillhandahöll mjukvara för matematiska beräkningar och affärsanalys. De matematiska modellerna i produkten utnyttjades genom att kunderna skrev instruktioner för hur beräkningarna skulle utföras i ett av SAS Institute utvecklat programmeringsspråk. Indatan i beräkningarna angavs i ett filformat vilket även detta var utvecklat av SAS Institute. Filformatet kan här beskrivas som ett slags formulär med syftet att mjukvaran ska veta vad datan i respektive fält representerar.

Instruktionerna för beräkning och analys kunde bara användas med mjukvaran från SAS Institute innan konkurrenten World Programming Ltd. lanserade en mjukvara som kunde utföra samma beräkningar på de aktuella instruktionsfilerna till ett lägre pris. Fråga uppstod därför om programmeringsspråket respektive filformatet omfattades av skyddsföremålet under datorprogramdirektivet.

EU-domstolen prövade frågorna i *SAS Institute* mot bakgrund av uppdelningen mellan idé och uttryck så som den framgår av direktivet och WCT, TRIPs-avtalet och Bernkonventionen.¹³⁵ Domstolen tillämpade dessutom kriteriet i *BSA* om att gränssnittet inte möjliggör ett mångfaldigande av datorprogrammet. Härvid anknöts också det förberedande designarbetet.¹³⁶ Detta lades till grund för slutsatsen att varken programmeringsspråk eller filformat utgjorde sådan uttrycksformer som skyddas av datorprogramdirektivet.¹³⁷

Avgörandet i *SAS Institute* har tagits till intäkt för att programmeringsspråk, filformat och därmed även gränssnitt för interoperabilitet slutgiltigt är uteslagna från skyddsföremålet under datorprogramdirektivet.¹³⁸ Detta är inte nödvändigtvis helt korrekt. Innan domstolen slutgiltigt besvarade frågan anmärktes hur ett upphovsrättsligt skydd för

¹³⁴ Mål C-406/10 *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd.*

¹³⁵ Ibid, pp. 29-34.

¹³⁶ Ibid, pp. 35-38.

¹³⁷ Ibid, p. 39.

¹³⁸ Vezzoso, *Copyright, Interfaces, and a Possible Atlantic Divide*, 3 (2012) JIPITEC 153, para 1.

funktionalitet skulle ge möjligheten att monopolisera idéer till nackdel för den tekniska och industriella utvecklingen.¹³⁹ I samma del går domstolen vidare och poängterar ändamålsenligheten i att upphovsrätten är begränsad till det individuella uttrycket och – till skillnad från det industriella rättsskyddet – ger utrymme för dubbelskapande förutsatt att detta inte utgör kopiering.¹⁴⁰ Att programmeringsspråket och filformaten utgjorde delar av programmet som används för att utnyttja programmet uteslöt inte i domstolens mening att de kunde omfattas av datorprogramdirektivets skyddsföremål. Om delarna framställs efter förlaga i form av objekt- eller källkod kan det enligt domstolen utgöra ett delvist mångfaldigande under artikel 4 a datorprogramdirektivet.¹⁴¹ Skälet för denna utläggning var att målet till viss del omfattade ett intrång i bruksmanualen för den aktuella mjukvaran. Domstolen fann härvid att WPL inte haft tillgång till källkoden eller det förberedande designarbetet och därmed inte kopierat de relevanta delarna.¹⁴²

Det är svårt att förena å ena sidan domstolens uttalande om hur monopol för idéer kan vara menligt för den tekniska och industriella utvecklingen, och å andra sidan att programmeringsspråk och filformat kan omfattas av datorprogramdirektivets skyddsföremål om de skapats efter en förlaga. Att med hjälp av en förlaga, som i sig inte omfattas av skyddsföremålet enligt vad domstolen redan funnit (p. 39), åstadkomma ett alster som enligt samma slutsats inte heller skulle omfattas av skyddsföremålet, vore trots detta inom skyddsföremålet och därför kräva rättshavarens tillstånd.

En tänkbar förklaring är att domstolen grundat slutsatsen på avgörandet i *BSA* där kriteriet för frågan om ett GUI omfattas av datorprogramdirektivets skyddsföremål ansågs vara om det möjliggör mångfaldigande av programmet eller inte. Inkonsekvensen indikerar att kriteriet som hämtats ur *BSA* inte är ändamålsenligt när det gäller att avgränsa datorprogramms skyddade uttryck från dess oskyddade gränssnitt. Vidare är det indikativt för att den sammanslagning av verksbegrepp, originalitet och mångfaldigande som gjorts i *InfoPaq*-doktrinen och efterföljande avgöranden inte är tillräcklig för att hantera

¹³⁹ Mål C-406/10 *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd*, p. 40.

¹⁴⁰ *Ibid*, p. 41

¹⁴¹ *Ibid*, pp. 42-43.

¹⁴² *Ibid*, p. 44.

de utmaningar som upphovsrätten ställs inför i fråga om datorprogram och därmed även för komplexa verk.

4.3.2.5 Komparativ utblick – Oracle mot Google

Mot bakgrund av *BSA* och *SAS Institute* kan det frågas hur EU-domstolen skulle bedöma det fall som Förenta staternas federala appellationsdomstol ställdes inför i *Oracle America Inc. mot Google Inc.*¹⁴³ Målet gällde upphovsrättsligt skydd för gränssnittet till standardbiblioteket med vanligt använda funktioner i programmeringsspråket Java. Bakgrunden var att Google i sitt operativsystem för mobiltelefoner (Android) använde programmeringsspråket Java för utveckling av appar. Till skillnad från *SAS Institute* var det otvistigt att programmeringsspråket som sådant inte var upphovsrättsligt skyddat. Däremot gjorde Oracle gällande att Google gjort intrång i strukturen och namnen på funktionerna i standardbiblioteket ("*structure, sequence and organization*") när motsvarande funktionalitet återskapades för Android. Skälet för att Google återskapat denna struktur var inte att uppnå direkt interoperabilitet på så sätt att körbara datorprogram (objektkod) i Oracles javamiljö vore körbara i Googles javamiljö. Däremot underlättade det för utvecklare med erfarenhet av Java att utveckla appar för Android och framförallt möjliggjorde det att existerande bibliotek av tredje parter kunde kompileras och användas i Googles miljö utan modifikation.

Ett flertal branschaktörer och akademiker inkom med skrifter *amici curiae* för respektive part med oförenliga ståndpunkter angående implikationerna för innovation om gränssnitt skulle omfattas av upphovsrätt. Appellationsdomstolen fann att gränssnitten var upphovsrättsligt skyddade. Google överklagade till den federala högsta domstolen som inte tog upp målet till prövning men återförvisade målet i den del som gällde Googles yrkande tillåtlighet under "*fair use*"-doktrinen.

I *Oracle mot Google* var det klart att Google haft tillgång till standardbiblioteket som förlaga när motsvarande bibliotek och API utvecklades för Android. En tillämpning av

¹⁴³ Court of Appeals for the Federal Circuit, *Oracle America Inc. vs. Google Inc.*, 2014-05-09, Case No. 2013-1021, 2013-1022.

EU-domstolens *obiter dictum* innebär i så fall att ett sådant API skulle omfattas av skyddsföremålet för datorprogramdirektivet. Mot bakgrund av EU-domstolens egna uttalanden och det övergripande syftet med särregleringen i datorprogramdirektivet är det sannolikt inte ett avsett eller åtminstone inte önskvärt resultat.

4.3.2.6 Överlappande skydd

I fallen *BSA* och *SAS Institute* har EU-domstolen gett svar utöver de som ställts i begäran av förhandsavgörande. Medan API:er och GUI:er ansetts falla utanför datorprogramdirektivets skyddsföremål, har de ansetts kunna vara skyddade som verk under InfoSoc-direktivet.¹⁴⁴ I den mån dessa uttryck skyddas utsträcks problematiken kring komplexa verk från sådana där skyddsföremål från datorprogramdirektivet och InfoSoc-direktivet införlivas gemensamt till att potentiellt avse vad som traditionellt uppfattas som ”rena” datorprogram.

4.3.3 Befogenheter

4.3.3.1 Mångfaldiganderätten

Mångfaldiganderätten omfattar ”[V]araktig eller tillfällig, delvis eller fullständig, återgivning av ett datorprogram [...]” (artikel 4.1 a). Unionslagstiftaren har eftersträvat ett omfattande skydd för rättshavaren.¹⁴⁵ Det är klart att mångfaldiganderätten för datorprogram därmed även omfattar mångfaldigande i form av tillfälliga exemplar.¹⁴⁶ Eftersom sådant mångfaldigande oundvikligen sker när ett datorprogram körs innebär det att befogenheten omfattar handlingar som immaterialrätten traditionellt inte avser att skydda.¹⁴⁷ Mångfaldiganderätten är däremot inte utan viktiga undantag (se 4.3.4 nedan).

¹⁴⁴ Mål 406/10 *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd*, p. 45 och mål C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury*, p. 44-46.

¹⁴⁵ KOM (88) 816, s. 7 f.

