



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 24. april 2012¹

Sag C-128/11

**Axel W. Bierbach (kurator i konkursboet efter UsedSoft GmbH)
mod
Oracle International Corp.**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (Tyskland))

»Retlig beskyttelse af edb-programmer — direktiv 2009/24/EF — markedsføring af software, der er downloadet fra internettet — konsumtion af spredningsretten«

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 4, stk. 2, og artikel 5, stk. 1, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer².
2. Spørgsmålene er fremsat i en tvist mellem UsedSoft GmbH ved Axel W. Bierbach i dennes egenskab af kurator i konkursboet efter dette selskab³ og Oracle International Corp.⁴ efter UsedSofts markedsføring af »brugt« software fra Oracle.

I – Retsforskrifter

A – Folkeretten

3. Verdensorganisationen for Intellectuel Ejendomsret (WIPO) vedtog den 20. december 1996 i Genève WIPO-traktaten om ophavsret. Denne traktat blev godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne ved Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16. marts 2000⁵.
4. I henhold til traktatens artikel 4 er edb-programmer beskyttet som litterære værker i den i Bernerkonventionens artikel 2 omhandlede forstand. Beskyttelsen gælder alle edb-programmer, uanset udtryksmåden og -formen.
5. WIPO-traktatens artikel 6, der har overskriften »Retten til udbredelse«, bestemmer:

»1) Ophavsmændene til litterære og kunstneriske værker har eneret til at tillade, at originalen eller kopier af deres værker gøres tilgængelige for almenheden gennem salg eller anden overdragelse af ejendomsretten.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EUT L 111, s. 16.

3 — Herefter »UsedSoft«.

4 — Herefter »Oracle«.

5 — EFT L 89, s. 6.

2) Intet i denne traktat indskrænker de kontraherende parters frihed til at fastlægge de eventuelle betingelser, på hvilke den i stk. 1 omhandlede rettighed anses for udtømt, når der første gang er foretaget salg eller anden form for overdragelse af ejendomsretten til originalen eller en kopi af værket med ophavsmandens tilladelse.«

6. I de fælles erklæringer til WIPO-traktaten om ophavsret anføres det vedrørende artikel 6 og 7:

»I forbindelse med retten til udbredelse og retten til udlejning skal der ved udtrykkene »kopier« og »originaler eller kopier« i disse artikler udelukkende forstås fikserede kopier, der kan bringes i omsætning som rørlige ting.«

B – EU-retten

1. Direktiv 2009/24

7. Direktiv 2009/24 kodificerer Rådets direktiv 91/250/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer⁶.

8. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 2009/24 bestemmer, at »medlemsstaterne [skal] give edb-programmer ophavsretlig beskyttelse som litterære værker efter Berner-konventionen til værn for litterære og kunstneriske værker«.

9. Direktivets artikel 4, der har overskriften »De enkelte enerettigheder«, bestemmer:

»1. Uden at dette berører bestemmelserne i artikel 5 og 6, skal den eneret, som tilkommer rettighedshaveren som defineret i artikel 2, omfatte ret til at foretage eller tillade:

- a) varig eller midlertidig, hel eller delvis reproduktion af et edb-program på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form; hvis indlæsning, visning på skærm, kørsel, overførsel eller lagring af edb-programmet nødvendiggør reproduktion af edb-programmet, forudsætter en sådan reproduktion rettighedshaverens tilladelse
- b) oversættelse, bearbejdelse, arrangement og enhver anden omformet gengivelse af et edb-program samt reproduktion af resultaterne heraf, uden at dette berører de rettigheder, som tilkommer den person, som omformer programmet
- c) enhver form for offentlig spredning, herunder udlejning, af det originale edb-program eller kopier deraf.

2. Første gang en kopi af et edb-program sælges i [Den Europæiske Union] af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at sprede den pågældende kopi inden for [EU] udtømt, med undtagelse af retten til at udøve kontrol med yderligere udlejning af edb-programmet eller af en kopi deraf.«

10. Direktivets artikel 5, der har overskriften »Undtagelser fra enerettighederne«, bestemmer i stk. 1:

»Medmindre andet udtrykkeligt er fastsat ved aftale, kræver de i artikel 4, stk. 1, litra a) og b), nævnte handlinger ikke tilladelse fra rettighedshaveren, når de er nødvendige for, at den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet, kan benytte det efter dets formål, herunder til korrektion af fejl.«

⁶ — EFT L 122, s. 42.

2. Direktiv 2001/29

11. 28. og 29. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet⁷ bestemmer:

- »(28) Ophavsretlig beskyttelse efter dette direktiv omfatter eneretten til at kontrollere spredning af et værk, der indgår i et fysisk gode. Første salg i [EU] af et originalværk eller eksemplarer heraf foretaget af rettighedshaveren eller med dennes samtykke udtømmer retten til at kontrollere videresalg af den pågældende frembringelse i [EU]. Retten bør ikke udtømmes i forbindelse med videresalg af et originalværk eller eksemplarer heraf foretaget af rettighedshaveren eller med dennes samtykke uden for [EU]. Udlejnings- og udlånsrettighederne for ophavsmænd er fastsat i direktiv 92/100/EØF [⁸]. Retten til spredning i henhold til dette direktiv gælder med forbehold af bestemmelserne vedrørende udlejnings- og udlånsrettighederne i kapitel I i det pågældende direktiv.
- (29) Spørgsmålet om konsumtion er ikke relevant i forbindelse med tjenester, herunder især onlinetjenester. Det er heller ikke relevant ved fysisk kopiering af et værk eller en anden frembringelse foretaget af en bruger af en sådan tjeneste med rettighedshaverens samtykke. Det samme gælder derfor for udlejning og udlån af originalværker eller eksemplarer heraf eller andre frembringelser, der har karakter af tjenester. I modsætning til cd-rom eller cd-i, hvor de intellektuelle ejendomsrettigheder er indeholdt i et fysisk medium, nemlig en vare, udgør alle onlinetjenester i realiteten en handling, der kræver tilladelse, når det er foreskrevet efter de ophavsretlige regler eller reglerne vedrørende den beslægtede ret.«

12. Artikel 3 i direktiv 2001/29, der har overskriften »Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser«, bestemmer:

»1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

[...]

3. Rettighederne efter stk. 1 og 2 udtømmes ikke af en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden i henhold til denne artikel.«

13. Direktivets artikel 4, der har overskriften »Retten til spredning«, bestemmer:

»1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde enhver form for spredning til almenheden ved salg eller på anden måde af deres originalværker eller eksemplarer heraf.

2. Spredningsretten udtømmes ikke i [EU] for så vidt angår originalværker eller eksemplarer heraf, medmindre første salg eller anden overdragelse af ejendomsret i [EU] af den pågældende genstand foretages af rettighedshaveren eller med dennes samtykke.«

⁷ — EFT L 167, s. 10.

⁸ — Rådets direktiv af 19.11.1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EFT L 346, s. 61).

C – National ret

14. §§ 69c og 69d i loven om ophavsret og beslægtede rettigheder (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte) af 9. september 1965⁹ gennemfører i den udgave, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen (herefter »UrhG«), for det første artikel 4 i direktiv 2009/24 og artikel 3 i direktiv 2001/29 og for det andet artikel 5 i direktiv 2009/24 i national ret.

