
December 2012

Fritt fram för vidareförsäljning av programvarulicenser?

EU-domstolen har genom ett avgörande den 3 juli i år (mål nr. C-128/11) slagit fast att licensgivare som upplåter licenser på obestämd tid inte genom licensavtalet kan förbjuda vidareförsäljning av exemplaret av programvaran. I denna artikel redogörs för huvuddragen i domstolens bedömning och vilka praktiska följder avgörandet kan förväntas få för försäljning och licensiering av programvara.

Bakgrund

Oracle utvecklar och säljer datorprogram och Oracle innehar upphovsrätten till dessa program. I det nu aktuella fallet rörde det sig om en programvara som Oracle tillhandahöll i form av s.k. Client Server-Software vilken uppläts till kunder genom nedladdning och tecknande av licensavtal. I varje licens ingick 25 användare. Genom licensavtalet som kunden var tvungen att godkänna för att ladda ned programvaran erhöll kunden *"uteslutande för sitt interna affärssyfte en i tiden obegränsad, ej överlåtbar och kostnadsfri icke-exklusiv nyttjanderätt till programmet"*. Det tyska bolaget UsedSoft bedrev i sin tur handel med använda programvaru- och användarlicenser från Oracles datorprogram genom att köpa ej utnyttjade användarlicenser från Oracles kunder och sedan sälja dem vidare.

UsedSoft fälldes i både första och andra instans i nationell domstol i Tyskland för intrång i Oracles rättigheter. UsedSoft överklagade emellertid till Bundesgerichtshof som i sin tur begärde förhandsavgörande från EU-domstolen för att klargöra hur artikel 4 och 5 i direktiv 2009/24 ("Direktivet") skulle införlivas i tysk rätt.

EU-domstolens bedömning och tillämpning av konsumtionsprincipen

UsedSoft anförde som stöd för sin talan att Oracles rätt att begränsa vidareförsäljning inte längre var giltig med hänvisning till den s.k. konsumtionsprincipen som anges i artikel 4 i Direktivet. Konsumtionsprincipen är en immaterialrättslig princip som innebär att rättighetsinnehavarens rätt att begränsa spridningen av exemplar av immaterialrättsskyddat material inte kan göras gällande efter att exemplaret satts på marknaden med rättighetshavarens samtycke. Den s.k. spridningsrätten till exemplaret är alltså i och med den första försäljningen *konsumerad*.

Oracle menade å sin sida att konsumtionsprincipen endast avser fysiska varor och exemplar och att principen inte kan tillämpas vid tecknande av licensavtal och därpå följande nedladdning av programvara. Därmed skulle Oracles exklusiva

December 2012
**Fritt fram för
vidareförsäljning av
programvarulicenser?**

spridningsrätt kvarstå, vilket skulle innebära att licensvillkoret "ej överlåtbar" skulle förbjuda UsedSofts vidareförsäljning av Oracles programvara. Till stöd för att konsumtionsprincipen endast kan tillämpas avseende fysiska exemplar angavs bland annat att upplåtelse av mjukvara och försäljningen/upplåtelsen av den nu aktuella programvaran inte kan innebära en övergång av äganderätten utan endast en nyttjanderätt till programvaran, vilken inte kan konsumeras.

Vid en samlad bedömning av den transaktion som Oracles försäljning av programvaran utgör ansåg dock domstolen, till UsedSofts favör, att det är fråga om en försäljning som är att likställa med en försäljning av ett exemplar av programvara på ett fysiskt medium. Eftersom kunden fått en i tiden obegränsad nyttjanderätt till kopian av programvaran och den ekonomiska ersättningen som kunden erlagt motsvarade det ekonomiska värdet av kopian ansåg domstolen att försäljningen av licensen skulle innebära en övergång av äganderätten till kopian. Med utgångspunkt i att försäljningen av licensen skulle likställas med en äganderättsövergång av ett exemplar av programvaran ansåg domstolen att konsumtionsprincipen som anges i artikel 4.2 i Direktivet skulle vara tillämplig på Oracles försäljning av licenser och att UsedSofts vidareförsäljning av licenserna därmed var tillåten, trots att licensvillkoren anger att programvaran är "ej överlåtbar".

