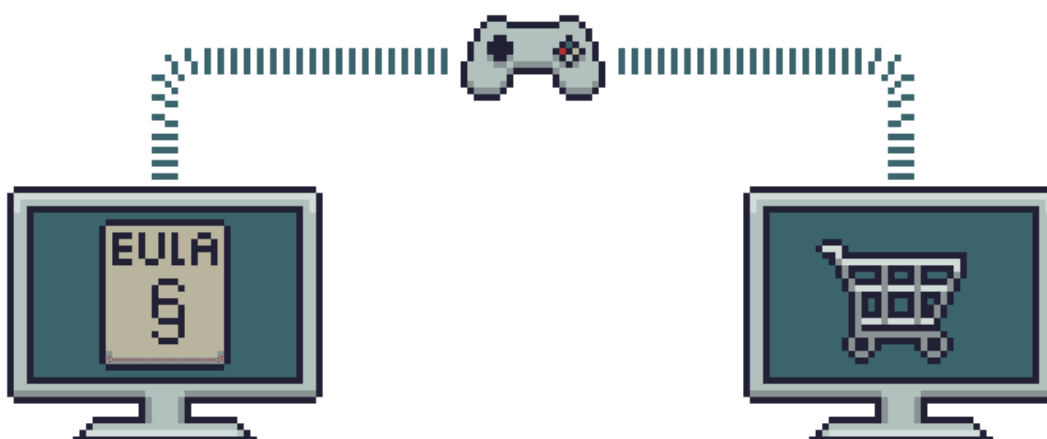


Slutbrugeraftalevilkår i Videospil: Et Ophavsretligt Perspektiv

Af Nicklas Nymark Christensen & Jens Hollensen



AALBORG UNIVERSITY
DENMARK

Kandidatspeciale i Erhvervsøkonomi og Jura

Titelblad

Dansk titel

Slutbrugeraftalevilkår i Videospil: Et Ophavsretligt Perspektiv

English title

End User License Agreement Terms in Video Games in a Copyright Perspective

Forfattere:

Jens Christian Hollensen

(studienummer: 20144094)

Nicklas Nymark Christensen

(studienummer: 20146494)

Vejleder

Marie Jull Sørensen

Antal anslag: 143712

Abstract

When purchasing video games, most sellers require that the consumer agree to a so called end user license agreement (EULA), which specifies a number of terms and conditions between the two parties. Several of these terms relates to the copyright of both the video game itself and content that the user (consumer) might generate and add to the game.

A recent ruling from a Paris court has determined that such terms in Valve's Steam Subscriber Agreement, along with a number of other terms, were unfair according to French consumer protection laws and French copyright law. This decision has sparked some debate, as critics believe that this might hurt video game developer's ability to sell copies of their works.

While the application of the software directive to video games might seem obvious, it is important to note that several aspects of a videogame, such as graphics and sound, is excluded from this directive. A somewhat vaguely formulated stance on this was adopted in Nintendo vs PC Box by the CJEU, in which it appears that video games as a whole are only protected by the InfoSoc directive. Even more recent case law suggests that digital content sold through online downloads is not considered a distribution in the eyes of the InfoSoc directive and thus no consumptions of rights happen.

This paper concludes that a term, which specifies that a videogame is a license rather than a sale, and thus unable to be legally resold, is unlikely to be considered unfair, with respects to the unfair terms directive, provided it only pertains to online sales. The current regime of EU copyright law does not allow for an interpretation in which a physical sale of a videogame does not constitute a distribution with regards to the InfoSoc directive.

Furthermore it concludes that, while a transfer of rights or a perpetual license to user generated content without any remuneration for its creator is not prohibited, it is likely to be considered unfair as it provides a significant imbalance between the two parties.

Indholdsfortegnelse

Titelblad	2
Abstract	3
Kapitel 1 - Indledning og metode	7
1.1 Indledning	7
1.2 Problemformulering	9
1.3 Problemafgrensning	10
1.4 Metode og retskilder	10
1.4.1 Retsdogmatik	10
1.4.2 Retskilder	11
1.5 Projektets opbygning	13
Kapitel 2 - Kontekst for problemstillingen	14
2.1. Køb af Videospil og Slutbrugeraftaler	15
2.1.1. Baggrunden for problemstillingen - den franske dom	16
2.2. Begrebsdefinition	17
2.2.1 Slutbrugeraftaler	17
2.2.2. Brugergenereret indhold	17
2.2.3. Erhvervsdrivende og forbruger	18
2.2.4. Videospil, udbydere og programmer	18
2.2.8. E-bog	19
Kapitel 3 - Retlig ramme	19
3.1 Den primære EU-ret	19
3.2 Forbrugerret	20
3.2.1 Hvad er en "forbruger"	20
3.2.2 Hvad er en "erhvervsdrivende"	21
3.2.3 Urimelige kontraktvilkår	22
3.2.3.1 Anvendelsesområde for direktivet om urimelige kontraktvilkår	23
3.2.3.2 Aftalevilkår der ikke har været genstand for en forhandling	23
3.2.3.3 Varens type og omstændighederne ved aftaleindgåelsen	24
3.2.3.4 Aftalens hovedgenstand	25
3.2.3.5 Overensstemmelsen mellem pris og varer	27
3.2.3.6 Gennemsigtighedskravet i art 4, stk. 2, samt artikel 5.	28