¹⁴⁶ von Lewinski och Walter, s. 129 f.

¹⁴⁷ Hugenholtz 2006, s. 54.

4.3.3.2 Spridningsrätten

Rättshavaren har rätt att kontrollera spridning av kopior av programmet till allmänheten. Att spridningsrätten enligt datorprogramdirektivet avser ”[a]lla former av spridning till allmänheten [...] av datorprogrammets kopior eller original” (artikel 4.1 c) skulle kunna läsas som att även omfatta spridning online. Om unionslagstiftaren hade sådan spridning i åtanke när direktivet antogs 1991 då överföring över Internet inte var ett utbrett fenomen är oklart.¹⁴⁸ Enligt en mening ska ett sådant förfogande omfattas av spridningsrätten till följd av lydelsen och det övergripande målet att ge rättsinnehavarna ett adekvat skydd.¹⁴⁹ En annan mening är tvärtom att en sådan tolkning inte är möjlig och inte heller är den rådande uppfattningen.¹⁵⁰ Om spridning online inte omfattas av spridningsrätten utgör det istället en överföring till allmänheten enligt artikel 3.1 InfoSoc-direktivet (se 4.2.3.3 ovan).

Spridningsrätten begränsas genom att den konsumeras efter den första försäljningen av en kopia inom gemenskapen som görs av rättshavaren eller av någon annan med rättsinnehavarens samtycke (artikel 4.2). Den traditionella uppfattningen är att konsumtionsprincipen är begränsad till fysiska exemplar. I *UsedSoft* har EU-domstolen däremot tillämpat ett slags digital konsumtionsprincip under särskilda förutsättningar.¹⁵¹ Eftersom tillämpning av konsumtionsprincipen förutsätter en föregående spridning har EU-domstolen även tolkat in ett slags spridningsrätt vid överföring online.¹⁵²

4.3.3.3 Ändring

Slutligen ges upphovsmannen rätt att tillåta eller vidta *ändring* så som översättning, anpassning eller sammanställning (artikel 4.1 b). Detta är speciellt för datorprogram och

¹⁴⁸ Wolk, *The software business in transit – will exhaustion and defining sale or licence soon be irrelevant?*, s. 7.

¹⁴⁹ von Lewinski och Walter s. 162.

¹⁵⁰ Stamatoudi och Torremans, s. 116; Heydn, *The ECJ Judgement Oracle vs. Used Soft of 3 July 2012 – A Comprehensive Summary*; Hugenholtz 2006, s. 48; KOM (95) 382 slutgiltig, s. 48; KOM (2000) 199 slutgiltig, s. 17.

¹⁵¹ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*

¹⁵² Heydn, *The ECJ Judgement Oracle vs. Used Soft of 3 July 2012 – A Comprehensive Summary*.

behandlas särskilt i förhållande till undantaget från befogenheten vid rättelse av fel (se 4.3.4.2 nedan).

4.3.4 Undantag

4.3.4.1 Användning för avsett ändamål

Från den omfattande mångfaldiganderätten och rätten att vidta ändringar undantas åtgärder som krävs för att den som lagligen förvärvat datorprogrammet ska kunna använda det för dess avsedda ändamål (artikel 5.1). Rätten att ändra för rättelse av fel behandlas särskilt (se 4.3.4.2 nedan).

Undantaget syftar till att undvika den orimliga situationen att den förvärvare som senare vill sälja vidare ett datorprogram visserligen kan göra det eftersom spridningsrätten är konsumerad, men att dennes efterföljande förvärvare inte skulle kunna använda programmet eftersom konsumtionen inte omfattade mångfaldiganderätten.¹⁵³ Det nya konceptet som därmed infördes i artikel 5.1 kan ses som ett slags ”utökad konsumtionsprincip” avseende mångfaldiganderätten.¹⁵⁴ Den som lagligen förvärvat ett datorprogram är inte fri att mångfaldiga verket i den traditionella meningen men väl att vidta de åtgärder i den tekniska meningen som krävs för att kunna använda programmet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål. Lösningen kompliceras dock av att detta anges gälla ”[i] avsaknad av särskilda avtalsbestämmelser” (artikel 5.1 första meningen) samt att det inte är klart hur det avsedda ändamålet ska tolkas.

Att undantaget anges i avsaknad av särskilda avtalsbestämmelser i kombination med att den civilrättsliga ogiltighetsregeln inte omfattar artikel 5.1 (artikel 8 andra stycket) ger intrycket att rättsinnehavaren kan reglera alla former av användning. Detta är en följd av lagstiftningsprocessen där trycket på att nå konsensus avseende texten ledde till ett missvisande resultat. Saken åtgärdades i sista stund genom ett nytt skäl 13 i ingressen enligt vilket ”[...] handlingar som *laddning, körning och rättelse*, som är nödvändiga vid användningen av ett datorprogram som är lagligen förvärvat inte får förbjudas ge-

¹⁵³ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*, pp. 82-83.

¹⁵⁴ von Lewinski och Walter, s. 145 f.

nom avtal”. Undantaget bör tolkas mot denna bakgrund och därför innefatta en tvingande kärna för sådan användning som inte kan avtalas bort.¹⁵⁵ Utanför denna hårda kärna för laddning, körning och rättelse begränsas undantaget i artikel 5.1 därför av särskilda avtalsbestämmelser eller, i brist på sådana bestämmelser, av det avsedda ändamålet med programmet.

Betydelsen av det avsedda ändamålet aktualiseras i två fall. För det *första* i förhållandet mellan rättshavaren och den som lagligen förvärvat datorprogrammet. Dessa har åtminstone vid något tillfälle stått i avtalsförhållande med varandra i och med överlåtelsen. I detta fall är det tänkbart att parternas subjektiva avsikt angående ändamålet ska beaktas under direktivet. För det *andra* är även den förste laglige förvärvarens efterföljande förvärvare sådana lagliga förvärvare som avses i direktivet.¹⁵⁶ Dessa står sannolikt inte i något slags rättsligt förhållande med rättsinnehavaren annat än att förvärvaren innehar ett program i vilket rättshavaren äger rätt till vissa förfoganden.¹⁵⁷ I detta andra fall ligger det därmed inte nära till hands att beakta någon eller båda parter subjektiva avsikter i frågan. Att bestämmelsen om avsett ändamål ska tillämpas i båda fallen talar för att en objektiv bedömning bör göras.

I avgörandet *Dongle* fann OLG Karlsruhe att det avsedda ändamålet ska avse både rättshavarens och användarens intressen.¹⁵⁸ Som tänkbara omständigheter att beakta nämnde domstolen bland annat programmets inneboende karaktär och struktur, hur det marknadsförts, hur produkten historiskt använts, priset, eventuell medföljande hårdvara, förekomst av olika versioner samt om programmet är skraddarsytt. En tänkbar användning utanför det avsedda ändamålet vore att ett datorprogram förvärvas för att köras på en dator och sedan visserligen körs på en dator men nyttjas på åtskilliga datorer över ett nätverk.

¹⁵⁵ von Lewinski och Walter, s. 150.; Stamatoudi och Torremans, s. 127; KOM (2000) 199, s. 12; Generaladvokatens förslag till förhandsavgörande i mål C-406/10 *SAS Institute mot World Programming*, p. 96.

¹⁵⁶ von Lewinski och Walter 146 ff.

¹⁵⁷ Härifrån bortses från bundenhet av s.k. *shrink wrap*-licenser där villkor meddelas i anslutning till att förvärvaren tar del av programmet och accepteras konkludent av denne (se Pawlo i NIR 1999 s. 140 ff).

¹⁵⁸ OLG Karlsruhe 1996-10-01, IIC 1996 s. 740.

Även om en objektiv bedömning görs i båda fallen kan bedömningen i det första fallet (dvs. mellan rättshavare och första förvärvare) ge ett avvikande resultat i medlemsstaterna till följd av skillnader i avtals- och kontraktsrätt. Till exempel kan nämnas *specifikationsprincipen* om en restriktiv tolkning av vilka upphovsrättsliga befogenheter som överlåtits när dessa inte uttryckligen angetts.¹⁵⁹ I tysk upphovsrätt gäller däremot att syftet med upplåtelsen eller överlåtelsen är bestämmande i fråga om befogenheter som inte uttryckligen reglerats i överlåtelsen (*die Zweckübertragungsregel*, § 31(5) UrhG).¹⁶⁰

I förhållande till undantaget för tillfälliga exemplar under InfoSoc-direktivet kan anmärkas att den yttre gränsen – i frånvaro av rättshavarens tillstånd – utgörs av restriktioner i unionsrätten eller nationell lag (se 4.2.4.2 ovan). Om tolkningen utgör ett normativt avskärande av handlingar som traditionellt sett inte utgör upphovsrättsliga förfoganden har rättshavaren större möjligheter att reglera i vilken utsträckning verket används under datorprogramdirektivet, dvs. för avsett ändamål.