15. UrhG § 69c bestemmer:

»Indehaveren af eneretten kan foretage eller tillade:

1. varig eller midlertidig, hel eller delvis reproduktion af et edb-program på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form. Hvis indlæsning, visning på skærm, kørsel, overførsel eller lagring af edb-programmet nødvendigvis kræver reproduktion af edb-programmet, forudsætter disse handlinger rettighedshaverens tilladelse

2. oversættelse, bearbejdelse, arrangement og enhver anden omformet gengivelse et edb-program og den reproduktion af programmet, der følger heraf. Der tages forbehold for rettigheder tilhørende den person, som omdanner programmet

3. enhver form for bringen i omsætning, herunder udlejning, af det originale edb-program eller kopier deraf. Hvis en kopi af et edb-program bringes i omsætning gennem afståelse i [EU] eller i en anden stat, der deltager i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde [af 2. maj 1992¹⁰] med indehaverens tilladelse, er retten til at bringe denne kopi i omsætning udtømt, dog ikke udlejningsretten

4. enhver trådløs eller anden meddelelse til offentligheden af et edb-program, herunder den offentlige spredning af dette program på en måde, som giver alle mulighed for at få adgang hertil på det sted og det tidspunkt, som de måtte vælge.«

16. UrhG's § 69d, stk. 1, bestemmer:

»Medmindre andet udtrykkeligt er fastsat ved aftale, kræver de i § 69c, stk. 1 og 2, nævnte handlinger ikke tilladelse fra rettighedshaveren, når de er nødvendige for at give enhver person, der er berettiget til at benytte en kopi af programmet, mulighed for at benytte edb-programmet efter dets formål, herunder til korrektion af fejl.«

II – De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

17. Oracle udvikler og distribuerer computersoftware. Oracle er indehaver af den ophavsretlige eneret til at benytte disse programmer og af ordet »Oracle« som tysk varemærke og EF-varemærke, hvilket varemærke bl.a. er registreret for computersoftware.

9 — BGBl. 1965 I, s. 1273.

10 — EFT 1994 L 1, s. 3.

18. Oracle distribuerer for 85%'s vedkommende virksomhedens software via download fra internettet. Kunden downloader softwaren direkte til sin computer fra Oracles internetside. Programmerne fungerer som »client-server«-software. Brugsretten hertil indbefatter retten til at lagre softwaren varigt på en server og give et bestemt antal brugere adgang til softwaren ved, at den indlæses i arbejdshukommelsen på deres arbejdsstationer. I forbindelse med en vedligeholdelsesaftale kan opdaterede udgaver af softwaren (updates) og programmer, hvormed fejl rettes (patches), downloades fra Oracles internetside.

19. Oracles licensaftaler indeholder følgende bestemmelse under overskriften »Rettighedsoverdragelse«:

»Ved betalingen for ydelser opnår De udelukkende til brug for Deres interne forretningsformål en tidsubegrænset, ikke-eksklusiv, ikke-overdragelig og gratis brugsret til alt, som Oracle udvikler og stiller til rådighed for Dem på grundlag af denne aftale.«

20. UsedSoft, som markedsfører »brugte« softwarelicenser, udbød i oktober 2005 »tidligere benyttede« licenser fra Oracle, idet selskabet anførte, at alle licenser var aktuelle i den forstand, at den vedligeholdelsesaftale, som den oprindelige licenstagere indgik med Oracle, fortsat var i kraft, og at salgets lovlighed blev bekræftet ved en notarerklæring.

21. UsedSofts kunder, der ikke allerede har den pågældende software fra Oracle, downloader efter at have erhvervet en »brugt« licens softwaren direkte fra Oracles internetside. Kunder, der allerede har softwaren og køber licenser til yderligere brugere, downloader softwaren til arbejdshukommelsen på disse andre brugeres arbejdsstationer.

22. Oracle anlagde sag ved Landgericht München I med påstand om ophør af denne praksis. Landgericht München I gav Oracle medhold. UsedSoft fik ikke medhold i sin appel iværksat til prøvelse af denne afgørelse, hvorfor selskabet iværksatte en »revisionsanke« for Bundesgerichtshof (Tyskland).

III – De præjudicielle spørgsmål

23. Bundesgerichtshof har besluttet at udsætte sagen og stille Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

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

IV – Min analyse

A – Indledende bemærkninger

24. Den forelæggende ret anser det for givet, at UsedSofts kunder foretager reproduktionshandlinger i den i artikel 4, stk. 1, litra a), i direktiv 2009/24 omhandlede forstand ved at downloade edb-programmer fra Oracles internetside eller ved hjælp af et lagringsmedium til arbejdshukommelsen på yderligere computere, hvilket gør indgreb i Oracles eneret til reproduktion. I øvrigt har Bundesgerichtshof anført, idet Oracles licensvilkår præciserer, at brugsretten er »ikke-overdragelig«, at Oracles kunder ikke gyldigt kan overdrage reproduktionsretten til UsedSoft, som derfor ikke kan overdrage den til selskabets egne kunder.

25. Den forelæggende ret har konkluderet, at tvistens løsning afhænger af, hvorvidt UsedSofts kunder kan støtte ret på UrhG § 69d, stk. 1, som gennemfører artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 i tysk ret, som fritagelse for rettighedshaverens tilladelse, der er nødvendig for, at den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet, kan benytte det efter dets formål.

26. Ifølge den forelæggende ret er dette spørgsmål opdelt i tre underspørgsmål: for det første om den person, der kan støtte ret på, at spredningsretten er udtømt, er »den, der retmæssigt har erhvervet«, i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 omhandlede forstand, for det andet om spredningsretten udtømmes ved download af en kopi af programmet fra internettet med rettighedshaverens tilladelse, og for det tredje om indehaveren af en brugt licens kan påberåbe sig denne konsumtion, når den første erhverver har slettet sin kopi eller ikke længere bruger den.

27. Selv om den forelæggende ret kun har stillet det andet spørgsmål i tilfælde af, at det første spørgsmål besvares bekræftende, er det min opfattelse, at det skal besvares først. Inden det undersøges, om den person, der kan støtte ret på konsumtionen af spredningsretten, kan kvalificeres som »den, der retmæssigt har erhvervet« i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 omhandlede forstand, skal det også spørges, om den download af Oracles programmer, der foretages af en person med bopæl i EU, medfører den »fællesskabsretlige« konsumtion af retten til at sprede disse programmer i henhold til direktivets artikel 4, stk. 2. Dette spørgsmål, som vedrører den eventuelle anvendelse af konsumptionsprincippet på download fra internettet, forekommer mig at komme først.

28. Derefter vil jeg samlet undersøge det første og det tredje spørgsmål, som vedrører, hvorvidt erhververen af en brugt licens på grundlag af artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24, sammenholdt med direktivets artikel 5, stk. 1, kan støtte ret på konsumtionen af retten til at sprede kopien af det edb-program, som den første erhverver har downloadet, til som den, der retmæssigt har erhvervet, at lave en ny kopi af programmet, når den første erhverver har slettet sin kopi eller ikke længere bruger den.

B – Det andet spørgsmål

29. Den forelæggende ret har i det væsentlige spurgt, om retten til at sprede kopien af et edb-program er udtømt i den i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 omhandlede forstand, når erhververen har fremstillet kopien med rettighedshaverens tilladelse ved at downloade programmet fra internettet til et lagringsmedium.