3.2.3.7	Urimelighedsvurderingen	30
3.2.3.7.1	Kravet om god tro	33
3.2.3.7.2	Betydelig skævhed i parternes rettigheder	34
3.2.3.8	Gråliste til direktivet 93/13	35
3.2.3.9	Håndhævelse i forhold til direktivet om urimelige kontraktvilkår	35
3.3	Ophavsret	37
3.3.1	Hvornår opstår den	37
3.3.2	InfoSoc-Direktivet	38
3.3.3	EDB-direktivet	38
3.3.4	Rettighedens overgang til tredjemand	39
3.3.5	Tildelte rettigheder	40
3.3.5.1	Reproduktion	40
3.3.5.2	Overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden	41
3.3.5.3	Spredning	42
3.3.6	Konsumtion	42
3.3.7	C-128/11, UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp., (UsedSoft)	43
3.3.8	C-263/18, Tom Kabinet mod Nederlands Uitgeversverbond (Tom Kabinet)	45
Kapitel 4	Analyse af slutbrugeraftalevilkår	46
4.1	Hovedtema 1 - Brugergenereret indhold	47
4.1.1	Har kontraktvilkåret været genstand for en individuel forhandling?	47
4.1.2	Er kontraktvilkåret omfattet af begrebet aftalens hovedgenstand	48
4.1.3	Overensstemmelse mellem pris og varer	48
4.1.4	Urimelighedsvurderingen	49
4.1.4.1	Er Brugergenereret indhold beskyttede værker?	49
4.1.4.2	Er brugergenereret indhold et "EDB-program"?	51
4.1.4.3	Formuleringen af vilkåret	53
4.1.4.4	Kan rettigheden overdrages	53
4.1.4.5	Betydelig skævhed i parternes rettigheder	53
4.2	Hovedtema 2 - Retten til videresalg	54
4.2.1	Har kontrakt vilkåret været genstand for en individuel forhandling?	55
4.2.2	Er kontraktvilkåret omfattet af begrebet "aftalens hovedgenstand"	55
4.2.3	Er kontrakvilkåret omfattet af "overensstemmelse mellem pris og varer"	56
4.2.4	Urimelighedsvurderingen	56
4.2.4.1	EDB-direktivet eller InfoSoc?	56
4.2.4.2	Spredning eller overføring til almenheden?	59
4.2.4.3	Betydelig skævhed i parternes rettigheder på trods af kravene om god tro	62
5.1	'New public' kriteriet i henhold til konsumtion	63
5.2	Er brugergenereret indhold 'sammensat materiale'?	64

Kapitel 6 - Konklusion	65
6.1 Hovedtema 1	65
6.2 Hovedtema 2	66
6.3 Sammenfatning	67
Kapitel 7 - Perspektivering til praksis	68
7.1. Perspektivering - steam og den franske domstol	68
7.1.1 Hovedtema 1	68
7.1.2 Hovedtema 2	69
Kapitel 8 - Litteraturliste	72
8.1 Bøger	72
8.2 Retspraksis	73
8.2.1 EU Domstolens afgørelser	73
8.2.2 Anden retspraksis	74
8.3 Anvendt regulering	74
8.3.1 EU direktiver	74
8.3.2 Anden lovgivning	75
8.4 Andre kilder	75
8.4.1 Generaladvokatens forslag til afgørelse	75
8.4.2 Den Europæisk Domstols Pressemeldelse	75
8.5 Videnskabelige artikler	75
8.6 Andre artikler	76