Slutligen kan det anmärkas att undantaget i datorprogramdirektivet inte omfattar överföring i nätverk vilket i kombination med att artikel 5.1 inte är tillämplig på datorprogram medför att internetleverantörer (Internet Service Provider, ISP) hamnar i ett oklart rättsläge.¹⁶¹

4.3.4.2 Ändring för rättelse av fel

Undantaget i artikel 5.1 ger den laglige användaren rätt att rätta fel i programmet för att kunna använda det för avsett ändamål. Ändringsrätten ska tolkas restriktivt och ger till exempel rätt att låta tredje part rätta fel men däremot inte vidareutveckla och förbättra.¹⁶² Denna möjlighet har bäring på frågan om gamla spel där en uppkoppling mot Internet är nödvändig för att autentisera kopian eller för spel mot andra spelare via en server. Sedan säljaren av spelet valt att inte längre tillhanda hålla den serverdator som spelet autentiserar emot eller ansluter till andra spelare genom uppstår fråga om detta är

¹⁵⁹ Levin, s. 504 ff.; Bernitz, s. 409 f.; SOU 1956:25, s. 310.

¹⁶⁰ Schricker, s. 578 ff; von Lewinski och Walter, s. 151; Hugenholtz 2006, s. 80 f.

¹⁶¹ SEC (2004), s. 7. Se särskilt artikel 5.1 a InfoSoc-direktivet.

¹⁶² Mål T-19/07 *Systran mot Kommissionen*, p. 225.

ett sådant fel som ger rätt att vidta rättelse. Det är sannolikt ingen förbättring och utifrån syftet att programmet ska kunna användas för det avsedda ändamålet kan en sådan ändring förväntas omfattas av undantaget.

4.3.4.3 Säkerhetskopiering

Den som har rätt att använda ett datorprogram får göra en *säkerhetskopia* om det är nödvändigt för den aktuella användningen (artikel 5.2).¹⁶³ Undantaget motiveras av att tillgången till programmets funktion kan ha stor ekonomisk betydelse samt att digitala lagringsmedier har begränsad livslängd. Avtalsvillkor i strid med undantaget för säkerhetskopiering är civilrättsligt ogiltiga (artikel 8 andra stycket).

Till skillnad från undantaget för privat bruk under InfoSoc-direktivet, omfattar säkerhetskopiering under datorprogramdirektivet kommersiell verksamhet och ingen skälig ersättning krävs. Däremot är det bara säkerhetskopiering som är nödvändig som inte kräver rättshavarens tillstånd. Som redan nämnts kan det frågas om inte motsvarande överväganden gör sig gällande för verk under InfoSoc-direktivet (se 4.2.4.3 ovan). I och med förekomsten av komplexa verk ställs frågan på sin spets eftersom sådana även består av en del datorprogram.

4.3.4.4 Reverse engineering

Slutligen undantas vissa former av *reverse engineering*. Begreppet reverse engineering är ett slags samlingsbegrepp för olika metoder som används att studera och analysera datorprogram för att få djupare kunskaper om dess gränssnitt eller bakomliggande idéer.¹⁶⁴ Som redan nämnts tillhör dessa delar inte skyddsföremålet för datorprogram (se 4.3.2.2 ovan). Av tekniska skäl är de däremot praktiskt taget otillgängliga för den som enbart mottar slutprodukten av ett datorprogram. Detta beror på skillnaden mellan de textfiler som mjukvaruutvecklare arbetar i när de tar fram ett datorprogram (*källkoden*) och det slutgiltiga programmet som levereras till kunden (*maskinkoden* eller *ob-*

¹⁶³ Med ”den som har rätt att använda” avses densamme som ”lagligen förvärvat” i artikel 5.1. Skillnaden beror sannolikt på direktivets dynamiska tillkomst (von Lewinski och Walter, s. 156).

¹⁶⁴ van Rooijen, s. 68 ff.

jektkoden). Källkoden uttrycks i ett högnivåspråk anpassat för människor medan maskinkoden uttrycks i sekvenser av instruktioner för själva processorns inre arbete och är optimerade för bästa prestanda. Trots att gränssnitten och idéerna bakom programmet inte omfattas av skyddsföremålet så innebär metoderna för att fastställa dessa sådana förfoganden som kräver rättshavarens tillstånd. Detta har föranlett två särskilda undantag.

Under *observationsrätten* (artikel 5.3) ges den som har rätt att använda en kopia vissa möjligheter att studera denna i syfte att utröna idéerna och principerna bakom programmet, förutsatt att det sker vid sådan körning som vederbörande har rätt att utföra ("*black-box testing*"). Ett exempel på black-box testing är *SAS Institute* där programets funktion studerades genom att analysera vilken indata som ledde till viss utdata (se 4.3.2.4 ovan).

Det andra undantaget för reverse engineering avser *dekompilering* (artikel 6) i syfte att uppnå samverkansförmåga med andra program. Innebörden av dekompilering är att maskinkoden bearbetas för att åtminstone delvis återge källkoden. Villkoren för sådan dekompilering är restriktiva och kräver att åtgärderna vidtas av någon som har rätt att använda programmet eller dennes uppdragstagare (artikel 6.1 a), den erhållna informationen är nödvändig för samverkansförmåga (b) samt att åtgärderna är begränsade till vad som är nödvändigt för syftet att uppnå samverkan (c). Den erhållna informationen är starkt kringskuren genom att den inte får användas till annat än samverkansförmågan eller lämnas till tredje part (artikel 6.3).

4.3.5 Tekniska skyddsåtgärder

I likhet med InfoSoc-direktivet föreskriver datorprogramdirektivet om tekniska skyddsåtgärder. Datorprogramdirektivet ålägger medlemsstaterna att vidta lämpliga åtgärder mot *omsättning* och *innehav* för kommersiella ändamål av hjälpmedel för kringgående av tekniska skyddsanordningar (artikel 7.1 c).

Vid en jämförelse med InfoSoc-direktivets motsvarande bestämmelse (artikel 6.2 InfoSoc) framgår att dessa bestämmelser skiljer sig på två sätt. Den *första*

skillnaden är att det under InfoSoc-direktivet är tillräckligt att hjälpmedlen endast har *ett begränsat kommersiellt intresse eller användningsområde* av betydande art utöver att kringgå skyddsanordningarna. Detta är ett klart lägre krav än det under datorprogramdirektivet om att det *enda syftet* ska vara ett sådant. För den som hävdar att syftet med ett hjälpmedel är att kringgå en teknisk skyddsåtgärd är det därför lättare att visa detta under InfoSoc-direktivet än datorprogramdirektivet. Det var även denna skillnad som föranledde frågan om tillämpligt direktiv i *Nintendo* (se 6.1 nedan). Om unionslagstiftaren avsett denna skillnad mellan bestämmelserna med hänsyn till datorprogrammars särskilda funktionella karaktär är svårt att säga eftersom det antogs före InfoSoc-direktivet och att direktivet inte i övrigt ger ledning i frågan.

Den *andra* skillnaden är att medan det i InfoSoc-direktivet görs en åtskillnad mellan själva handlingen att kringgå skyddsåtgärderna och att inneha eller omsätta hjälpmedel för sådant kringgående (se 4.2.5 ovan) görs ingen sådan åtskillnad i datorprogramdirektivet. Detta kan tolkas som att bestämmelserna om innehav och omsättning tillämpas även för utövande av lagstadgade undantag.¹⁶⁵ Ett kringgående är tekniskt avancerat och det är därför svårt att se hur kringgåendet skulle kunna utföras utan ett föregående innehav av ett hjälpmedel. Det praktiska resultatet av en sådan tolkning vore att undantagen visserligen inte kan sättas ur spel genom avtal (se 4.3.4 ovan) men däremot genom tekniska skyddsåtgärder.¹⁶⁶ För att undantagen ska ges verkan bör utövande av undantag dispensera från bestämmelserna.¹⁶⁷ En sådan tolkning stöds också av vad som uttrycks i ingressen till InfoSoc-direktivet om förhållandet till bestämmelserna i datorprogramdirektivet. Där uttrycks att "[d]et bör inte hämma eller förhindra utveckling eller användning av några vägar för att kringgå en teknisk åtgärd som behövs för att möjliggöra handlingar som utförts i enlighet med bestämmelserna i artikel 5.3 eller artikel 6 i [da-

¹⁶⁵ Bently och Sherman, s. 364; Walter, s. 205. Vantsiouri, EIPR 2012, s. 587. För en liknande uppfattning se Stamatoudi och Torremans, s. 141 och Bently i Dreier och Hugenholtz, s. 235. Se även High Court i *Sony mot Ball*, p. 26.

¹⁶⁶ Dussolier, *Electrifying the fence: The Legal Protection of Technological Measures for Protecting Copyright* (1999) EIPR, 285.

¹⁶⁷ För en liknande uppfattning se Heide, s. 15 ff och Mazziotti, s. 109.

torprogramdirektivet]”.¹⁶⁸ Det framstår som att även generaladvokaten har utgått från en sådan tolkning i *Nintendo*.¹⁶⁹

Sammanfattningsvis är bestämmelserna om tekniska skyddsåtgärder under datorprogramdirektivet klart mindre förmånliga för rättshavaren än de under InfoSoc-direktivet.