1. Bemærkninger fra parterne i hovedsagen, regeringerne og Europa-Kommissionen

30. UsedSoft har principalt gjort gældende, at ordlyden af artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 gør det muligt at anvende konsumptionsreglen på onlineoverdragelser af software, eftersom dels udtrykket »kopi af et edb-program« kan anses for at omfatte den proces, som gør det muligt for erhververen at registrere programmet, dels udtrykket »første gang en kopi [...] sælges« ikke forudsætter overdragelse af ejendomsretten i form af overgivelsen af et medium, eftersom det væsentlige snarere er at opfylde transaktionens endelige økonomiske formål, der er, at programmet kan benyttes på varig vis. Forudsat at salget – uafhængigt af overgivelsen af et medium – er kendetegnet af tilrådighedsstillelsen af en brugsret for et ubegrænset tidsrum og mod en engangsbetaling, har UsedSoft anført, at det fremgår af ordlyden af direktiv 2009/24, at konsumtionen af spredningsretten indtræder fra det tidspunkt, hvor Oracles kunde fremstiller kopien med rettighedshaverens samtykke ved at downloade programmet til et computermedium.

31. UsedSoft har tilføjet, at denne fortolkning, der bygger på ordlyden af artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24, støttes af formålet med konsumptionsreglen, som består i at skabe ligevægt mellem ophavsmandens økonomiske interesser i udnyttelsen af hans værk og interessen i den frie omsætning af varer og tjenesteydelser. Da UsedSoft er af den opfattelse, at rettighedshaveren i tilfælde af varig tilrådighedsstillelse af software mod betaling har mulighed for kommercielt at udnytte sit kreative arbejde gennem et salg af den beskyttede genstand, har selskabet anført, at denne ophavsmand ikke kan bestemme, om konsumptionsprincippet finder anvendelse eller ej, ved at vælge mellem to spredningsformer, der dog er helt tilsvarende ud fra et økonomisk synspunkt. Hvis det var tilfældet, ville det medføre et monopol på spredning, som konsumptionsreglen netop har til formål at undgå. Selv om det antages, at transaktionen skal kvalificeres som præstation af tjenesteydelser, finder konsumptionsprincippet stadig anvendelse, eftersom den frie omsætning af tjenesteydelser ligeledes er en del af Unionens grundlæggende principper.

32. UsedSoft har præciseret, at Domstolen har nægtet at anvende konsumptionsprincippet på udnyttelsesformer, der typisk er immaterielle, såsom gengivelsesretten, udnyttelsesretten eller udsendelsesretten, ikke på grund af den immaterielle karakter, men fordi disse rettigheder giver anledning til modtagelsen af et vederlag for hver anvendelse, og fordi ophavsmandens økonomiske interesse derfor ikke kan være opfyldt med den første bringende omsætning.

33. UsedSoft har anført, at der ikke kan udledes et modsatrettet argument af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/29 eller 29. betragtning til dette direktiv, som kun vedrører det særlige tilfælde, hvor en tjenesteydelse stilles til rådighed for en punktlig anvendelse i et begrænset tidsrum, hvorunder der er forbindelse til ophavsmandens server. Til forskel fra en tilrådighedsstillelse med henblik på varig anvendelse mod en engangsbetaling gør disse tjenesteydelser, der er genstand for gentagne ydelser mod vederlag, det ikke muligt at opfylde rettighedshaverens økonomiske interesser fra den første præstation.

34. Oracle er af den opfattelse, at download af kopier af edb-programmer ikke udgør et salg, fordi der ikke anmodes om vederlag for den blotte download af programmet, men vederlaget betales på grundlag af licensaftalen mod modydelse for den brugsret, som denne aftale giver. Når der er indgået en vedligeholdelsesaftale, er den første erhverver i øvrigt ikke i stand til at videresælge den udgave, der oprindeligt blev downloadet, men udelukkende en anden, fuldstændig og opdateret udgave.

35. Oracle har tilføjet, idet selskabet har henvist til Domstolens praksis, navnlig dom af 9. november 2004, *The British Horseracing Board m.fl.*¹¹, til de fælles erklæringer til WIPO-traktaten om ophavsret og til beretning fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet og Det Økonomiske og Sociale Udvalg om gennemførelsen og virkningerne af direktiv 91/250 af 10. april 2000¹², at der kun kan være

11 — Sag C-203/02, Sml. I, s. 10415, præmis 58 og 59.

12 — KOM(2000) 199 endelig.

tale om konsumtion af spredningsretten i tilfælde af overdragelse af en rørlig genstand, hvilket udelukker transaktionen med download, der er helt immateriel. Ifølge dette selskab kan en »kopi af et edb-program« i den i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 omhandlede forstand kun være et fysisk gode, nemlig en »vare«. Dette begreb er i overensstemmelse med betydningen af og formålet med konsumptionsprincippet, der har til formål at sikre den frie omsætning af fysiske kopier, der allerede er bragt i omsætning med rettighedshaverens samtykke, og ikke at gøre kopier, som brugeren selv har fremstillet, egnede til at være i omsætning.

36. Oracle har under alle omstændigheder bemærket, at selv hvis dette spørgsmål skulle besvares bekræftende, tillader konsumtion af spredningsretten, der følger af download af programmet, ikke den første erhverver at overføre kopien til et andet medium. Den tillader ham kun materielt at overdrage selve mediet, hvilket f.eks. kræver, at han afmonterer den harddisk, som programmet er downloadet på.

37. Oracle har præciseret, at der ikke skal foretages en sontring alt efter, om edb-programmet er opnået ved erhvervelse af en cd-rom eller onlinedownload, eftersom brugen af kopien af programmet i begge tilfælde forudsætter, at der er indgået en licensaftale.

38. Den spanske og den franske regering, Irland og den italienske regering har anført, at retten til at sprede et edb-program kun er udtømt, når kopien af dette program er bragt i omsætning som en del af et rørligt medium. Den franske regering, Irland og den italienske regering har støttet sig til den lovgivningssammenhæng, i lyset af hvilken direktiv 2009/24 skal fortolkes, navnlig direktiv 2001/29.

39. Irland har endvidere understreget, at selv hvis den af rettighedshaveren tildelte licens skulle kvalificeres som salg, er de kopier, for hvilke licensen er udstedt, ikke dem, der er downloadet eller overdraget af de efterfølgende erhververe. Irland har bemærket, at konsumptionsreglen, der er udviklet i forbindelse med den frie omsætning af varer, ikke har til virkning at udtømme patenthaverens spredningsret for så vidt angår andre varepartier end dem, der er blevet markedsført med hans samtykke. Irland er af den opfattelse, idet det har henvist til dom af 9. juli 1985, *Pharmon*¹³, at denne sag er sammenlignelig med den situation, hvor varerne markedsføres på grundlag af en tvangslicens. Irland har tilføjet, at hvis udnyttelsen af licenser tillades uden rettighedshaverens samtykke, medfører det, at innovationen afskrækkes, og programmets ophavsmands berettigede interesser skades.

40. Den franske regering har til argumenterne udledt af EU-rettens lovgivningssammenhæng føjet betragtninger udledt af folkeretten og Domstolens praksis¹⁴. Regeringen har gjort gældende, at der ikke kan ske konsumtion i tilfælde af download, eftersom der er tale om et udbud ved hjælp af en onlinetjenesteydelse, og har understreget, at vedligeholdelsesaftalen åbenbart vedrører præstation af tjenesteydelser.

41. Den italienske regering, der er af den opfattelse, at der skal sondres mellem situationen for indehaveren af en kopi af software og status for den bruger, der er berettiget til at bruge softwaren i medfør af en licens, har gjort gældende, at for så vidt som spredningsretten i tilfælde af onlinevidereførelse af en elektronisk kopi af software ikke kommer i betragtning, finder den begrænsning, som konsumtionen repræsenterer, ikke anvendelse. Regeringen er af den opfattelse, at en anden fremgangsmåde bringer EU-rettens softwarebeskyttelse i fare.