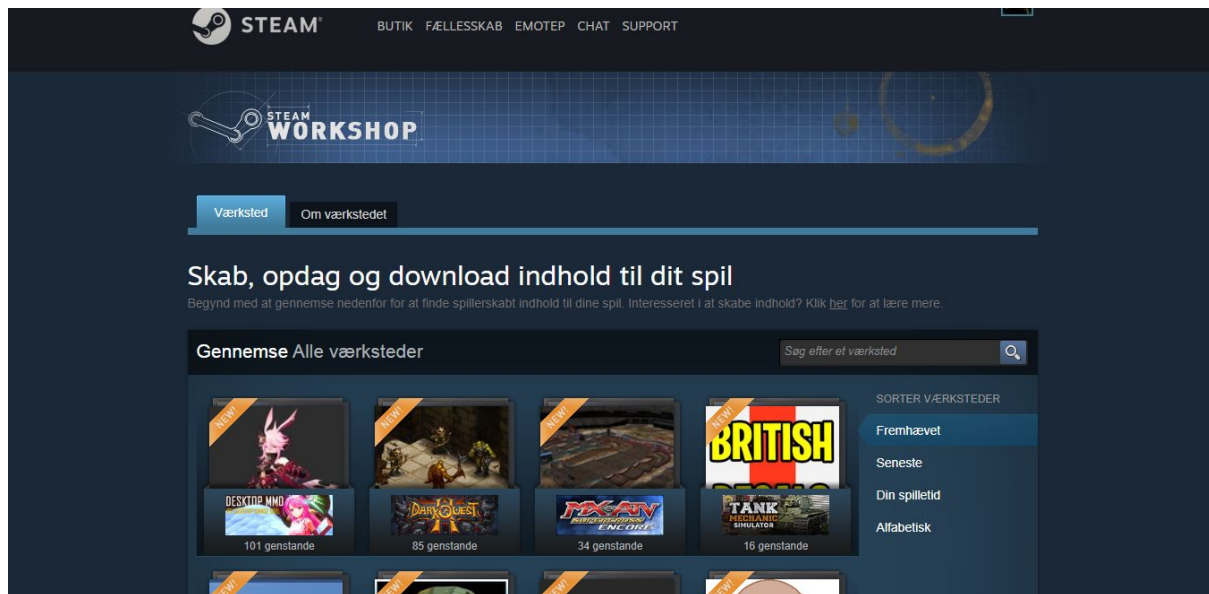
Kapitel 1 - Indledning og metode

1.1 Indledning

I september 2019 bestemte den franske domstol, at en række aftalevilkår i slutbrugeraftalen på den populære spilplatform Steam, som udbydes af den Amerikanske software virksomhed Valve, ikke kunne gøres gældende over for forbrugeren. To af disse vilkår var relevante i henhold til ophavsretten, da det var urimeligt i henhold til fransk forbrugerlovgivning at forbrugeren ved indgåelse af aftalen samtidig overgav alle rettigheder til brugergenereret indhold, samt at købsaftalen alene udgjorde en licens og ikke et køb. Sagens udfald har været genstand for en del omtale, da den kan have vidtrækkende betydning for forbrugere, udviklere og udbydere af videospil. Det er endnu uvist om EU-domstolen vil tilslutte sig lignende synspunkter som den franske domstol, men problemstillingen er interessant, da sammenlignelige vilkår findes i talrige slutbrugeraftaler blandt videospil og spilplatforme. I januar 2020 udgav Blizzard Entertainment spillet *Warcraft III: Reforged*, som hurtigt blev mødt af kritik, da slutbrugeraftalen specificerede at indhold skabt af brugerne til spillet automatisk tilfalder Blizzard Entertainment. Den tidligere version af spillet, som dette var en genudgivelse af, dannede grundlag for en række populære brugergenererede niveauer, hvor blandt andet hele MOBA genren af videospil oprindeligt stammer fra, som i dag er en af de største inden for spilindustrien.

Gældende regler om ophavsret giver videospilsudviklerer en interesse i, at der ikke sker overdragelse af ejendomsretten til eksemplaret. En sådan konstruktion vil have betydning for hvorvidt forbrugeren har ret til at videresælge eksemplaret og dermed have indflydelse på udviklerens indtægt, når en forbruger køber eksemplaret af en anden forbruger i stedet for at købe det hos udvikleren.

På lignende vis er det også i udviklerens interesse at sikre sig de bedst mulige rettigheder, i forhold til hvordan de kan anvende indhold genereret af brugeren. Mange videospil understøtter tilføjelsen af nyt indhold, og gør det samtidig nemt at dele og installere, for eksempel som Steam der har en særskilt platform til dette.



(Forside på Steam Workshop, kilde: <https://steamcommunity.com/workshop/?l=danish>)

Selvom dette indhold i mange tilfælde er gratis at downloade og gøre brug af, har det utvivlsomt en stor markedsføringsmæssig værdi. Nogle af de størst sælgende titler, såsom Minecraft, The Sims, Warcraft III, The Elder Scrolls: Skyrim har store mængder brugergenereret indhold tilgængeligt, og det har uden tvivl indflydelse på antallet af eksemplarer der kan sælges. På samme måde undgår den erhvervsdrivende at skulle betale kompensation til skaberen af indholdet, samtidig med at dette frit kan anvendes og endda måske inkorporeres i videospillet.

Slutbrugeraftaler i forbindelse med videospil er som regel udarbejdet af den erhvervsdrivende og bliver formentlig accepteret af forbrugeren uden nær overvejelse. Men hvilke vilkår kan den erhvervsdrivende egentlig fremsætte i en aftale om køb af et videospil? Her kommer den omfattende forbrugerretlige beskyttelse i EU ind i billedet, som blandt andet sikrer at den erhvervsdrivende ikke kan gøre urimelige vilkår gældende.

Det kan være relevant for praktikere, som skal udarbejde disse forbrugeraftaler at være bekendt med de potentielle problemstillinger vedrørende ophavsretten, da det kan have vidtrækkende juridiske og økonomiske konsekvenser.

Ligeledes kan det have betydning for brugere, som forsøger at skabe en indkomst ved at lave brugergenereret indhold, som vi for eksempel ser det på platformen Patreon. Såfremt at de ikke ejer

rettighederne til det indhold, som de har lavet, mister de potentielt muligheden for at generere en indkomst, og kan blive mødt med påstande om krænkelse af ophavsretten.

Sluteligt har nogle forbruger hermed også en interesse i at videresælge deres spil. Her er den interesserede personkreds dog formentlig mere selve den erhvervsdrivende, eller en organisation som varetager forbrugerinteresser, som vi så det i Frankrig.

1.2 Problemformulering

Projektet har til hensigt at redegøre for de juridiske problemstillinger, der kan opstå i forbindelse med indgåelse af forbrugerftaler til videospil i forhold til ophavsretten. På baggrund af disse betragtninger arbejder vi ud fra følgende problemformulering:

"Hvilke ophavsretlige og forbrugerretlige problemstillinger opstår der i forbindelse med indgåelse af forbrugerftaler vedrørende køb af videospil i EU?"

Denne problemformulering giver anledning til to primære problemstillinger i projektet, hvor den ene vedrører forbrugers overdragelse af rettigheder af brugergenereret indhold til den erhvervsdrivende, og den anden omhandler omkvalificering af købet til en licensaftale, hvormed at der ikke sker konsumtion af rettigheden til eksemplaret. På den baggrund arbejdes der ud fra følgende to forskningsspørgsmål:

1. "Er slutbrugerftalevilkår hvor forbrugeren uden vederlag overdrager sine rettigheder til brugergenereret indhold, eller udsteder en tidsubegrænset licens til dette, urimelig i henhold til EU direktiv 93/13 om urimelige kontraktvilkår?"
2. "Er slutbrugerftalevilkår hvor det anføres at købet er en licens urimelige, såfremt der er tale om en engangsbetaling for en tidsubegrænset brugsrettighed i henhold til EU direktiv 93/13 om urimelige kontraktvilkår?"