Avgörandet innebär en utvidgning av konsumtionsprincipen genom att domstolen skapat en modell för hur en digital produkt ska kunna likställas med ett fysiskt exemplar. Nedan redogörs för några av de konsekvenser som vi bedömer att domen kan komma få för försäljning och licensiering av programvara i praktiken.

Eventuell ökning av tidsbegränsade licenser

Domstolen har knutit själva äganderättsövergången till att licensen upplåtits för obegränsad tid. Av detta kan slutsatsen dras att användarrättigheter som upplåtits för obegränsad tid, med eller utan rätt till uppdateringar och service, kan vidareöverlätas utan begränsning och utan att rättighetsinnehavaren kan hindra sådan vidareförsäljning. Användare som inte längre har behov av programvaran får alltså sälja licensen vidare även om det enligt licensvillkoren är otillåtet.¹

En relativt enkel åtgärd för att undvika att "träffas" av konsumtionsprincipen är att ett endast utge tidsbegränsade licenser eftersom det enligt domstolens bedömning då inte är att betrakta som en äganderättsövergång. Det kan dock rimligen antas att tidsbegränsningen i sådant fall bör vara så kort att den även i praktiken får en relevant inverkan på köpbeslutet och inte bara är en teoretisk begränsning långt efter det att programvaran ändå inte längre skulle användas. I annat fall finns möjligen en risk för att konsumtionsprincipen ändå "träffar" licensen.

Tillhandahållande av programvara som tjänst

I stället för att justera licensvillkoren kan det vara mer attraktivt att ändra formen för transaktionen som sådan. Redan idag är en betydande del av programvarumarknaden

¹Dock anger domstolen uttryckligen att fleranvändarlicenser inte kan delas. Om en licens omfattar ett specifikt antal användare eller installationer måste hela licensen omfattas av vidareförsäljning för att den ska vara tillåten. För det fall kunden köpt en licens för tio användare kan kunden alltså inte sälja vidare licensen avseende fem användare och fortsätta använda de kvarvarande fem.

December 2012**Fritt fram för vidareförsäljning av programvarulicenser?**

molnbaserad och eftersom tjänster (vilket även uttryckligen anges i domen) inte omfattas av konsumtionsprincipen kan en lösning vara att erbjuda en programvara genom s.k. Software-As-A-Service ("SAAS"), där tillgång till programvaran erbjuds online vid varje användning, och ingen eller mycket begränsad nedladdning sker. En sådan förändring av formen för transaktionen är dock betydligt mer komplex än justering av licensvillkoren och innebär ofta en helt ny affärsmodell med såväl sekretess- och integritetsavvägningar som ett nytt avtalsförhållande avseende den eventuella molntjänsten.

Sammanfattningsvis kommer domen sannolikt innebära att den flytt över till molnet och SAAS vi redan nu ser att accelereras för sådan programvara som detta är möjligt för.

Ökade säkerhetsåtgärder

Vidareförsäljning av mjukvaran förutsätter att programvaran på den första användarenheten raderas. Sådan radering kan naturligtvis vara svår för rättighetsinnehavaren att kontrollera. För att säkerställa att vidareförsäljning sker på korrekt sätt så att programvaran raderas vid en vidareöverlåtelse av densamma kommer programvaruproducenterna sannolikt att behöva se över möjligheterna att kontrollera användningen och/eller aktiveringen av respektive licens. Det är troligt att ökade säkerhetsåtgärder i form av produktionsnycklar, lösenordskrav och registrering för varje aktivering av utgivna licenser kommer att öka för att stävja de ökade möjligheterna till piratkopiering eftersom domen kan öppna upp för oseriösa aktörer.