42. Kommissionen, som har bemærket, at tvisten i det væsentlige vedrører spørgsmålet, om videresalg af et edb-program er tilladt, og om indehaverens rettigheder er udtømt, når edb-programmet er stillet til rådighed som download fra en server under de betingelser, som begrænser brugerens ret til at overføre programmet til en anden, er af den opfattelse, at det ikke kun

13 — Sag 19/84, Sml. s. 2281.

14 — Navnlig dom af 28.4.1998, sag C-200/96, *Metronome Musik*, Sml. I, s. 1953.

følger af 28. betragtning til direktiv 2001/29, men også af direktivets artikel 4, sammenholdt med artikel 8 i WIPO-traktaten om ophavsret og af de fælles erklæringer til denne traktat, hvis gennemførelse er et af formålene med direktiv 2001/29, at artikel 4, stk. 1, litra c), i direktiv 2009/24, på trods af sin ordlyd, ikke omfatter spredningen af et værk, der ikke er en del af et materielt gode, hvilket kun er dækket af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Dette direktivs artikel 3, stk. 3, angiver imidlertid, at retten til tilrådighedsstillelse for almenheden i henhold til dette direktivets artikel 3, stk. 1, ikke udtømmes, hvilket 29. betragtning hertil bekræfter, og herudover at spørgsmålet om konsumtion kun opstår i tilfælde af tjenesteydelser generelt og onlinetjenesteydelser specifikt.

2. Min bedømmelse

43. Konsumptionsprincippet, der stammer fra tysk og amerikansk ret¹⁵, tilsigter at gennemføre en ligevægt mellem den nødvendige beskyttelse af intellektuelle rettigheder, der i princippet giver deres indehavere et monopol på udnyttelse, og kravene til den frie omsætning af goder. Dette princip, som begrænser de enerettigheder, som indehaveren af den intellektuelle ejendomsret har, til den første bringende i omsætning af den vare, der er omfattet af den pågældende rettighed, er »udtryk [...] for den retlige opfattelse, hvorefter [denne] rettighed [...] ikke gør det muligt at hindre spredning af en ægte vare, når den først er blevet markedsført«¹⁶.

44. Formålet med at gennemføre et område uden indre grænser førte Domstolen til at indlemme denne regel i Unionens retsorden. Domstolen udtalte i sin dom af 8. juni 1971, *Deutsche Grammophon*¹⁷, at »[d]et ville [...] være i strid med reglerne om de frie varebevægelser inden for fællesmarkedet, såfremt en producent af lydbærere, der ifølge en medlemsstats lovgivning har eneret til at bringe de beskyttede genstande i omsætning, udnyttede denne eneret til at nedlægge forbud mod salg i nævnte stat af produkter, som var blevet afsat i en anden medlemsstat af ham selv eller med hans samtykke, alene med den begrundelse, at varerne ikke var blevet bragt i omsætning på den førstnævnte medlemsstats område«.

45. I medfør af konsumptionsreglen mister indehaveren af intellektuelle rettigheder, der har bragt goder i omsætning på en medlemsstats område, muligheden for at påberåbe sig sit monopol på udnyttelse til at hindre deres import til en anden medlemsstat. Denne regel er økonomisk begrundet i den betragtning, at indehaveren af parallelle rettigheder ikke skal drage en uforholdsmæssig fordel af udnyttelsen af sine rettigheder, hvilket er tilfældet, hvis han kan drage den økonomiske fordel af hver overgang af en af Unionens indre grænser, som denne rettighed giver ham.

15 — Vedrørende princippet tilblivelse og begrundelse, jf. B. Castell, *L'«épuisement» du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, PUF, Paris, 1989.

16 — Jf. F.-K. Beier, »La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux«, *Journal du droit international*, 1971, s. 5, særligt s. 14.

17 — Sag 78/70, Sml. 1971, s. 125, org.ref.: Rec. s. 487.

46. Konsumptionsprincippet, der er udviklet i retspraksis, er blevet gentaget af unionslovgiver, som har opregnet det i flere direktiver, navnlig for varemærker¹⁸, databaser¹⁹, sorter²⁰, retten til udlejning og udlåning af beskyttede værker²¹, ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet og edb-programmer. Selv om Domstolens omfattende praksis på området danner »doktrinen om fællesskabsretlig konsumtion«, som kan finde ensartet anvendelse på alle intellektuelle ejendomsrettigheder, gælder det ikke desto mindre, at betingelserne for reglens anvendelse og dens rækkevidde kan variere mærkbart i henhold til hver pågældende intellektuelle ejendomsrets særegenheder og de særlige bestemmelser, som regulerer den.

47. Hvad nærmere bestemt angår edb-programmer findes konsumptionsreglen i artikel 4 i direktiv 2009/24, som gentager ordlyden af artikel 4 i direktiv 91/250 ved at opdele denne artikel i to særskilte stykker.

48. Mens artikel 4, stk. 1, i direktiv 2009/24 blandt ophavsmandens enerettigheder sonderer mellem den varige eller midlertidige reproduktionsret, retten til omformning og retten til at foretage eller tillade »enhver form for offentlig spredning, herunder udlejning, af det originale edb-program eller kopier deraf«, præciserer direktivets artikel 4, stk. 2, at konsumtionen kun finder anvendelse på spredningsretten, med undtagelse af »retten til at udøve kontrol med yderligere udlejning«. Det fremgår af disse bestemmelser, at det udelukkende er spredningsretten, der udtømmes, og ikke retten til reproduktion eller omformning. Selv om spredningsretten endvidere defineres bredt, er det kun en form for spredning, nemlig salg, som udløser konsumptionsreglen, mens denne regel, når der først har fundet anvendelse, har virkninger for alle former for spredning, med undtagelse af udlejning.

49. Spørgsmålet, om konsumptionsreglen, således som den er formuleret i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24, kan omfatte markedsføringen af »brugt« software, der er downloadet fra internettet, har medført betydelig kontrovers i medlemsstaterne, bl.a. i Tyskland²², der er afspejlet i USA i drøftelser vedrørende anvendelse af »first sale doctrine« i det digitale miljø²³.

50. Da konsumtionen er betinget af »[f]ørste gang en kopi af et edb-program sælges« i EU af rettighedshaveren eller med dennes samtykke, skal det indledningsvis afgøres, om dette begreb, der siden vedtagelsen af direktiv 2009/24 har affødt mange spørgsmål²⁴, kræver en ensartet fortolkning.

18 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22.10.2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT L 299, s. 25). Direktivets artikel 7 bestemmer:

»1. De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af varemærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for [EU] under dette varemærke.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt skellig grund berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.«

19 — Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF af 11.3.1996 om retlig beskyttelse af databaser (EFT L 77, s. 20). Artikel 5, litra c), andet punktum, i direktiv 96/9 bestemmer, at »[f]ørste gang et eksemplar af en database sælges i [EU] af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at udøve kontrol med videresalg af dette eksemplar inden for [EU] udtømt«.

20 — Rådets forordning (EF) nr. 2100/94 af 27.7.1994 om EF-sortsbeskyttelse (EFT L 227, s. 1), som berigtiget (EFT 1996 L 131, s. 59, EFT 1996 L 247, s. 46, og EFT 1997 L 45, s. 51). Artikel 16 i forordning nr. 2100/94 bestemmer:

»EF-sortbeskyttelsen omfatter ikke handlinger, der vedrører materiale af den beskyttede sort eller af en sort, der er omfattet af bestemmelserne i artikel 13, stk. 5, når det af indehaveren eller med dennes samtykke er blevet overdraget til andre inden for [EU], eller materiale, der er afledt af nævnte materiale, medmindre sådanne handlinger

a) indebærer videreformering af den pågældende sort, medmindre sådan formering var tilsigtet, da materialet blev overdraget, eller

b) indebærer udførsel af sortsbestanddele til et tredjeland, som ikke beskytter sorter af de planteslægter eller -arter, som sorten tilhører, medmindre det udførte materiale er bestemt til endeligt forbrug.«

21 — Artikel 1, stk. 4, i direktiv 92/100 bestemmer, at »[s]alg eller anden form for distribution af originalværker, eksemplarer af ophavsretligt beskyttede værker og andre frembringelser, jf. artikel 2, stk. 1, [ikke medfører], at de i stk. 1 omhandlede rettigheder udtømmes«.