1.3 Problemafgrænsning

Projektet omhandler kontraktvilkår i slutbrugeraftaler mellem forbrugeren og udvikleren eller udgiveren af et videospil og spilplatforme (den erhvervsdrivende). Det er udelukkende vilkår i forhold til brugergeneret indhold, eller vilkår i tilknytning til om hvorvidt der er tale om et køb eller en licens for det pågældende videospil, der behandles i dette projekt. Fælles for vilkårene er, at de begge angår ophavsretten, hvormed ophavsret bliver centralt for at vurdere, om der er tale om et urimeligt aftalevilkår, i forhold til den EU retlige regulering heraf. Selvom der tages udgangspunkt i et forbrugerretligt perspektiv, er en udførlig gennemgang af de relevante regler og retspraksis af ophavsretten nødvendig, da det ellers ikke kan afgøres om kontraktvilkårene kan anses for urimelige, og dermed ikke bindende for forbrugeren. I forbindelse med rettighedsoverdragelse af brugergenereret indhold tages der ikke stilling til de beslægtede beskyttelsesrettigheder, såsom beskyttelse for fotografier, som ikke er værker i ophavsretlig forstand.

Da videospil udvikles flere steder i verdenen, og oftest udbydes på tværs af landegrænser, er multilaterale forhold næsten altid i spil i sådanne aftaler. Dette projekt tager i den forbindelse udgangspunkt i den EU retlige regulering af disse forhold, da der hermed kan siges noget om retstilstanden på tværs af EUs medlemsstater, uden konkret at skulle tage stilling til national lovgivning i hver af medlemsstaterne. Herved afgrænses projektet over for internationale forhold uden for EU. Det er alene forhold mellem forbrugere inden for EU og erhvervsdrivende inden for EU der vil behandles.

1.4 Metode og retskilder

1.4.1 Retsdogmatik

Projektet beskriver en række juridiske problemstillinger, som kan opstå i forbindelse med indgåelse af slutbrugeraftaler vedrørende videospil. Som nævnt tager projektets problemstillinger afsæt i en praktisk virkelighed, og hvilke juridiske konsekvenser dette kan have. Dette betyder at de faktiske fænomener ikke undersøges empirisk.

Analysen i dette projektet bygger på en retsdogmatisk tilgang, hvilken har til formål at anvende retskilderne til at nå til det resultat, som beskriver gældende ret.¹ Ved hjælp af den retsdogmatiske metode vil projektet således analysere og beskrive retstilstanden. Undersøgelsen af retstilstanden anvendes herefter, i dette projekt, til at tage stilling til hvordan retten er, eller vil være, i et givent eller tænkt praktisk tilfælde.²

Analysen af retstilstanden beror på fortolkning af retskilderne, samt derfra udledte slutninger. Da der ikke forekommer konkret retspraksis på EU plan i forhold til det område, som undersøges i projektet, tages der udgangspunkt i en række EU domme, som angår lignende situationer i forhold til de relevante direktiver. Selve retsreglerne præsenteres i projektets kapitel 3 og danner den retlige ramme, som argumenteres ud fra i projektets kapitel 4. Sammenholdt skabes der et overblik over, hvad gældende ret er i forhold til det område, som er defineret i problemformuleringen. Dette bestræbes på at være en objektiv vurdering af, hvad retstilstanden er, uagtet at situationen på nuværende tidspunkt ikke har været behandlet ved EU-domstolen. Med andre ord forsøger projektet ikke at beskrive, hvad retstilstanden vil udvikle sig til i fremtiden, eller hvad den bør være, men udelukkende hvad den er, ud fra de regler, praksis og hensyn, som en domstol vil lægge vægt på. Selvom analysen løbende inddrager eksempler på både slutbrugerftale vilkår og videospil, som er relevante for problemstillingen, tages der ikke udgangspunkt i en konkret situation, hvor dette alene skal ses som bidrag til forståelsen.

1.4.2 Retskilder

Den primære retskilde i projektet vil være de relevante retsforskrifter angående særligt ophavsret og forbrugerret. Da forbrugerftaler i forbindelse med videospil og andre spilplatforme ofte vil være indgået på tværs af landegrænser, og at der forekommer en vis grad af harmonisering inden for unionen inden for både ophavsret og forbrugerret, vil EU retten være den primære retskilde både i forhold til regulering og retspraksis. Det følger af EU-domstolens praksis, at medlemsstaterne har en pligt til EU konform fortolkning.³ Det vil sige, at der på en lang række områder inden for forbrugerbeskyttelse og ophavsret, burde være en *ensartet* retstilstand i de forskellige medlemsstater. Sideløbende med de nævnte retskilder anvendes en række fagbøger som fortolkningsbidrag til

¹ Tvarnø og Nielsen, 2017, *Retskilder og retsteorier*, s. 29

² Munk-Hansen, 2018, *retsvidenskabsteori*, s. 204

³ Tvarnø og Nielsen, 2017, *Retskilder og retsteorier*, s. 203

gældende ret på området. De centrale retskilder samt deres anvendelse og bidrag til opgaven gennemgås kort nedenfor.