4.3.6 Arbetstagares datorprogram

För datorprogram som framställs i anställningsförhållanden är arbetsgivaren berättigad att utöva de ekonomiska rättigheterna om inget annat avtalats (artikel 2.3). Att arbetsgivaren uttrycks vara ”berättigad att utöva” leder till oklarhet i fråga om arbetsgivaren därmed anses som ursprunglig upphovsman eller enbart kan härleda sin rätt från arbetstagaren som ursprunglig upphovsman. Som redan nämnts varierar medlemsstaternas rättstraditioner avseende upphovsmannaskapet. Med hänsyn till dessa variationer och unionslagstiftarens ovilja att reglera i denna del bör bestämmelsen ses som en rättslig presumtion som kan motbevisas.¹⁷⁰ Motsvarande fråga i inte reglerad i InfoSoc-direktivet och därför följer arbetsgivarens rätt att utöva befogenheterna avseende arbetstagares prestationer av de nationella rättsordningarna. En skiljelinje i de medlemsstaternas nationella rättsordningar går här emellan de anglosaxiska rättstraditionerna där övergången regelmässigt är lagreglerad och de kontinentaleuropeiska där övergången sker genom avtal eller av anställningsförhållandet.¹⁷¹

4.4 Sammanfattning

Som framgått av framställningen finns det ett flertal betydelsefulla skillnader mellan InfoSoc-direktivet och datorprogramdirektivet. InfoSoc-direktivet är en horisontell reglering som avser upphovsrätten i allmänhet men lämnar centrala frågor som upphovsmannaskap, gränser för upphovsrätten och verksbegreppet utanför harmoniseringen.

¹⁶⁸ Skäl 50 InfoSoc.

¹⁶⁹ Generaladvokatens förslag till förhandsavgörande i mål C-355/12 *Nintendo mot PC Box*, p. 35.

¹⁷⁰ Stamatoudi och Torremans, s. 108; Walter, s. 117.

¹⁷¹ Wolk, s. 118.

Genom en rad förhandsavgöranden har däremot EU-domstolen harmoniserat ett unionsrättsligt verksbegrepp och originalitetsbegrepp.

Datorprogramdirektivet är en vertikal harmonisering av det särskilda skyddsföremålet datorprogram. För sådana gäller särskilda undantag som föranletts av datorprograms funktionella karaktär och ekonomiska betydelse men saknar praktisk betydelse för andra alster utan funktion. Eftersom direktivet antogs 1991 är det i vissa delar oklart vad som gäller för förfoganden såsom nedladdning via internet.

Skillnaderna mellan direktiven tydliggörs särskilt i komplexa verk som kombinerar uttryck i form av de båda skyddsföremålen. I det följande presenteras tillämpningsmodeller för att lösa konflikter som uppstår avseende komplexa verk till följd av skillnader i direktiven.

5 Klassificering av komplexa verk

5.1 Allmänt

Komplexa verk består av både datorprogram och audiovisuella verk och därför uppstår fråga om dess rättsliga klassificering. Den stora oenigheten om klassificeringen av komplexa verk motsvaras av svårigheterna att gruppera de olika lösningsmodellerna i någon överblickbar ordning. I det följande ges en kort överblick av de två modeller som huvudsakligen är relevanta för den europeiska upphovsrätten.

I doktrin och praxis framgår en första skiljelinje mellan att å ena sidan beakta komplexa verk som att uteslutande vara antingen datorprogram eller audiovisuella verk, och att å andra sidan beakta dem som sammansatta av olika element.¹⁷² Om komplexa verk betraktas som sammansatta av olika element är det tänkbart att tillämpa en *distributiv modell* där varje element skyddas parallellt av respektive regelverk. Trots att verken betraktas som sammansatta kan en *enhetlig modell* tillämpas. Den enhetliga modellen är

¹⁷² Ramos m.fl., s. 11.

inte nödvändigtvis detsamma som att kategorisera verket som antingen datorprogram eller audiovisuellt.

5.2 Distributiva modellen

Enligt den distributiva modellen skyddas komponenterna i ett komplext verk av respektive regelverk. Modellen har tillämpats i medlemsstater som Belgien, Danmark, Frankrike, Grekland och Sverige.¹⁷³ En fördel med den distributiva modellen är att de olika bestämmelserna kan tillämpas och ge verkan åt dess syften men i den mån konflikter uppstår löses de specifikt. En nackdel är dock att mängden konflikter kan leda till ett komplicerat rättsläge.

I fråga om tekniska skyddsåtgärder för TV-spel har den distributiva modellen kritiserats eftersom de föreslagna lösningarna har cirkulerat kring att skyddsåtgärderna antingen avser det ena eller andra av elementen i det komplexa verket, eller att det är möjligt att fastställa en tyngdpunkt avseende åtgärderna. I *Grund* uttryckte BGH att oenigheterna i fråga om vad tekniska åtgärder avser eller var de har sin tyngdpunkt leder till ett betydande oklart rättsläge.¹⁷⁴ En åsikt är att den distributiva modellen bör förkastas på grund av tillämpningsproblemen som uppstår.¹⁷⁵

Det bör däremot frågas om inte ett förkastande av den distributiva modellen baserat på tillämpningssvårigheter i fråga om tekniska skyddsåtgärder innebär att barnet kastas ut med badvattnet. Det är svårt eller omöjligt att fastställa vad tekniska skyddsåtgärder avser men det är sannolikt mindre bekymmersamt att tillämpa andra bestämmelser där det är genomförbart och meningsfullt att göra en sådan åtskillnad. Därutöver har EU-domstolens avgöranden i *BSA* och *SAS Institute* öppnat för en distributiv tillämpning där gränssnitten ansetts kunna omfattas av både datorprogramdirektivet och InfoSoc-direktivet (se 4.3.2 ovan).¹⁷⁶ Trots att generaladvokaten i sitt förslag till förhandsavgö-

¹⁷³ A.a. s. 11.

¹⁷⁴ BGH i *Grund*, p. 24.

¹⁷⁵ Rendas, *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*, EIPR, 37(1) 2015, s. 39 ff.

¹⁷⁶ Maier, s. 123.

rande i *Nintendo* antydde att en distributiv tillämpning vore möjlig är det möjligt att en sådan tillämpning är utesluten på grund av utgången i målet (se 6.2 nedan).¹⁷⁷

5.3 Enhetliga modellen

Under den enhetliga modellen skyddas komplexa verk av ett enda regelverk. Grunden för en sådan modell vore att EU-domstolens avgöranden i *InfoPaq*, *BSA*, *FAPL* och *Flos* kan tas till intäkt för ett harmoniserat skyddsföremål som inte bara kompletterar de särskilda direktiven utan även ersätter dem.¹⁷⁸ De komplexa verken erkänns alltså som komplexa men till följd av den fragmenterade harmoniseringen av upphovsrätten och EU-domstolens harmonisering *de facto* av verksbegreppet ska bara ett regelverk tillämpas. Det går att ifrågasätta om den praktiska skillnaden ligger mellan den enhetliga modellen och att betrakta komplexa verk som audiovisuella.

En allmän kritik mot den enhetliga modellen är att den – även om den grundar sig i en korrekt tolkning av EU-domstolens praxis – utgör ett trubbigt verktyg för en mängd situationer där olika ändamålsöverväganden kan behöva beaktas.

5.4 Sammanfattning

I det föregående har de två huvudspåren för hur komplexa verk betraktas i europeisk upphovsrätt presenterats. Den distributiva modellen innebär att olika verk som införlivats gemensamt skyddas parallellt av de respektive regelverken, medan den enhetliga modellen innebär att hela verket omfattas av ett enda regelverk. Dessa två synsätt står i fokus för den fortsatta framställningen där EU-domstolens avgörande i *Nintendo* analyseras och följs upp med en analys av konsekvenserna i förhållande till andra bestämmelser och för andra alster än TV-spel.

¹⁷⁷ GA i *Nintendo*, p. 34.

¹⁷⁸ Rosati, *Closed subject-matter systems are no longer compatible with EU copyright*, GRUR Int (2014) 1112.

6 Nintendo – ny tappning av *lex specialis*

6.1 Bakgrund till målet

Målet i den nationella domstolen rörde försäljning av hjälpmedel för kringgående av tekniska skyddsåtgärder i TV-spel. Nintendo Co. Ltd m.fl (Nintendo) tillverkade och sålde TV-spel och hade försett både TV-spelkonsolen och lagringsmedierna med ett slags anordning som kunde känna igen om medierna var godkända av Nintendo eller inte. Motparten PC Box Srl. (PC Box) var återförsäljare av Nintendos spelkonsoler och sålde även hjälpmedel för att kunna använda annan mjukvara i konsolerna än sådan Nintendo godkänt.