Hantering av service- och uppgraderingsåtaganden

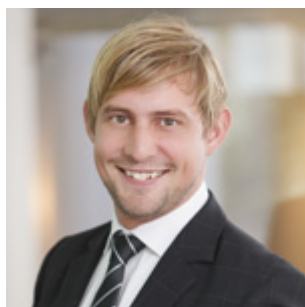
Domstolen anger även att service- och uppgraderingsåtaganden som utgör en integrerad del av den nedladdade programvaran inte utgör ett hinder för konsumtionen av själva programvaran. Även programvara som blivit justerad och uppdaterad och därför inte nödvändigtvis utgör exakt samma programvara som initialt såldes ska anses omfattas av konsumtionen och vara tillåten att sälja vidare. Domstolen är dock relativt vag i denna del och vi kan komma att få se en del gränsdragningsproblematik såvitt avser bedömningen av vilka uppdateringar och utförda serviceåtgärder som ska omfattas av konsumtionen och därmed kan vidareöverlåtas.

Ny konkurrenssituation

Då konsumenter lagligen kan komma att erbjudas begagnad programvara, inklusive uppdaterad och justerad sådan, kan programvaruproducenter komma att hamna i situationen att de konkurrerar med andra aktörer avseende försäljningen av sin egen programvara, såväl avseende samma version, som i konkurrens mellan olika versioner. Programvaruproducenter som tidigare helt kunnat kontrollera sin konkurrenssituation har nu istället skäl att ta höjd för att nya presumtiva kunder kan komma att välja en äldre version, vilket kan komma att påverka både prissättning av mjukvara och hur/när nya versioner lanseras på marknaden.

December 2012**Fritt fram för vidareförsäljning av programvarulicenser?****Konsekvenser**

Den hittills alltjämt rådande synen på konsumtion av den exklusiva spridningsrätten till immaterialrättsskyddat material har, i enlighet med Oracles argumentation ovan, byggts på att rätten konsumerats avseende ett fysiskt exemplar. Spridningsrätten till musiken på en CD-skiva har konsumerats när CD-skivan satts på marknaden med rättighetshavarens samtycke och därefter kan CD-skivan överlåtas fritt. Musiken på CD-skivan får däremot inte kopieras till nytt medium utan konsumtionen är knuten till det fysiska mediet/exemplaret. Dagens effektiva internetuppkopplingar och nya konsumtionsmönster online möjliggör dock att allt fler immateriella objekt inte längre behöver ett fysiskt medium att säljas över för att användas. I den digitala miljön existerar sällan fysiska exemplar; musik lyssnas på genom exempelvis iTunes och Spotify utan fysiska exemplar av CD-skivor, böcker läses genom läsplattor och programvara installeras genom nedladdningar. Att EU-domstolen genom rättsfallet nu utvidgar den immaterialrättsliga konsumtionsprincipen och anger att spridningsrätten kan konsumeras även utan ett fysiskt medium och utan överlåtelse av ett fysiskt exemplar är därför ett principiellt steg som kan komma att få betydande konsekvenser. Det ska dock noteras att domstolen uttryckligen anger att domen endast gäller Direktivet och domstolen har därmed begränsat avgörandet till att endast avse programvara. Rättsfallet ska alltså inte tillämpas analogt för alla typer av upphovsrättsskyddat material som förekommer digitalt. Men även om domstolen uttryckligen anger att det är fråga om tolkning av s.k. lex specialis, d.v.s. endast tillämpning av Direktivet, är det inte irrelevant att reflektera över vad en motsvarande tolkning skulle innebära inom andra områden. Om exempelvis musik från iTunes, e-böcker från Amazon eller ljudböcker från Adlibris skulle anses tillåtna att sälja vidare fritt skulle detta få omfattande konsekvenser för en stor del av konsumtionen online och hur den kommer att vara utformad i framtiden.



Henrik Almström,
Associate



Siri Mårtensson,
Associate