Det centrale direktiv inden for forbrugerretten vil være 93/13 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler.

I Henhold til ophavsretten anvendes især direktiv 2001/29 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, (InfoSoc direktivet) da det har karakter af *lex generalis* i forhold til en række forhold inden for den EU retlige ophavsret. Dernæst er direktiv 2009/24 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EDB-direktivet) særdeles relevant, da anvendelsen heraf har indflydelse på hvilke retspraksis som danner præcedens for situationen. Derudover kan det have betydning for det endnu ikke vedtagne 2019/790 direktiv om ophavsret.

Direktiverne binder medlemsstaterne i forhold til hvilket mål der skal opnås, men ikke præcist hvordan disse mål skal nås.⁴ Medlemsstaterne kan selv vælge hvordan bestemmelserne skal indføres i national lovgivning. Dette følger af TEUF artikel 288, stk. 3. Selvom nogle områder derfor teoretisk er harmoniseret gennem direktiv bestemmelser, vil der stadig kunne være ikke ubetydelige forskelle på tværs af medlemsstaterne i EU, især de tilfælde hvor direktivet ikke er korrekt implementeret i national lovgivning. Da dette projekt angår EU som helhed, er der ikke mulighed for at tage stilling til de konkrete implementeringer i medlemsstaterne.

De fleste direktiver indeholder et præambel. Disse er ikke direkte bindende, men har til formål at begrunde de vigtigste betragtninger i direktiverne⁵. Da disse anvendes til fortolkning af EU-domstolen i en række sager, vil de derfor også være relevante at betragte i forhold til hvad gældende ret er.

Generaladvokatens forslag til afgørelse bliver anvendt i mindre grad i forbindelse med udvalgte EU sager. Selvom udtalelserne ikke er bindende og deres retskildeværdi derfor ikke er særlig høj⁶, så giver disse alligevel en forståelse for hvilke regler og betragtninger der har været centrale i forbindelse med afgørelsen, samt giver inspiration til nogle af de argumenter, der kan anvendes for og imod de forskellige udfald.

⁴ Kur og Dreier, 2013, *European Intellectual Property Law*, s. 152

⁵ Kur og Dreier, 2013, *European Intellectual Property Law*, s. 168

⁶ Kur og Dreier, 2013, *European Intellectual Property Law*, s. 177

EU-domstolens praksis er ikke bindende over for EU-domstolen selv. Dog tillægges tidligere EU praksis stor betydning og nævnes ofte i forbindelse med afgørelser.⁷ EU-domstolen har tidligere tilkendegivet at nationale domstole har pligt til at rette til efter EU-domstolens fortolkninger.⁸

Retslitteraturen er ikke en retskilde, da det ikke kan fastlægge gældende ret.⁹ Dog vil der ofte være høj kvalitetskontrol i forbindelse med peer reviews af videnskabelig litteratur, blandt anerkendte forlag. På baggrund af dette er det ofte en solid beskrivelse af gældende ret. I forbindelse med dette projekt anvendes retslitteraturen derfor til at understøtte argumenter, som bygger videre på nogle konklusioner, andre forfattere er nået frem til om retstilstanden på en række områder.

Ligeledes anvender projektet en række videnskabelige artikler samt nyhedsartikler. Første nævnte tillægges en vis betydelig værdi til at afklare et givent retsområde. Derimod tages der en vis forbehold for subjektive meninger, og i tilfælde af sådanne, er disse meninger forsøgt styrket for eksempel gennem retspraksis. I forhold til nyhedsartikler tillægges sådanne ingen eller en mindre betydelig værdi, men bruges udelukkende til at lede projektet mod nye iagttagelser.

1.5 Projektets opbygning

Følgende afsnit præsenterer projektets opbygning. Eftersom der på nuværende tidspunkt ikke foreligger reel praksis fra EU-domstolen der vedrører videospil, drager projektet inspiration fra andre afgørelser. Disse afgørelser vil herefter blive analyseret i forhold til deres indflydelse på de slutbrugerftalevilkår, som er genstand for projektet.

Kapitel 3 udgør projektets retlige ramme. Der redegøres her for udvalgt relevant teori og praksis som er relevant for problemstillingen og den videre analyse i kapitel 4. Denne del tager indledningsvist udgangspunkt i forbrugerretten, hvorefter de ophavsretlige begreber og teorier gennemgås.

Afsnittet om den retlige ramme anvendes efterfølgende til at analysere projektets to hovedproblemstillinger i kapitel 4. Den første problemstilling omhandler ophavsretten til digitalt indhold, som brugeren selv har skabt. Mange videospil har i dag funktioner som tillader, at brugeren selv tilføjer nyt indhold til spillet og deler dette med andre brugere. Dette indhold nævnes ofte særskilt

⁷ Kur og Dreier, 2013, *European Intellectual Property Law*, s. 176

⁸ Kur og Dreier, 2013, *European Intellectual Property Law*, s. 177

⁹ Munk-Hansen, 2018, *Retsvidenskabsteori*, s. 372

i slutbrugeraftalen, hvor det er anført at den erhvervsdrivende har en ubegrænset ret til at anvende dette indhold på enhver måde, eller hvor retten til dette indhold overgår til den erhvervsdrivende. Analysen af denne problemstilling afdækker om sådanne vilkår vil være urimelige.