22 — Jf. P. Brätigam, »Second-hand software in Europe: thoughts on the three questions of the German Federal Court of Justice referred to the Court of Justice of the European Union«, *Computer Law Review International*, 1/2012, s. 1, og T. Overdijk, P. van der Putt, E. de Vries og T. Schafft, »Exhaustion and Software Resale Rights«, *Computer Law Review International*, 2/2011, s. 33.

23 — Jf. S. Frankel og L. Harvey, »Will the digital era sound the death knell for the first sale doctrine in US copyright law?«, *Intellectual Property Magazine*, marts 2011, s. 40.

24 — Jf. bl.a. A. Strowel og E. Derclaye, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001. Jf. ligeledes M. Vivant, »Le programme d'ordinateur au pays des musées; observations sur la directive du 14 mai 1991«, *La semaine juridique – Édition entreprise*, 1991, nr. 47, s. 479. Denne forfatter omtaler [direktivets] »ophavsmænds manglende evne til at sondre begrebsmæssigt mellem den intellektuelle skabelse og mediet« (punkt 16.2, s. 484).

51. I henhold til Domstolens faste praksis følger det af såvel kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt i hele EU skal undergives en uafhængig og ensartet fortolkning²⁵. Da direktiv 2009/24 ikke henviser til national ret for så vidt angår betydningen af udtrykket »en kopi [...] sælges«, skal den med henblik på anvendelsen af direktivet anses for at betegne et uafhængigt begreb i EU-retten, der skal fortolkes ensartet i alle medlemsstaterne under hensyntagen til bl.a. ordlyden og den sammenhæng, hvori det er blevet anvendt, og de formål, der forfølges med direktivet og med folkeretten²⁶.

52. Det fremgår af fjerde og femte betragtning til direktiv 2009/24, at det har til formål at fjerne forskellene i medlemsstaternes lovgivning, som har en mærkbar negativ virkning på det indre marked. Domstolen har ligeledes i dom af 20. november 2001, Zino Davidoff og Levi Strauss²⁷, udtalt, at begrebet samtykke, der er det afgørende element for, at eneretten udtømmes, skal være genstand for en ensartet fortolkning med henblik på at opfylde formålet med »samme beskyttelse i alle medlemsstaternes retsordener«²⁸. På samme måde skal det antages, at betingelsen om salg af en kopi af programmet ikke kan variere i henhold til forskellige fortolkninger i de forskellige nationale retsordener.

53. Det skal derfor undersøges, om begrebet »en kopi af et edb-program sælges« i den i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 omhandlede forstand kan finde anvendelse under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede.

54. Oracle har anført, at det vederlag, som kunden skal betale, ikke er for den blotte download af programmet eller for tilrådighedsstillelsen af objekt-koden, men som modydelse for den brugsaftale, der tildeles med licensaftalen. Oracle har tilføjet, at kunden i de fleste tilfælde ligeledes har indgået en vedligeholdelsesaftale, som gør det muligt at opdatere programmet og korrigere fejl, hvilket udgør en aftale om præstation af tjenesteydelser. Selskabet har udledt heraf, at der ikke foreligger et salg i den i artikel 4, stk. 2 i direktiv 2009/24 omhandlede forstand.

55. Denne analyse forekommer mig forkert.

56. Efter min opfattelse fremgår det klart af direktiv 2009/24, at sondringen mellem salg og udlejning udgør den »summa divisio«, som både konsumptionsreglen²⁹ og denne regels rækkevidde³⁰ afhænger af. Tolvte betragtning til direktivet definerer udlejning som det forhold, at et edb-program eller en kopi heraf bliver stillet til rådighed til benyttelse i et begrænset tidsrum med henblik på fortjeneste. Salget af et edb-program eller en kopi heraf skal derimod anses for at være kendetegnet i den i direktivets artikel 4, stk. 2, omhandlede forstand, eftersom transaktionen – uanset parternes

25 — Jf. i denne retning dom af 14.6.2007, sag C-246/05, Häupl, Sml. I, s. 4673, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis.

26 — Jf. i denne retning dom af 22.12.2010, sag C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace, Sml. I, s. 13971, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis.

27 — Forenede sager C-414/99 - C-416/99, Sml. I, s. 8691.

28 — Præmis 41-43.

29 — I den forstand, at konsumtionen kun finder sted i tilfælde af salg.

30 — I den forstand, at den konsumtion, der følger af salget, ikke tillader en senere udlejning af kopien. Jf. B. Czarnota og R. Hart, *Legal Protection of Computer Programs in Europe – A guide to the EC Directive*, Butterworths, 1991, s. 60:

»If sale is the first means of distribution which the rightholder chooses, he can now under the Directive not prevent the resale of the copy which he has sold. Property rights pass from the rightholder to the purchaser in the physical support of the copy of the program, and the purchaser is free to dispose of that tangible property in any way he chooses, except that he may not offer it for rental or licensing. He may, however, lend, give or otherwise dispose of the physical support.

The intellectual property rights of the author in the program contained in that physical support remain unchanged by any of the above transactions. His interests in the intellectual property are only affected when the sold copy is offered for rental, because the act of rental is a form of distribution which would be in direct competition with other forms of exploitation, such as sale of copies, and would therefore prejudice the rightholder's ability to control the normal exploitation of his work.«

kvalifikation – er kendetegnet ved overdragelsen af ejendomsretten til en kopi af edb-programmet i et ubegrænset tidsrum mod en engangsbetaling. Denne sondring er i øvrigt i overensstemmelse med Domstolens praksis, som har udelukket konsumtion i tilfælde af udlejning³¹, mens den finder anvendelse i tilfælde af overdragelse af ejendomsret³².

57. Udstedelsen af en licens, som gør det muligt at stille en kopi af edb-programmet til rådighed ved download fra internettet, er en kompleks transaktion, der kan omfatte både en aftale om præstation af tjenesteydelser, der navnlig vedrører tilrådighedsstillelsen, gennemførelsen og vedligeholdelsen af edb-programmet, og en aftale om salg af den kopi, der er nødvendig for at gennemføre disse tjenesteydelser³³. Indholdet af den således tildelte tilladelse til brug kan variere.

58. Denne brugsret har kendetegnene for udlejning, når den er blevet tildelt i et begrænset tidsrum mod en periodevis betaling, og når leverandøren ikke har overdraget ejendomsretten til kopien af edb-programmet, som rettighedshaveren skal godtgøre ham. Den forekommer mig imidlertid at have kendetegnene for et salg, når kunden erhverver den endelige mulighed for at benytte sig af kopien af edb-programmet, som leverandøren har overdraget mod betaling af en samlet pris.