Frågan Tribunale di Milano stannade vid var om de tekniska skyddsåtgärderna gick utöver vad som krävdes enligt artikel 6 InfoSoc-direktivet. I begäran om förhandsavgörande riktades två frågor till EU-domstolen. Den första frågan avsåg omständigheten att Nintendos igenkänningsanordning inte bara intagits i medierna utan även i konsolen som dessa medier var avsedda att användas tillsammans med. Den andra frågan avsåg vilka kriterier som ska tillämpas för att bedöma omfattningen av tekniska skyddsåtgärder.

Frågorna den nationella domstolen ställde i *Nintendo* avsåg alltså inte uttryckligen frågan om vilket direktiv som är tillämpligt för TV-spel. En sådan uttrycklig fråga hade ställts av BGH i begäran om förhandsavgörande i det liknande målet *Grund*.¹⁷⁹ I *Nintendo* gjorde EU-domstolen viktiga uttalanden om proportionalitet avseende tekniska skyddsåtgärder och bedömningen av syftena med hjälpmedel för kringgående av dessa. Den följande framställningen dock avgränsad till frågan om tillämpligt direktiv för TV-spel i fråga om tekniska skyddsåtgärder.

¹⁷⁹ OJ 2013/C 344/74.

6.2 Generaladvokaten

I sitt förslag till förhandsavgörande behandlade generaladvokat Sharpston frågan om tillämpligt direktiv för TV-spel under rubriken ”Relevansen av [datorprogramdirektivet]”. Generaladvokaten inledde med att påpeka att datorprogramdirektivet ansetts vara tillämpligt *lex specialis* i förhållande till InfoSoc-direktivet genom att hänvisa till domstolens avgörande i *Used Soft*.¹⁸⁰ Mot bakgrund av skyddsklausulerna i artikel 1.2 InfoSoc-direktivet innebär detta förhållande enligt generaladvokaten att bestämmelserna i datorprogramdirektivet har företräde framför de i InfoSoc-direktivet ”men endast när skydds[föremålet] *helt och hållet* omfattas av [datorprogramdirektivets] tillämpningsområde” (kurs. här). Däremot öppnade generaladvokaten upp för att bestämmelserna om tekniska skyddsåtgärder vore parallellt tillämpliga så länge separata åtgärder vidtagits avseende de olika verken.¹⁸¹

Genom att öppna upp för parallell tillämpning av bestämmelserna antyder generaladvokaten en lösning enligt den distributiva modellen (se 5.2 ovan). Stöd för den distributiva modellen kan hämtas ur *BSA* och *SAS Institute* där EU-domstolen ansett att datorprogramms gränssnitt kan skyddas som verk under InfoSoc-direktivet utöver skyddet under datorprogramdirektivet (se 4.3.2.3 ovan). Dock är det svårt att förena en distributiv tillämpning med generaladvokatens förståelse av *lex specialis*. Även i de fall separata åtgärder vidtagits avseende de respektive verken innebär den omständigheten även datorprogramkomponenten som sådan kan innehålla uttryck som skyddas under InfoSoc-direktivet att dessa inte helt och hållet omfattas av skyddsföremålet för datorprogramdirektivet.

Utifrån vad som framkommit av utredningen i det nationella målet anlände generaladvokaten vid två slutsatser. Den *första* var att TV-spelen i fråga inte enbart utgörs av datorprogram utan även andra intellektuella verk som ”förefaller vara ouppslösligt knutna” till själva programmen och att skyddsåtgärderna omfattade hela komplexet av verk. Den *andra* slutsatsen var att eftersom det inte går att göra någon åtskillnad mellan de verk som utgör datorprogram och de andra verken bör dessa *inte omfattas av det svagare*

¹⁸⁰ Generaladvokatens förslag till förhandsavgörande i mål C-355/12 *Nintendo mot PC Box*, p. 34.

¹⁸¹ *Ibid*, p. 34.

skyddet under datorprogramdirektivet utan det starkare skyddet under InfoSoc-direktivet. Avgörande för generaladvokatens mening var att rättshavarna annars inte ges det skydd de har rätt till.¹⁸² Att det starkaste skyddet ska ges företräde framstår dock som överflödigt med tanke på att generaladvokatens tillämpning av *lex specialis* redan innebar att InfoSoc-direktivet var tillämpligt.

Mot bakgrund av begäran om förhandsavgörande från BGH i *Grund* föreslog generaladvokaten att frågan om tillämpligt direktiv i stället prövas inom ramen för den processen.¹⁸³

6.3 EU-domstolen

I sitt avgörande prövade EU-domstolen frågan om tillämpligt direktiv i förbigående trots generaladvokatens rekommendation om att pröva frågan i *Grund*.¹⁸⁴ Domstolen inledde genom att hänvisa till avgörandet i *InfoPaq* där inget i InfoSoc-direktivet ansetts tala för att delar av verk ska behandlas annorlunda än hela verket.¹⁸⁵ Det kan frågas om samma antagande kan göras när verket delvis utgörs av det särskilda skyddsföremålet för datorprogram.

23. Detta gäller oaktat att [datorprogramdirektivet] utgör *lex specialis* i förhållande till [InfoSoc-direktivet] ([...] UsedSoft, punkt 56). Enligt artikel 1.1 i [datorprogramdirektivet] gäller skyddet enligt det direktivet endast datorprogram. Som framgår av begäran om förhandsavgörande utgör videospel, såsom de som är i fråga i det nationella målet, komplexa skapelser som inte bara innefattar datorprogram utan även beståndsdelar i form av bilder och ljud som, även om de förvisso har kodats i ett [datorspråk], har ett eget kreativt värde som inte kan reduceras till enbart [datorspråket] (kurs. här). [...]

Den springande punkten är att verkens kreativa värde inte kan ”reduceras till enbart [datorspråket]”. Av passagen framgår två huvudsakliga poänger av betydelse för prejudikation. För det första innebär omständigheten att verken kodats i ett datorspråk att de är – som generaladvokaten uttryckte det – oupplösligt knutna till programmen. Som anmärkts ovan (se 5.2) har detta i kombination med förståelsen av *lex specialis* betydelse

¹⁸² Ibid, p. 35.

¹⁸³ Ibid, p. 36.

¹⁸⁴ Mål C-355/12 *Nintendo m.fl. mot PC Box Srl*, pp. 21-23.

¹⁸⁵ Ibid, p. 22. *InfoPaq*, p. 38.

för möjligheten till parallell tillämpning. För det *andra* antyder uttrycket att det kreativa värdet inte kan ”reduceras” att domstolen har beaktat att skyddet är starkare under InfoSoc-direktivet. Detta ligger i linje med EU-domstolens tidigare praxis avseende InfoSoc-direktivet där den höga skyddsnivån ansetts vara det främsta syftet.

Utan att gå in på de överväganden som ligger bakom det särskilda skyddsföremålet i datorprogramdirektivet tas dessa slutsatser till intäkt för att det inte föreligger något hinder att tillämpa antagandet i *InfoPaq* om att delar av verk inte ska behandlas annorlunda än hela verket.

... *forts*: I den mån delar av ett videospel – i förevarande fall dessa beståndsdelar av bilder och ljud – [är en del av] verkets originalitet är de skyddade, tillsammans med verket i dess helhet, av upphovsrätten inom ramen för det regelverk som inrättats genom [InfoSoc-direktivet] (kurs. här).¹⁸⁶

Genom sitt avgörande ansluter EU-domstolen till generaladvokatens mening om att datorprogramdirektivet tillämpas *lex specialis* i förhållande till InfoSoc-direktivet men enbart när alstret helt och hållet omfattas av skyddsföremålet för datorprogramdirektivet. Mot bakgrund av att verken är ouplösligt knutna till varandra medför det att parallell tillämpning enligt den distributiva modellen inte är möjlig att tillämpa.

Sedan EU-domstolen meddelat sin dom i *Nintendo* drog BGH tillbaka sin begäran om förhandsavgörande i *Grund*.¹⁸⁷

Vad som sammanfattningsvis är tydligt av domskälen är att EU-domstolen inte i någon del har beaktat några av de överväganden som unionslagstiftaren har uttryckt genom att särreglera datorprogram.

¹⁸⁶ I den svenska språkversionen används ”bidrar” medan både den franska originalversionen och den italienska versionen (rättegångsspråket) är formulerade i termer av ”delar”.

¹⁸⁷ OJ 2014/C 261/33.

6.4 Mottagande av avgörandet

6.4.1 Tillämpningsområdet för datorprogramdirektivet

En allmän kommentar efter EU-domstolens avgörande i *Nintendo* rör oklarheten om de fortsatta möjligheterna att tillämpa datorprogramdirektivet eftersom datorprogram med grafiska användargränssnitt kan komma att omfattas av InfoSoc-direktivet.¹⁸⁸ Som redan nämnts kan implikationerna vara än mer långtgående eftersom gränssnitt avseende interoperabilitet därutöver kan skyddas av InfoSoc-direktivet (se 4.3.2.6 ovan).