Den anden problemstilling omhandler forbrugernes ret ved køb af videospil, herunder retten til at videresælge i medfør af konsumptionsprincippet, da mange køb af videospil klassificeres som licenser i slutbrugeraftaler.

Ved kapitel 5 i projektet vil der blive diskuteret en række pointer, som projektet løbende har præsenteret.

Særligt en nylig afsagt afgørelse, C-263/18, Tom Kabinet, vil blive diskuteret, da denne har særlig indvirkning på retstilstanden for konsumering af videospil. Diskussionsafsnittet har til formål at illustrere den betydning gældende regler har for konsumering af videospil i praktisk forstand.

Kapitel 6 er projektets konklusion. Her vil problemformuleringen og forskningsspørgsmålene blive besvaret ved en opsummering af de resultater der blev udledt i kapitel 4.

I kapitel 7 i projektet perspektiveres der blandt andet til de forhold som har været inspiration til projektet. I denne perspektivering vil projektet sammenligne konklusionen med den franske dom, som omtalt tidligere, for at se nærmere på, om den franske domstol har dømt i overensstemmelse med gældende ret.

Slutteligt indeholder kapitel 8 en litteraturliste, hvoraf der vil fremgå en komplet oversigt over hvilke kilder der er henvist til i projektet herunder et domsregister over nævnt retspraksis.

Kapitel 2 - Kontekst for problemstillingen

Følgende afsnit har til hensigt at beskrive den praktiske virkelighed, som den juridiske undersøgelse tager afsæt i. Afsnittet skal bidrage til at sætte læseren ind i de situationer hvor problemstillingen opstår, hvormed det vil være nemmere at forholde sig det juridiske konsekvenser. Indledningsvist beskrives måden, hvorpå der foretages salg af disse videospil. Herefter præsenteres en række

eksempler på konkrete slutbrugeraftalevilkår, og hvordan disse relaterer sig til projektets genstandsområde.

2.1. Køb af Videospil og Slutbrugeraftaler

Det er idag muligt at købe videospil både online og offline. Videospil købt online vil ofte være i form af en produktkode, som skal indløses på forbrugerens personlige brugerkonto, eller et køb hvor videospillet direkte bliver gjort tilgængelige på denne konto. Fælles for disse opsætninger er, at det sjældent er muligt at overføre adgangen til videospillet til en tredjepart, så snart det er blevet gjort tilgængeligt for eksempel ved indløsning.

I langt de fleste tilfælde vil køb af videospil være fulgt af en anmodning om at brugeren acceptere en slutbrugeraftale, som er udarbejdet på forhånd af den erhvervsdrivende. Denne slags aftaler vil ofte blive præsenteret for forbrugerens når videospillet installeres, startes for første gang eller indløses på den erhvervsdrivendes platform. Bliver denne aftale ikke accepteret vil det typisk ikke være muligt at anvende videospillet.

Et vilkår som ofte er fremtrædende i disse aftaler, er forholdet mellem rettighederne til indhold genereret af brugeren. Typisk anfører sådanne vilkår at rettighederne vederlagsfrit overgår til den erhvervsdrivende, eller at der udstedes en vidtgående vederlagsfri licens.¹⁰

Tilskyndelsen af brugergeneret indhold, fra udviklerens side, varierer i stor grad. Nogle softwareudviklere faciliterer ikke tilføjelse eller modifikationer til videospillet, hvormed det vil kræve teknisk bearbejdelse af original softwaren at tilføje brugergenereret indhold, såsom dekompile af objekt-koden. Andet videospil og software er bevidst kompatibelt i forhold til at tilføje brugergenereret indhold uden nødvendigvis direkte at understøtte det. Til sidst forekommer der også videospil eller software, som indeholder værktøjer, der tillader brugeren at generere indhold til spillet. Sidstnævnte kan være i form af at tillade brugeren at anvende den erhvervsdrivendes egne (og formentlig ofte beskyttede) elementer, til at tilrettelægge niveauer karakterer og lignende, men i nogle tilfælde også direkte understøtte importering af ekstern kode og elementer såsom lyd og grafik. Hovedtema 1 omhandler netop disse vilkår, og forsøger at danne et overblik over hvilke udfordringer de medfører.

Et andet vilkår som ofte fremgår af disse aftaler er at det købet udelukkende er en licensaftale, hvormed der ikke overdrages en ejendomsret til forbrugerens. I nogle tilfælde er der endvidere et

¹⁰ Se projektets bilag 2, "Steam Subscriber Agreement", 6.A

vilkår, som specifikt forbyder forbrugeren at videresælge sit videospil eller brugerkonto hvor dette videospil er forbundet med. Projektets hovedtema 2, forsøger at besvare eventuelle problematikker ved sådanne vilkår. Det er underordnet om slutbrugeraftalen indeholde begge disse vilkår, eller kun ét af dem, da de resultere i forbrugeren ikke kan videresælge sin kopi.

2.1.1. Baggrunden for problemstillingen - den franske dom

Den 17. september 2019 blev problemstillingen om retten til at videresælge, og en række andre kontraktvilkår Valve havde opsat i forbindelse med køb via deres platform, taget stilling til ved den franske domstol. Sagen opstod da en fransk forbrugergruppe, UFC-Que Choisir, lagde sag an mod Valve, da de mente at det bl.a. var i mod de europæiske regler, at begrænse forbrugernes ret til at videresælge købte spil på Valves platform, Steam, ud fra betragtningen, at købet er en licens og ikke et almindeligt *forbruger*køb. Baggrunden for UFC-Que Choisirs påstand var, at begrænsningerne af beskyttelsen i InfoSoc-Direktivet fandt anvendelse, hvormed at kontraktvilkåret i slutbrugeratalen¹¹ blot var en begrænsning af forbrugers rettigheder.