59. Det er nemlig min opfattelse, at begrebet »sælges« i den i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/04 omhandlede forstand, henset til formålet med konsumtionen, som er at begrænse eneretten i den intellektuelle ejendomsret, eftersom markedsføringen giver rettighedshaveren mulighed for at realisere rettighedens økonomiske værdi, skal fortolkes bredt, således at det omfatter alle former for markedsføring af en vare, der er kendetegnet ved tildelingen af en brugsret til en kopi af edb-programmet for et ubegrænset tidsrum mod en engangsbetaling. En for snæver forståelse af dette begreb bringer denne bestemmelses nyttige virkning i fare, eftersom markedsføringen af software oftest sker i form af licenser til brug, og eftersom det er tilstrækkeligt, at leverandørerne kvalificerer aftalen som en »licens« og ikke som salg for at omgå denne regel.

60. Jeg udleder heraf, at selv når rettighedshaveren, ligesom Oracle, foretager en noget kunstig opdeling mellem tilrådighedsstillelsen af kopien af edb-programmet og tildelingen af brugsretten, udgør overdragelsen af en brugsret til en kopi af et edb-program bestemt et salg i den i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 omhandlede forstand.

61. Det forhold, at transaktionen kvalificeres som »salg«, er imidlertid ikke et tilstrækkeligt element til at konkludere, at spredningsretten kan udtømmes under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede.

62. Oracle, den spanske og den franske regering, Irland og den italienske regering samt Kommissionen har anført, at den konsumtion, der kan følge af salget af kopien af edb-programmet, nødvendigvis er af begrænset rækkevidde, for så vidt som den udelukkende rammer retten til at sprede en kopi af et edb-program, der er en del af et rørligt medie.

63. Der er flere argumenter, der taler for denne fortolkning.

31 — Jf. *Metronome Musik-dommen*.

32 — Jf. dom af 17.4.2008, sag C-456/06, Peek & Cloppenburg, Sml. I, s. 2731.

33 — Jf. i denne retning S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larquier, Bruxelles, 2007, nr. 529 og 530. Denne forfatter kvalificerer transaktionen med en »kompleks [...] kontraktuel karakter«, som kan opdeles i en aftale om salg af mediet eller præstationerne af tjenesteydelser, hvis der er tale om download eller fjernbenyttelse eller en licensaftale vedrørende ophavsmandens ret til det værk, som er en del af mediet, eller som overføres ved edb-vektoren.

64. Det er anført, at transaktionen med download af et edb-program fra internettet ikke er omfattet af spredningshandlingen i den i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2001/29 omhandlede forstand, men af handlingen med overføring af værker til almenheden i den i dette sidstnævnte direktivs artikel 3, stk. 1, omhandlede forstand. Artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/29 præciserer imidlertid, at retten til overføring til almenheden ikke udtømmes.

65. Endvidere fremgår det klart af Kommissionens beretning af 10. april 2000, at ophavsretten kun udtømmes, når der er tale om salg af kopier, dvs. af varer, mens det er udelukket i tilfælde af onlineudbud af tjenesteydelser³⁴.

66. Den samme restriktive forståelse af begrebet konsumtion genfindes i direktiv 2001/29, som giver klare indicier på unionslovgivers ønske om at begrænse reglen til en enkelt form for spredning af værket, der er kendetegnet ved salget af en vare, som edb-programmet er en del af.

67. Det er navnlig gjort gældende, at artikel 4, stk. 2, i direktiv 2001/29 kun fastsætter, at spredningsretten udtømmes ved det første salg eller den første anden overdragelse af ejendomsretten til en »genstand«. Endvidere præciserer 28. og 29. betragtning til dette direktiv for det første, at beskyttelsen af ophavsretten i henhold til direktivet omfatter »eneretten til at kontrollere spredning af et værk, der *indgår i et fysisk gode* [³⁵]«, og for det andet, at »[s]pørgsmålet om konsumtion [ikke] er [...] relevant i forbindelse med tjenester, herunder især onlinetjenester«. Denne sidste betragtning tilføjer, at »[d]et samme gælder derfor for udlejning og udlån af originalværker eller eksemplarer heraf eller andre frembringelser, der har karakter af tjenester[, og at i] modsætning til cd-rom eller cd-i, hvor de intellektuelle ejendomsrettigheder er indeholdt i et fysisk medium, nemlig en vare, udgør alle onlinetjenester i realiteten en handling, der kræver tilladelse, når det er foreskrevet efter de ophavsretlige regler eller reglerne vedrørende den beslægtede ret«.

68. Herudover er 29. betragtning til direktiv 2001/29 kalkeret efter 33. betragtning til direktiv 96/9, som allerede klart angiver unionslovgivers ønske om at forbeholde konsumtionen for omsætningen af en vare, der har en fysisk beholder og et intellektuelt indhold. Dette ønske fremgår ligeledes af 43. betragtning til det sidstnævnte direktiv, som præciserer, at retten til at forbyde genanvendelse ved onlinetransmission ikke er udtømt, hverken hvad angår databasen eller hvad angår en kopi af indholdet af den pågældende database eller en del deraf, som modtageren af transmissionen har taget med rettighedshaverens samtykke.

69. Endelig bekræfter folkeretten den restriktive forståelse af konsumtionen. Direktiv 2001/29 har navnlig til formål at gennemføre WIPO-traktaten om ophavsret i medlemsstaterne. Således som Domstolen imidlertid bemærkede i dommen i sagen Peek & Cloppenburg, skal unionsretsfor skrifter så vidt muligt fortolkes i lyset af international ret, navnlig når disse forskrifter netop har til formål at gennemføre en international aftale indgået af EU³⁶. Det skal derfor heraf udledes, at fortolkningen af direktiv 2001/29, som tilsigter at gennemføre visse internationale forpligtelser i WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer, der vedrører henholdsvis beskyttelse af ophavsmænd og beskyttelse af udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammer, der blev vedtaget i Genève den 20. december 1996³⁷, skal foretages i lyset af de fælles erklæringer til WIPO-traktaten om ophavsret, hvorefter konsumtionen af den ret til udbredelse, som traktatens artikel 6, stk. 2, redegør for, udelukkende vedrører »fikserede kopier, der kan bringes i omsætning som rørlige ting«.

70. Disse argumenter finder jeg ikke helt overbevisende.

34 — Jf. beretningens s. 18.

35 — Min fremhævelse.

36 — Præmis 30 og den deri nævnte retspraksis.

37 — Jf. 15. betragtning til dette direktiv.

71. For det første er det i modsætning til det af Kommissionen anførte ikke min opfattelse, at spredningen af et edb-program ved download fra internettet kan undslippe kvalifikationen af »spredningsret« for at være omfattet af definitionen på retten til overføring til almenheden, der er omfattet af artikel 3, stk. 2, i direktiv 2001/29. Denne fortolkning støder efter min opfattelse mod to grundlæggende indvendinger.

72. Selv om det for det første anerkendes, at de generelle bestemmelser i direktiv 2001/29, som netop har til formål at tilpasse ophavsretten til det digitale miljø, kan give vejledning til fortolkningen af særbestemmelserne i direktiv 2009/24, der begrænser sig til at kodificere direktiv 91/250, der blev vedtaget inden internettets ekspansion, skal det ikke desto mindre fastslås, at artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2001/29 præciserer, at det ikke »berører [...] de gældende [EU-retlige] bestemmelser om [...] retlig beskyttelse af edb-programmer«. For så vidt som direktiv 2009/24 på ingen måde henviser til begrebet retten til overføring og definerer spredningsretten på den bredest mulige måde som omfattende »enhver form for offentlig spredning [...] af det originale edb-program eller kopier deraf«, forekommer det mig vanskeligt på bekostning af en samlet læsning af disse på direktiver at antage, at retten til tilrådighedsstillelse for almenheden i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 finder anvendelse på edb-programmer. Jeg tror i øvrigt ikke, at dommen i sagen *Bezpečnostní softwarová asociace*, som Kommissionen har påberåbt sig til støtte for sit ræsonnement, kan fortolkes på denne måde³⁸.