Ett slags tröskelproblematik uppstår där förekomsten av andra verk i ett datorprogram sätter datorprogramdirektivet ur spel. Denna tröskel är sannolikt låg eftersom likabehandlingen av delar av verk under *InfoPaq* kan uppfattas som att uppställa ett kvalitativt kriterium avseende frågan om upphovsmannens originella uttryck förmedlas genom delen av verket.¹⁸⁹

6.4.2 Annorlunda förståelse av *lex specialis*

En andra och mer kritisk kommentar gäller förståelsen av principen om *lex specialis* som kommer till uttryck i *Nintendo*. Denna kritik går ut på att EU-domstolens tillämpning av datorprogramdirektivet som *lex specialis* i förhållande till InfoSoc-direktivet avviker från den traditionella uppfattningen av hur principen tillämpas samt att den är alltför formalistisk eftersom den inte beaktar de överväganden som ligger bakom att skyddsföremålen behandlats olika.¹⁹⁰ Själva idén bakom att ge företräde för en mer specialiserad reglering framför en allmän är att den specialiserade tar närmre bäring på kärnan i fråga. Som alternativ framförs att principen om *lex specialis* bör tillämpas även när skyddsföremålet bara delvis omfattas av den mer speciella regleringen och att till-

¹⁸⁸ Harn Lee, *Still on the CJEU Nintendo ruling and its implications for the videogame industry* (<http://ipkitten.blogspot.se/2014/02/still-on-cjeu-nintendo-ruling-and-its.html>, senast hämtad 2015-11-30); Großkettler, *No exhaustion beyond software: Katfriend translates German decision on audio-books* (<http://ipkitten.blogspot.se/2014/07/no-exhaustion-beyond-software-katfriend.html>, senast hämtad 2015-11-30).

¹⁸⁹ van Echoud, M, *Along the Road to Uniformity* (2012) JIPITEC, 1, para 60. Se särskilt p. 79.

¹⁹⁰ Rendas, *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*, EIPR, 37(1) 2015, s. 39 ff.

lämpningskonflikten då bör lösas genom att beakta det ändamål som motiverar att sår-fallet behandlas annorlunda än det allmänna fallet.¹⁹¹

I fråga om tekniska skyddsåtgärder avviker datorprogramdirektivet från den allmänna regleringen i InfoSoc-direktivet dels genom att tillåta kringgående i syfte att utöva de tvingande undantagen, dels genom att uppställa ett lägre beviskrav i fråga om syftet med hjälpmedlen för kringgående. Vad gäller skillnaden i beviskrav är det inte klart att skillnaden motiverats av överväganden grundade på datorprogramms särart snarare än att olika kompromisser gjorts i de respektive lagstiftningsprocesserna (se 4.3.5 ovan).¹⁹² Vad däremot gäller den omständigheten att det är tillåtet att kringgå skyddsåtgärder för att utöva undantagen har skillnaden i bestämmelserna direkt bäring på syftena bakom dessa särskilda undantag.

Genom att uppställa gemensamma rättsliga ramar och en hög skyddsnivå syftar InfoSoc-direktivet bland annat till att uppmuntra till investeringar i innovation vilket anses öka unionens konkurrenskraft (se 4.2.2 ovan). Även datorprogramdirektivet syftar till att uppmuntra till investeringar i innovation samt främja en effektiv konkurrens och uppställer därför särskilda regler som tar hänsyn till att datorprogram har större konkurrenshämmande potential i och med dess funktionella karaktär (se 4.3.2 ovan). Som framgått innebär denna omständighet att upphovsrätt för sådana innebär att ett illa avvägt skydd har större marknadspåverkan än för andra verk. Att lösa tillämpningskonflikten genom att ge företräde för det starkaste skyddet är därmed kontraproduktivt och i strid med de övergripande målen i unionen.

6.4.3 Distributiva modellen oförenlig med unionsrätten

En tredje kommentar gäller verkan av EU-domstolens *InfoPac*-doktrin. Denna serie av avgöranden tas till intäkt för att ett skyddsföremål harmoniserats *de facto* och inte bara kompletterar de tidigare särskilda skyddsföremålen utan även ersätter dessa helt och

¹⁹¹ Se även von Lewinski och Walter som menat att en flexibel tolkning av skyddsklausulerna i allmänhet är nödvändig med hänsyn till de övergripande syften med unionen är nödvändigt (s. 953).

¹⁹² Rendas utläser tvärtom att skillnaden i beviskrav föranletts av datorprogramms särart utan att närmre redogöra för slutsatsen.

hållet. Detta tas till intäkt för att medlemsstater som tillämpar en uttömmande lista av verkskategorier måste ändra sin lagstiftning för att vara förenlig med unionsrätten. Därutöver tas *Nintendo* till intäkt för att medlemsstater som tillämpar den distributiva modellen numera i stället måste tillämpa den enhetliga modellen där komplexa verk skyddas under en enhetlig modell (se 5.3 ovan).

Det kan frågas om en sådan enhetlig modell ska tillämpas som ett led i utvecklingen med startskott i *InfoPaq* eller på grund av den särskilda förståelsen av *lex specialis* i kombination med förekomsten av skyddsföremålen under de båda direktiven. Det är i vilket fall klart att den enhetliga modellen inte beaktar de särskilda överväganden som ligger bakom datorprogramdirektivet (jfr. 6.4.2 ovan).

7 Konsekvenser av *Nintendo*

7.1 Allmänt

I det följande presenteras konsekvenserna av EU-domstolens avgörande i *Nintendo* i förhållande till andra bestämmelser än de om tekniska skyddsåtgärder. Framställningen är upphängd på ändamålen bakom de båda regleringarna i datorprogramdirektivet och InfoSoc-direktivet samt i vilken utsträckning dessa tillgodoses under ett enhetligt eller distributivt skydd.

7.2 Särskilda undantag

7.2.1 Användning för avsett ändamål

Som noterats medför den digitala teknologin att redan användningen av verk i form av visning eller körning medför ett upphovsrättsligt relevant förfogande i den mån inget undantag är tillämpligt. Under InfoSoc-direktivet undantas tillfälliga former av mångfaldigande i tekniska processer vid överföring i nätverk eller vid laglig användning (artikel 5.1 InfoSoc) och under datorprogramdirektivet ges ett liknande undantag som av-

ser åtgärder nödvändiga för användning för det avsedda ändamålet (artikel 5.3 datorprogramdirektivet).

Hur *laglig användning* under InfoSoc-direktivet förhåller sig till *användning för det avsedda ändamålet* under datorprogramdirektivet är inte klart eftersom det inte varit aktuellt att tillämpa undantaget för tillfälliga exemplar enligt artikel 5.1 InfoSoc-direktivet på datorprogram före avgörandet i *Nintendo*. Så som framgått av EU-domstolens praxis är undantaget för tillfälliga exemplar inriktat på en normativ avgränsning av handlingar som traditionellt sett inte är upphovsrättsligt relevanta snarare än en teknisk avgränsning (se 4.2.4.2 ovan). Särregleringen under datorprogramdirektivet är av en annan art och beaktar programmets inneboende karaktär och struktur, hur det marknadsförts, hur produkten historiskt använts, priset, eventuell medföljande hårdvara, förekomst av olika versioner. Detta innebär att i fråga om tillfälliga exemplar som uppstår vid körning ger datorprogramdirektivet en högre skyddsnivå för rättshavaren. Däremot undantar samma bestämmelse i datorprogramdirektivet åtgärder för nödvändig rättelse av fel. I fråga om ändring är InfoSoc-direktivet mer förmånligt för rättshavaren.

En enhetlig tillämpning av InfoSoc-direktivet leder då till resultatet att i fråga om tillfälliga exemplar vid användning tillförsäkras inte rättshavaren det starkaste skyddet. I denna del förfelas syftet att ge en hög skyddsnivå. I förhållande till ändring tillförsäkras däremot den högsta skyddsnivån men den funktionella karaktären hos komplexa verk beaktas inte eftersom den avvägning som ska göras enligt artikel 5.1 aldrig kan utgöra ett försvar för ändring utan uteslutande tillfälliga exemplar. Sammanfattningsvis blir resultatet otillfredsställande genom att inte ge en lösning som beaktar de olika syften och ändamål bakom regleringarna.

Om en distributiv modell tillämpades vore det möjligt att tillämpa ändringsundantaget enbart i förhållande till datorprogramkomponenten. Till skillnad från tekniska skyddsåtgärder där det är svårt att avgöra vad som är föremålet för sådana åtgärder, är det av tekniska skäl uteslutet att vidta ändring i andra delar av det komplexa verket än datorprogramkomponenten. En ändring måste avse rättelse av *fel* och verk under InfoSoc-direktivet saknar funktion som kan vara behäftad med fel som behöver rättas. Det efter-

strävade målet i InfoSoc-direktivet att inte hindra utnyttjandet av den tekniska utvecklingen skulle då tillförsäkras.