Her fandt den franske højesteret frem til at, at i Steams slutbrugerftale, var hele 14 kontraktvilkår urimelige, herunder en række vilkår der vedrører ophavsretten, persondataretten samt varers frie bevægelighed. En af de kontraktvilkår, som den franske højesteret fandt urimelige, var blandt andet, at Valve angav, at 'købende' via Steam platformen udgjorde et køb af en licens og at dette har den betydning, at forbrugeren ikke havde ret til at videresælge købene. Dertil fastlagde domstolen på baggrund af InfoSoc-Direktivet samt UsedSoft afgørelsen, at videospil med rette skal kunne videresælges, og at begrænsningen dermed ikke kunne anses for rimelig. Ligeledes blev det i forlængelse af dette forklaret, at reglerne om videresalg af videospil vil gælde uanset anskaffelsesmetoden. Det vil sige, at forbrugers ret til videresalg ikke skulle afgøres ud fra en sondring, om der var sket et "download" eller et fysisk køb af videospillet via for eksempel en CD i en fysisk butik.¹²

Eftersom netop omtalte afgørelse i den franske højesteret, er blevet anket af spillefirmaet Valve, er der endnu ikke truffet en endelig afgørelse på forholdene¹³. Det interessante er derfor, om vi med berettigede kan forvente en anden afgørelse. Projektet vil derfor forsøge at give et billede af, hvad der bør anses som gældende ret på nuværende tidspunkt vedrørende retten til at sælge computerspil, hvor

¹¹ Se bilag 2, "Subscriber Agreement"

¹² Se Bilag 1, Franske dom, III, B

¹³ Blakke, V. (2019). "ISFE says ruling contradicts established EU law"

der vil tages udgangspunkt i en række EU-afgørelser, som på hver sin måde bevirker til fortolkningen af anvendelsen af konsumptionsprincippet i InfoSoc-Direktivet.

2.2.Begrebsdefinition

Følgende afsnit definere kort en række begreber, som anvendes gentagne gange gennem opgaven.

2.2.1 Slutbrugeraftaler

En slutbrugeraftale er typisk det sidste, du godkender inden du foretager dig et køb af digitalt indhold, hvad enten det foregår online eller via et fysisk medie. Typisk sker dette gennem afkrydsningsfelt, hvortil der står, at ved afkrydsning godkender forbrugeren en række angivne vilkår.

2.2.2.Brugergenereret indhold

Brugergenereret indhold er indhold som brugeren selv skaber, og som kan tilføjes til videospillet. Dette indhold kan dække over enhver tilføjelse til videospillet, såsom nye karakterer, niveauer, musik eller grafik mv. Brugergeneret indhold kan være originalt i sin helhed eller være en bearbejdelse af indhold, der allerede eksisterer i videospillet, såsom lyde, koder eller grafik. Som eksempel på hvad der forstås som brugergeneret indhold, kan situationen hvor brugeren ønsker at ændre på videospillets lyd sammensætning/ lyd indhold betragtes. I denne situation vil brugergeneret indhold være alt fra mindre tekniske modifikationer af den eksisterende lyd sammensætning såsom tonehøjde, overgange, med videre, til en decideret omkomponering af musikken, eller sågar et nyt originalt lyd indhold, som erstatter det oprindelige.

Et konkret eksempel kan være i det tilfælde hvor brugeren af Sims spillet, vælger at designe tøj via et tredjeparts program, og derefter “indsætter” tøjet til spillet, så karaktererne i spillet nu kan anvende det. På engelsk anvendes ordet “*mods*” for brugergenereret indhold, som også i nogle tilfælde optræder på de danske oversættelser af slutbrugeraftaler.

2.2.3. Erhvervsdrivende og forbruger

Udtrykket den erhvervsdrivende bruges i denne opgave om udvikleren, udgiver eller enhver anden part som udbyder videospil eller software. I visse tilfælde henvises der udelukkende til udbyderen eller udvikleren, hvor denne ikke nødvendigvis udgør den erhvervsdrivende i forhold til slutbrugeraftalen. I henhold til slutbrugeraftalerne vil det være den erhvervsdrivende som koncipierer denne, og som regel enten er udvikler eller udbyder af videospillet.

Forbrugeren er den person, som tilkøber sig adgang til for eksempel et videospil til privat brug. Begreberne vil ligeledes optræde i det analyserende afsnit i forbindelse anvendelsesområdet af direktivet 93/13 om urimelige kontraktvilkår. I forhold til begrebet “forbruger”, er dette i projektet også sammenfaldende med begrebet “en bruger”, som vil optræde i forbindelse med særligt afsnittet vedrørende de ophavsretlige problemstillinger.

2.2.4. Videospil, udbydere og programmer

Når udbydere af videospil i dette projekt omtales, er det de større udviklere og tilbydere, som er genstand for overvejelserne. Projektet tager udgangspunkt i faktiske udviklere, og bruger eksempler fra slutbrugeraftalere fra henholdsvis Steam (Valve), Blizzard og EA, som er tre af de største udbydere af videospil på verdensplan. Kendte spil af udbyderne er for eksempel henholdsvis Counter-strike, Warcraft og Sims.