73. Dernæst skal artikel 3 og 4 i direktiv 2001/29, da der ikke i dette direktiv er nogen definition på retten til overføring til almenheden, til tilrådighedsstillelse for almenheden og til spredning, så vidt muligt fortolkes i lyset af WIPO-traktaten om ophavsret³⁹. Traktatens artikel 6, stk. 1, henviser imidlertid til retten til udbredelse som retten til at tillade, at originalen eller kopier af værker gøres tilgængelige for almenheden »gennem salg eller anden overdragelse af ejendomsretten«. Denne bestemmelses ordlyd er utvetydig. En overdragelse af ejendomsretten omdanner åbenbart en simpel overføringshandling til en udbredelsehandling.

74. For det andet er de angivelser, der findes i betragtningerne til direktiv 2001/29, hverken klare eller entydige.

75. En modsætningsvis forståelse af den første sætning i 28. betragtning til dette direktiv, som bestemmer, at »[o]phavsretlig beskyttelse efter dette direktiv omfatter [40] eneretten til at kontrollere spredning af et værk, der indgår i et fysisk gode«, medfører imidlertid, at denne ret ligeledes omfatter andre former for spredning. Den anden sætning i denne betragtning, som vedrører konsumtion, begrænser ikke konsumtionen til en bestemt form for spredning.

76. 29. betragtning til direktiv 2001/29 er heller ikke uden tvetydighed. Selv om den forekommer at være til hinder for salg af varer, for hvilke konsumptionsreglen gælder, i modsætning til præstation af tjenesteydelser, for hvilke denne regel ikke finder anvendelse, gælder det ikke desto mindre, at begrebet onlinetjenesteydelser, således som det er defineret i EU-retten, omfatter onlinesalg af varer⁴¹. Hvis man således skal holde sig til denne betragtnings ordlyd, skal konsumptionsreglen ikke finde anvendelse i tilfælde af onlinekøb af en cd-rom, hvorpå findes en kopi af edb-programmet. Sondringen i henhold til, om salget er et fjernsalg eller ej, forekommer mig imidlertid at være uden relevans for anvendelsen af denne regel.

38 — Jeg kan ikke se, hvordan det kan udledes af denne afgørelse om grafiske brugerinterfaces, at retten til tilrådighedsstillelse i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 finder anvendelse på edb-programmer, når Domstolen netop udtalte, at grafiske brugerinterfaces ikke er en form for edb-program.

39 — Jf. punkt 69 i dette forslag til afgørelse.

40 — Min fremhævelse.

41 — Jf. i denne retning 18. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (herefter »direktivet om elektronisk handel«) (EFT L 178, s. 1).

77. Hvis for det tredje artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 fortolkes således, at konsumptionsreglen er udelukket i tilfælde af download fra internettet, selv om edb-programmer i meget vidt omfang spredes ved denne form for markedsføring, indebærer det, at denne regels anvendelsesområde mærkbart begrænses, og dermed at den frie omsætning begrænses.

78. Selv om artikel 36 TEUF bestemmer, at sådanne restriktioner kan være begrundet i bl.a. beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, fremgår det imidlertid af fast retspraksis, at en undtagelse, der bygger på denne begrundelse, kun kan anerkendes, for så vidt som den er berettiget af hensyn til sikring af rettigheder, der er det særlige genstand for denne ejendomsret⁴². Dette princip indebærer, at der for hver berørt intellektuel ejendomsret skal fastsættes de betingelser, hvorunder denne ret skal anses for at være i overensstemmelse med EU-retten eller ej.

79. Jeg tvivler dog på, at det forhold, at rettighedshaveren kan forhindre en person, som behørigt har erhvervet ejendomsretten til en kopi af et edb-program, at videresælge dette, er omfattet af sikringen af de rettigheder, som udgør ophavsrettens særlige genstand.

80. Domstolen efterprøver i sin bedømmelse af lovligheden af undtagelser til den frie omsætning, om indehaveren af ophavsretten blev frataget det vederlag, som han er berettiget til.

81. Domstolen udtalte i dommen i sagen Football Association Premier League m.fl., efter at have bemærket, at fravigelser fra princippet om frie varebevægelser kun kan tillades, i det omfang disse fravigelser er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, der udgør den omhandlede intellektuelle ejendomsrets særlige genstand, og at denne særlige genstand navnlig er at sikre beskyttelsen af de pågældende rettighedshaveres adgang til kommercielt at udnytte de beskyttede frembringelsers udbredelse eller tilrådighedsstillelse, ved hjælp af licenser, som indrømmes mod betaling af vederlag, at en sådan særlig genstand ikke garanterer de pågældende rettighedshavere muligheden for at gøre krav på det størst mulige vederlag, men udelukkende et passende vederlag, dvs. som står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse for hver brug af de beskyttede genstande⁴³.

82. Domstolen udledte derefter, idet den fastslog, at det tillæg, der betales af radio- og tv-selskaberne for tildelingen af en absolut geografisk eksklusivitet, kan føre til kunstige prisforskelle mellem de opdelte nationale markeder, at betalingen af et sådant tillæg går videre end nødvendigt for at sikre disse indehavere et passende vederlag⁴⁴.

83. Det er min opfattelse, at rettighedshaveren under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede har modtaget et passende vederlag, når han er blevet betalt for tildelingen af en ret til at bruge en kopi af edb-programmet. Selv om det anerkendes, at han kan kontrollere videresalget af denne kopi og i den anledning kræve et nyt vederlag under påskud af, at kunden har lagt kopien på en databærer efter at have downloadet den fra internettet i stedet for, at rettighedshaveren har lagt den på et medium, som er blevet sat til salg, betyder det ikke, at ophavsrettens særlige genstand beskyttes, men at dennes monopol på udnyttelse styrkes.

42 — Jf. dom af 23.4.2002, sag C-143/00, Boehringer Ingelheim m.fl., Sml. I, s. 3759, præmis 28, og af 4.10.2011, forenede sager C-403/08 og C-429/08, Football Association Premier League m.fl., Sml. I, s. 9083, præmis 106 og den deri nævnte retspraksis.

43 — Dommen i sagen Football Association Premier League m.fl., præmis 106-109 og den deri nævnte retspraksis.

44 — Ibidem, præmis 115 og 116.

84. På baggrund af det ovenstående skal den forelæggende rets andet spørgsmål besvares med, at artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 skal fortolkes således, at retten til at sprede en kopi af et edb-program er udtømt, når den rettighedshaver, der har tilladt, at denne kopi downloades på en databærer fra internettet, ligeledes mod vederlag har meddelt en tidsbegrænset ret til brug af nævnte kopi. Enhver tilrådighedsstillelse i EU af et edb-program med henblik på tidsbegrænset brug mod betaling af et engangsvederlag uanset dens form og ved hvilke midler den finder sted udgør et salg som omhandlet i denne bestemmelse.

C – Det første og det tredje spørgsmål

85. Den forelæggende ret har med det første og det tredje spørgsmål i det væsentlige spurgt Domstolen, om erhververen af en licens til brug som »den, der retmæssigt har erhvervet«, i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 omhandlede forstand, kan påberåbe sig konsumptionsreglen i direktivets artikel 4, stk. 2, til at foretage en ny kopi af edb-programmet, når den første erhverver har slettet sin kopi eller ikke længere bruger den.

1. Bemærkninger fra parterne i hovedsagen, regeringerne og Kommissionen

86. UsedSoft har anført, at konsumptionsprincippet fratages sit indhold, hvis det antages, at rettighedshaveren ikke kan kontrollere den senere spredning af programkopier, men at han skal fortsætte med at kontrollere de anvendelsehandlinger, som nødvendiggør en reproduktion af programmet.