7.2.2 Säkerhetskopiering

Nödvändig säkerhetskopiering av datorprogram är möjlig för alla aktörer (se 4.3.4.3 ovan) medan möjligheterna till säkerhetskopiering under InfoSoc-direktivet är begränsade till privat bruk (se 4.2.4.3 ovan). Kommersiella aktörer saknar försvar under InfoSoc-direktivet för åtgärder som är krävs för att säkra tillgången till verk som används i verksamheten. Det är klart att InfoSoc-direktivet därmed ger en högre skyddsnivå i denna del och att det eftersträvade målet i *Nintendo* därmed tillförsäkras även i förhållande till säkerhetskopiering. Däremot ges upphovsrätten en omfattning som i förhållande till datorprogram ansetts vara alltför långtgående med hänsyn till dess funktionella karaktär.

Att tillämpa bestämmelserna parallellt i förhållande till de respektive komponenterna i komplexa verk vore mindre besvärligt i fråga om säkerhetskopiering än i fråga om tekniska skyddsåtgärder eftersom det vore klart vad säkerhetskopieringen avser. Detta förutsätter dock att datorprogramkomponenten som sådan inte omfattas av några verk som kan skyddas under InfoSoc-direktivet i enlighet med *BSA* eller *SAS Institute* (se 4.3.2.6 ovan). Däremot saknar sannolikt en sådan partiell säkerhetskopiering praktisk betydelse eftersom verket som helhet inte kan bevaras på det sättet.

7.2.3 Reverse engineering

Datorprogramdirektivet ger användaren rätt att utföra reverse engineering i form av observation för att utröna idéer och principer bakom ett programs funktion och dess gränssnitt samt dekompilering för att uppnå interoperabilitet med andra program (se 4.3.4.4). Härmed tillförsäkras förvärvarens möjligheter att kunna dra nytta av programmets funktion och använda det tillsammans med andra program. I och med att traditionella verk saknar funktion ges inte heller något motsvarande undantag i InfoSoc-direktivet.

För komplexa verk, vilka delvis är funktionella och delvis innehåller andra verk än datorprogram, innebär en enhetlig tillämpning av InfoSoc-direktivet en högre skyddsnivå

eftersom åtgärder för att uppnå interoperabilitet med andra verk avskärs. En distributiv tillämpning skulle däremot möjliggöra att åtgärder för reverse engineering vidtas avseende datorprogramkomponenten. Det är tekniskt sett utan mening att observera andra verks funktion eller dekompilera sådana för att uppnå interoperabilitet med en funktion som inte existerar. I den mån en sådan tillämpning otillbörligt begränsar rättshavarens skydd avseende de andra verken i det komplexa verket bör en avvägning göras utifrån vad som är upphovsrättsligt relevant och vilka följdverkningarna är för den funktionella komponenten och mjukvarubranschen i övrigt.

7.3 Konsumtion

Vad gäller konsumtion av digitala exemplar är det oklart om *UsedSoft*-principen kan utsträckas till verk som skyddas av InfoSoc-direktivet (se 4.2.3.4 ovan). Om EU-domstolen i förhandsavgörandet i *Vereniging Openbare Bibliotheken mot Stichting Leenrecht* följer den inslagna linjen i *Nintendo* där företräde ges åt det starkaste skyddet för rättshavaren är det svårt att se att *UsedSoft*-principen kommer att utsträckas utanför datorprogramdirektivets tillämpningsområde. I förhållande till komplexa verk efter *Nintendo* innebär det att digitala konsumtion är uteslutet samt att olika regler gäller i fråga om digital konsumtion för datorprogram respektive andra verk och komplexa verk. Det är inte säkert att en sådan åtskillnad är motiverad och en lösning bör sannolikt göras genomgripande och med beaktande av hela det upphovsrättsliga systemet.¹⁹³

7.4 Arbetstagares datorprogram

De ekonomiska rättigheterna till datorprogram som arbetstagare utvecklar som ett led i sina arbetsuppgifter övergår till arbetsgivaren om inget annat har avtalats. Ingen sådan reglering ges i InfoSoc-direktivet och rättsövergången följer då av medlemsstaternas nationella rättsordningar (se 4.3.6 ovan).

¹⁹³ Mezei, P, *Digital First Sale Doctrine Ante Portas: Exhaustion in the Online Environment*, 6 (2015) JIPITEC 23, para 1.

Efter *Nintendo* är datorprogramdirektivet enbart tillämpligt när skyddsföremålet helt och hållet omfattas av skyddsföremålet för datorprogram. Innebörden av denna särskilda *lex specialis* har ovan studerats i fråga om rättsinnehavarens utövande av befogenheter och användarens utövande av undantag då verk under de båda skyddsföremålen införlivats gemensamt till ett komplext verk. Här är istället fråga om presumptionen om arbetsgivarens rätt att utöva de ekonomiska befogenheterna är tillämplig även för ”rena” datorprogram när dessa innehåller element som utgör verk under InfoSoc-direktivet. I och med att sådana datorprogram inte omfattas helt och hållet av skyddsföremålet under datorprogramdirektivet vore därför inte heller presumptionen tillämplig och gränsen för när presumptionen slutar gälla vore då när de andra delarna är tillräckliga för att uttrycka upphovsmannens originella uttryck (se 6.4.3 ovan). Det kan frågas om datorprogramdirektivets presumtion då ska tillämpas så att arbetsgivaren förvärvar rätt att utöva ekonomiska befogenheterna fram till dess att resultatet innehåller andra skyddsvärda delar och eventuell efterföljande övergång följer av medlemsstaternas rättsordningar. En sådan lösning framstår som främmande och kan inte heller vara avsedd.

Om en distributiv modell tillämpas vore presumptionen om arbetstagares datorprogram tillämplig och det vore klart att arbetsgivaren kan utöva de ekonomiska befogenheterna om inget annat avtalats men att arbetsgivarens rättsförvärv i fråga om de andra elementen fortfarande följer av medlemsstaternas nationella rättsordningar. I förhållande till den enhetliga modellen kan inte den distributiva modellen förkastas på grund av betydande tillämpningssvårigheter.

8 Avslutning

I denna uppsats har tillämpningen av datorprogramdirektivet och InfoSoc-direktivet på komplexa verk studerats. Den särskilda regleringen av datorprogram som funktionella skapelser under datorprogramdirektivet har ställts i förhållande till regleringen av traditionella och icke-funktionella verk under InfoSoc-direktivet. Analysen har utgått från EU-domstolens avgörande i *Nintendo* som avsåg frågan om tekniska skyddsåtgärder för

TV-spel där datorprogramdirektivet ansågs tillämpligt enbart när verket helt och hållet omfattas av skyddsföremålet för datorprogram. Prejudikatet i *Nintendo* har lagts till grund för analysen av tillämpningen av andra bestämmelser än de för tekniska skyddsåtgärder. Resultatet av en tillämpning av *Nintendo* för övriga bestämmelser har jämförts med resultatet av en tolkning baserad på ändamålsöverväganden.

Den *första* frågeställningen gällde grunderna för EU-domstolens avgörande i *Nintendo*. Här har redogjorts för att avgörandet är grundat på den harmonisering av verksbegreppet och originalitetsbegreppet som inleddes med avgörandet i *InfoPaq* där domstolen funnit att det främsta syftet med InfoSoc-direktivet är att tillförsäkra rättshavarna en hög skyddsnivå. Vad som var bestämmande för tillämpningen i *Nintendo* var vilken av regleringarna som gav rättshavarna den högsta skyddsnivån. Det är klart att domstolen härvid inte fäst någon vikt vid de överväganden som ligger bakom att datorprogramdirektivet reglerats i ett särskilt skyddsföremål med särskilda befogenheter och undantag.

Den *andra* frågeställningen rörde konsekvenserna av *Nintendo* vid tillämpningen av övriga bestämmelser och besvaras så att datorprogramdirektivet numera har ett klart begränsat tillämpningsområde vilket inte bara är till men för både de syften som eftersträvals i datorprogramdirektivet utan även delvis för de som eftersträvals i InfoSoc-direktivet. Genom tillämpningen av *Nintendo* avskärs användarna från de viktiga undantagen för säkerhetskopiering, reverse engineering och ändring. På samma sätt påverkas den därtill hörande frågan om skyddsföremålets utsträckning och dess avgörande betydelse för interoperabilitet. Därutöver har de tillämpningssvårigheter som avhållit från en distributiv tillämpning i fråga om tekniska skyddsåtgärder visats inte aktualiseras i samma utsträckning för de övriga bestämmelserna.

Mot denna bakgrund bör den *tredje* frågeställningen besvaras så att komplexa verk framöver bör regleras på ett sätt som tar hänsyn till dess funktionella del och betydelsen av att interagera och samverka med verket i syfte att dra nytta av dess funktion. Som framgått av analysen är det i stor utsträckning möjligt att uppnå ett sådant resultat genom en tillämpning av de nu gällande akterna. Utöver det hinder som EU-domstolen uppställt i och med *Nintendo* utgörs möjligheten till skydd av gränssnitt som verk under InfoSoc-direktivet hinder för en sådan reglering.