87. UsedSoft har tilføjet, at det forhold, at den første erhverver sletter eller ikke længere bruger sin kopi af edb-programmet, gør det muligt at garantere, at den software, som producenten har overdraget, ikke er genstand for en dobbelt, eller flerdobbelt, brug.

88. Ifølge Oracle vedrører begrebet »den, der retmæssigt har erhvervet«, i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 kun den erhverver, der i medfør af en licensaftale er berettiget til at bruge edb-programmet, mens begrebet »benytte[else] efter [edb-programmets] formål« vedrører en brug, der er i overensstemmelse med den brugsret, som rettighedshaveren har tildelt, således at den i givet fald skal defineres på grundlag af relevante bestemmelser i licensaftalen, som definerer brugsrettens art og rækkevidde.

89. Oracle har tilføjet, at konsumtionen kun vedrører retten til at sprede den kopi af edb-programmet, der er bragt i omsætning, og ikke kan påvirke den brugsret, som omfatter en reproduktionsret, for så vidt angår edb-programmer, hvis brug indebærer en reproduktion.

90. Ifølge Oracle, som ræsonnerer analogt med varemærkeretten, er betydningen af og formålet med konsumptionsprincippet ikke at give andre end rettighedshaveren den nødvendige retlige beføjelse til at opdele og afmontere den oprindelige brugsret, som svarer til et bestemt antal brugere, i flere supplerende brugsrettigheder. Praksis med videresalg af »brugte« licenser medfører herudover den ulempe, at det gøres umuligt at markedsføre licenser til nedsatte priser for at lette økonomisk svage grupper af brugeres, såsom uddannelsesinstitutioner, mulighed for at bruge programmerne.

91. Oracle har ligeledes gjort gældende, at hverken rettighedshaveren eller den efterfølgende køber kan efterprøve, om den første erhverver faktisk har slettet sin kopi eller ikke bruger den længere.

92. Den franske regering, Irland og den italienske regering har i det væsentlige anført, at det kun er den person, der har en ret til at bruge edb-programmet fra rettighedshaveren, der kan anses for »den, der retmæssigt har erhvervet«, i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 omhandlede forstand. Den franske regering og Irland har endvidere redegjort for, at den person, som ikke har erhvervet licensen fra rettighedshaveren, og som dermed ikke er den, der retmæssigt har erhvervet, ikke kan påberåbe sig konsumptionsreglen.

93. Den spanske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at den forelæggende rets tredje spørgsmål ikke skal besvares, eftersom det andet spørgsmål er besvaret benægtende, idet det er deres opfattelse, at den person, som kan støtte ret på, at spredningsretten er udtømt, er »den, der har retmæssigt erhvervet«, i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 omhandlede forstand.

2. Min bedømmelse

94. Svaret på dette spørgsmål indebærer efter min opfattelse en sondring mellem spredningsretten, som udtømmes, og reproduktionsretten, som ikke udtømmes.

95. Det er i denne sag ubestridt, at den af Oracle tildelte licens til brug gør det muligt at reproducere edb-programmet ved at tilslutte sig Oracles internetside. Det følger efter min opfattelse heraf, at overdragelsen af brugsrettighederne i henhold til denne licens ikke er omfattet af spredningsretten, men af reproduktionsretten.

96. Selv om videresalget af den downloadede kopi er omfattet af spredningsretten, vedrører overdragelsen af en licens til brug, således som leveret af Oracle til selskabets kunder, udøvelsen af eneretten til reproduktion, eftersom den gør det muligt at fiksere en ny programkopi ved download fra internettet eller ved reproduktion på grundlag af en kopi, som brugeren allerede er i besiddelse af.

97. Det fremgår imidlertid klart af ordlyden af artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24, at konsumptionsprincippet udelukkende vedrører spredningen af en kopi af edb-programmet og ikke kan ændre reproduktionsretten, som ikke kan skades uden at selve ophavsrettens genstand ændres.

98. I øvrigt forekommer dette direktivs artikel 5, stk. 1, mig ikke at tillade, at denne hindring omgås. Efter min opfattelse er formålet med denne bestemmelse begrænset til at give den, der allerede er i besiddelse af en kopi af edb-programmet, mulighed for at foretage en reproduktion af denne kopi, som han kan anvende efter dens formål. Det er derimod ikke tilladt den, der ikke allerede er i besiddelse af en kopi af programmet, at reproducere dette, heller ikke for at anvende det efter dets formål, men ganske enkelt at anvende den. Herudover kan denne bestemmelse, som tager forbehold til anvendelsen af særlige aftalevilkår, efter min opfattelse kun finde anvendelse på en erhverver, der er aftalemæssigt forbundet med rettighedshaveren.

99. Det forekommer mig ikke muligt på det nuværende lovgrundlag at udstrække konsumptionsreglen, hvis væsen er forbundet med spredningsretten, til reproduktionsretten. Jeg er bevidst om, at denne begrænsning af reglen til kun at omfatte den kopi, der er lagret på en databærer, efter at den er blevet downloadet, i praksis begrænser rækkevidden, men selv om den kan finde støtte i behovet for at bevare den nyttige virkning af konsumptionsreglen og at lade den frie omsætning af varer og tjenesteydelser være fremherskende, forekommer den modsatte løsning, som fører til at udvide konsumptionsreglen

til en rækkevidde, der går ud over det, unionslovgiver forudsatte⁴⁵, mig ikke at kunne anvendes uden at bringe retssikkerhedsprincippet, som bestemmer, at det europæiske regelsæt skal være forudsigeligt, i fare.

100. Jeg udleder af det ovenstående, at artikel 4, stk. 2, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 skal fortolkes således, at den anden erhverver i tilfælde af videresalg af kopien af et edb-program ikke kan støtte ret på, at spredningsretten til denne kopi er udtømt, for at foretage reproduktion af programmet ved at lave en ny kopi, selv om den første erhverver har slettet sin kopi eller ikke bruger den længere.

V – Forslag til afgørelse

101. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare Bundesgerichtshof som følger:

- »1) Artikel 4, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer skal fortolkes således, at retten til at sprede en kopi af et edb-program er udtømt, når den rettighedshaver, der har tilladt, at denne kopi downloades på en databærer fra internettet, ligeledes mod vederlag har meddelt en tidsbegrænset ret til brug af nævnte kopi.

Enhver tilrådighedsstillelse i EU af et edb-program med henblik på tidsbegrænset brug mod betaling af et engangsvederlag uanset dens form og ved hvilke midler den finder sted udgør et salg som omhandlet i denne bestemmelse.

- 2) Artikel 4, stk. 2, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 skal fortolkes således, at den anden erhverver i tilfælde af videresalg af kopien af et edb-program ikke kan støtte ret på, at spredningsretten til denne kopi er udtømt, for at foretage en reproduktion af en ny kopi, selv om den første erhverver har slettet sin kopi eller ikke bruger den længere.«

45 — Det skal i øvrigt bemærkes, at Kommissionen i sin meddelelse til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget af 11.1.2012 om en sammenhængende ramme til styrkelse af tilliden til det digitale indre marked for e-handel og onlinetjenester (KOM(2011) 942 endelig) anfører, at den vil igangsætte en aktion med henblik på at »sørge for hurtig og ambitiøs iværksættelse af den europæiske strategi for intellektuelle ejendomsrettigheder, især [...] en fornyet analyse af direktiv [2001/29]« (jf. punkt 2 i hovedaktionerne, s. 8).