Källförteckning

Offentligt tryck

Sverige

SOU 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

EU

KOM (88) 172

KOM (88) 816

KOM (95) 382

KOM (97) 314

KOM (1999) 199

KOM (2000) 199

KOM (2002) 92

KOM (2015) 192 slutgiltig

KOM (2015) 100 slutgiltig

SEC (2004) 995

Litteratur

- Bently, L och Sherman, B, *Intellectual Property Law*, 4 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2014
- Bernitz, U, *Immaterialrätt och otillbörliga konkurrens*, 13 uppl., Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm, 2013
- Bogdan, M, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014
- Derclaye, E (red.), *Research Handbook on The Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, 2009
- van Eechoud, M, et.al., *Harmonizing European Copyright Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009
- Gervais, D, *The TRIPS Agreement : drafting history and analysis*, 4 uppl., Sweet & Maxwell, London, 2012
- Goldstein, P, och Hugenholtz, B, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, 3 uppl., Oxford University Press, New York, 2012
- Hettne, J, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011
- Howe, H och Griffiths, J (red.), *Concepts of property in intellectual property law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013
- Hugenholtz, B, m.fl, *Study On The Conditions Applicable To Contracts Relating To Intellectual Property In The European Union*, Instituut voor Informatierecht, Amsterdam, 2002 [cit. Hugenholtz 2002]
- Hugenholtz, B, m.fl., *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, Instituut voor Informatierecht, Amsterdam, 2006 [cit. Hugenholtz 2006]

Hugenholtz, B, Dreier, T, *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, Alpen aan den Rijn, Nederländerna, 2006

Karapapa, S, *Private Copying*, Routledge, New York, 2012

Larsson, S, *Metaforerna, rätten och det digitala: hur gamla begrepp styr förståelsen av nya fenomen*, Gleerups Utbildning, Malmö, 2015

Lehrberg, B, *Praktisk juridisk metod*, 8 uppl., Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Stockholm, 2015

Levin, M, *Lärobok i immaterialrätt*, 10 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011

von Lewinski, S och Walter, M, *European Copyright Law: A commentary*, Oxford University Press, New York, 2010

Mazziotti, G, *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2008

Nordell, P (red.), *Traktatsamling i immaterialrätt – Konventioner, direktiv, förordningar och branschkodex*, Autkor Förlag, Stockholm, 2003

Olsson, H, *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2015

Ramos, A, m.fl., *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, WIPO, Genève, 2013

Reinbothe, J och von Lewinski, S, *The WIPO treaties on copyright : a commentary on the WCT, the WPPT and the BTAP*, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2015

van Rooijen, A, *The software interface between copyright and competition law*, Wolters Kluwer Law & Business, Austin, 2010

Rosati, E, *Originality in EU copyright: full harmonization through case law*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, 2013

Schricker, G, *Urheberrecht Kommentar*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999

Sherman, B och Wiseman, L (red.), *Copyright and The Challenge of The New*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2012

Staern, R och Österdahl, I, *Folkrätten i svensk rätt*, Liber, Malmö, 2012

Stamatoudi, I och Torremans, P, *EU Copyright Law: A Commentary*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, 2014

Sterling, J, *World Copyright Law*, 2 uppl., Sweet & Maxwell, London, 2003

Strömholm, S, *Upphovsrätt och internationell privaträtt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2001

Zweigert, K och Kötz, H, *Introduction to Comparative Law*, 3 uppl., Clarendon Press, Oxford, 1998

Artiklar

Akester, *Technological accommodation of conflicts between freedom of expression and DRM: the first empirical assessment*, University of Cambridge - Faculty of Law, 2009, (tillgänglig via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1469412)

Derclaye, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, EIPR 2010, 32(5), s. 247-251

Dussolier, S, *Electrifying the fence: the legal protection of technological measures for protecting copyright*, EIPR (1999), 285

van Eechoud, E, *Along the Road to Uniformity*, (2012) JIPITEC, 1, para 60.

Heide, T, *Copyright, Contract and the Legal Protection of Technological Measures – Not “the Old Fashioned Way”: Providing a Rationale to the “Copyright Exceptions Interface”*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., vol. 50, 2003

Heydn, *The ECJ Judgment Oracle vs. UsedSoft of 3 July 2012 – A Comprehensive Summary*, TCI Rechtsanwälte, 2012-07-11

Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, EJLS, volym 1 nr. 2, 2008

Maier, H, *Games as Cultural heritage: Copyright Challenges for Preserving (Orphan) Video Games in the EU*, 6 (2015) JIPITEC 120, para 1

Mezei, P, *Digital First Sale Doctrine Ante Portas: Exhaustion in the Online Environment*, 6 (2015) JIPITEC 23, para 1

Pawlo, M, *Shrinkwrap- och clickwrap-avtal i svensk och internationell rätt*, NIR 1999 s. 140 ff

Peczenik, A, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2004 s. 249

Rendas, T, *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*, EIPR, 37(1) 2015, s. 39 ff.

Rosati, *Closed subject-matter systems are no longer compatible with EU copyright*, GRUR Int (2014) 1112

Savič, *The CJEU Allposters Case: Beginning of the End of Digital Exhaustion?*, EIPR, 37(6) 2015, s. 389 ff

Senftleben, M, *The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 1

Torremans, *Future Implications of the UsedSoft Decision*, CREATE Working Paper Series DOI: 10.5281/zenodo.838.

Vantsiouri, *A legislation in bits and pieces; the overlapping anti- circumvention provisions of the Information Society Directive, the Software Directive and the Conditional Access Directive and their implementation in the UK*, EIPR 2012, 34(9)

Vezzoso, *Copyright, Interfaces, and a Possible Atlantic Divide*, 3 (2012) JIPITEC 153, para 1

Walter, M, *Updating and Consolidation of the Acquis: The Future of European Copyright*, artikel given vid EC Conference European Copyright Revisited, Santiago de Compostella, 2002

Westman, D, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, NIR 2002 s. 226 ff.

Wolk, S, *The software business in transit – will exhaustion and defining sale or licence soon be irrelevant?*, IMC Paper 2014/1 (February 2014)

Internet

Bently, *The Lionel: the Bezpečnostní softwarová asociace and the Wandering Court of Justice*, <http://ipkitten.blogspot.se/2011/01/lionel-bezpecnostni-software-associace.html>, senast hämtad 2015-11-28

Harn Lee, Y, *Still on the CJEU Nintendo ruling and its implications for the videogame industry*, <http://ipkitten.blogspot.se/2014/02/still-on-cjeu-nintendo-ruling-and-its.html>, senast hämtad 2015-11-30

Großkettler, J, *No exhaustion beyond software: Katfriend translates German decision on audiobooks* (<http://ipkitten.blogspot.se/2014/07/no-exhaustion-beyond-software-katfriend.html>), senast hämtad 2015-11-30

Rosati, *Digital exhaustion: a debate and a (policy) scandal*, <http://ipkitten.blogspot.se/2015/03/digital-exhaustion-debate-and-policy.html>, senast hämtad 2015-12-07

Sluiter, *The Dutch courts apply UsedSoft to the resale of eBooks*, <http://kluwercopyrightblog.com/2015/01/28/the-dutch-courts-apply-usedsoft-to-the-resale-of-ebooks/>, senast hämtad 2015-12-05

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

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

Mål C-13/00 Kommissionen mot Irland, EU:C:2002:184

Mål C-28/04 Tod's SpA, Tod's France SARL mot Heyraud SA, EU:C:2005:418

Mål C-5/08 Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening, EU:C:2009:465
[cit. InfoPaq]

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

Mål C-467/08 Padawan SL mot Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), EU:C:2010:620

Mål C-168/09 Flos SpA mot Semeraro Casa e Famiglia SpA, EU:C:2011:29

Mål C-393/09 Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury, EU:C:2010:816

Mål C-302/10 Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening,
EU:C:2012:16, [cit. InfoPaq II]

Mål 406/10 SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd., EU:C:2012:259

Mål C-128/11 UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp., EU:C:2012:407

Mål C-355/12 Nintendo m.fl. mot PC Box Srl, EU:C:2014:25

Mål C-463/12 Copydan Båndkopi mot Nokia Danmark A/S, EU:C:2015:144

Mål C-419/13 Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright,
EU:C:2015:27

Tribunalen

(Tidigare Förstainstansrätten)

Mål T-201/04, Microsoft Corp. mot Europeiska gemenskapernas kommission,
EU:T:2007:289

Mål T-19/07, Systran SA och Systran Luxembourg SA mot Europeiska kommissionen,
EU:T:2010:526

Utländska domstolar

Amerikas förenta stater

Court of Appeals for the Federal Circuit, Oracle America Inc. mot Google Inc., 2014-05-09, Case No. 2013-1021, 2013-1022

Förenade konungariket

Supreme Court, Public Relations Consultants Association Limited mot The Newspaper Licensing Agency Limited m.fl., [2013] UKSC 18

High Court, Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc. m.fl. mot Ball m.fl., [2004] EWHC 1738 (Ch)

Tyskland

BGH 2013-02-06, I ZR 124/11, GRUR 2013, 1035

BGH 2013-07-17, I ZR 129/08, GRUR 2014, 264

OLG Karlsruhe 1996-10-01, IIC 1996 s. 740

OLG Hamm 2014-05-15, 22 U 60/13, GRUR 2014, 853