Ligeledes anvender projektet også ordet “digital platform.” Med dette hentydes der til, at udbyderne hver især har flere forskellige spil, som de udbyder til køb digitalt. Disse spil udbydes gennem deres egne digitale platforme, hvor de samtidig opretter et “bibliotek” til din private profil, hvorefter der kan navigeres i hvilke spil du har købt. Herfra er det ikke praktisk muligt at videresælge sine spil fra.

Særligt spilplatformen Steam refereres der til gennem projektet. Steam er ejet af selskabet “Valve”. Valve udbyder dog ikke kun sine egne spil gennem deres platform, Steam, men derimod også spil fra en række andre store og mindre spilproducenter.

2.2.8. E-bog

Når projektet omtaler E-bøger, tales der helt generelt om bøger, som ikke er *købt* i fysisk eksemplar. projektet tager ikke stilling til, om E-bogen udgives på computer, telefon eller tablet da dette ingen betydning har for den juridiske undersøgelse i projektet.

Kapitel 3 - Retlig ramme

3.1 Den primære EU-ret

I artikel 4, stk. 2. samt litra f) fremgår det, at der er en delt kompetence mellem Unionen og medlemsstaterne på en række områder herunder forbrugerbeskyttelse. Dette betyder, at unionen og medlemsstaterne har et fælles ansvar for at opretholde forbrugerbeskyttelse.

I forhold til forbrugerbeskyttelse skal dette også inddrages ved andre af Unionens politikker og aktiviteter jævnfør TEUF artikel 12. Dermed skal forbrugerbeskyttelse altså medtænkes i alle politikker og aktiviteter

Udover ovenstående reguleres forbrugerretten også sit eget afsnit om forbrugerbeskyttelse i artikel 169. Her forklares det, at Unionen ønsker at sikre en beskyttelse af forbrugeres sundhed, sikkerhed og økonomi jævnfør TEUF artikel 1, stk. 1.

“*Stk. 1.* For at fremme forbrugernes interesser og sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau bidrager Unionen til at beskytte forbrugernes sundhed, sikkerhed og økonomiske interesser”

Dermed forklares det, at Unionen vil beskytte forbrugernes sundhed, sikkerhed og økonomiske interesse. Dette mål vil unionen opnå ved indførsel af diverse forbrugerbeskyttende foranstaltninger jævnfør TEUF artikel 114, som også er retsgrundlaget for direktivet om urimelige kontraktvilkår.¹⁴

¹⁴ Kommissionens meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler. Pkt. 1.1. om formålet med direktivet om urimelige kontraktvilkår.

Netop med afsæt i disse bestemmelser i Den Europæiske Unions funktionsmåde, giver direktivet om urimelige kontraktvilkår en høj grad af forbrugerbeskyttelse. Netop dette direktiv vil være omdrejningspunktet for projektet, som har til formål at vurdere, om det kan anses som urimeligt, at den erhvervsdrivende gennem en slutbrugeraftale begrænser en forbruger i retten til at videresælge videospil, samt ligeledes erklærer at eje alt brugergeneret indhold i forbindelse med videospillet.

3.2 Forbrugerret

Det er på Europæisk plan bestemt, at vi skal beskytte forbrugere. Denne beskyttelse gør sig blandt andet gældende gennem en række direktiver. Forbrugerbeskyttelsen er derimod ikke et fænomen, som pludselig opstod på tværs af unionen. Derimod regulerer Traktaten Om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF), en række forbrugerbeskyttende forhold, hvorigennem medlemsstaterne har aftalt, at der skal være et højt forbrugerbeskyttelsesniveau på tværs af Unionen. Særligt fire bestemmelser i TEUF er relevant i forhold til netop denne omtalte forbrugerbeskyttelse, her; artikel 4, 12, 114, 169. Projektet vil derfor kort gennemgå de omtalte artikler i afsnittet om den primære EU-ret. Særligt i disse bestemmelser kommer formålet med forbrugerbeskyttelse til udtryk, som også vil bære præg i analysen af urimelige kontraktvilkår.

3.2.1 Hvad er en "forbruger"

Begrebet "forbruger", er relevant i forhold til anvendelsen af forbrugerbeskyttelsesreglerne. Derfor er definitionen også medtaget i de fleste forbrugerbeskyttende direktiver, der sikrer forbrugernes rettigheder. Ses der på det forbrugerbeskyttende direktiv 93/13, om urimelige kontraktvilkår, så står der følgende definition om en forbruger i artikel 2 b):

»Forbruger«: En fysisk person, der i forbindelse med de af dette direktiv omfattede aftaler ikke handler som led i sit erhverv.»

Det vil altså sige, at en forbruger kan antages at være en fysisk person, der i forbindelse med sit køb, ikke handler inden for sit erhverv.

Begrebet “forbruger” skal ses som et objektivt begreb, hvoraf det skal afspejle den typiske svagere stilling, som en forbruger har over for en erhvervsdrivende. Dette betyder derfor også, at en bestemt forbrugers større viden og kompetencer, ikke udelukker sådan en person fra at blive omfattet af definitionen og dermed opnå mindre beskyttelse i henhold til for eksempel direktivet om urimelige kontraktvilkår. Ligeledes er begreberne forbruger og erhvervsdrivende funktionelle begreber, baseret på parternes rolle i en pågældende aftale.¹⁵ Denne betragtning kommer også til udtryk i sagen C-110/14, Costea, præmis 21. Sagen omhandlede en advokat, der stiftede et lån, og til sikkerhed for lånet stillede han pant i fast ejendom samt kaution i sin advokatforretning. Dermed repræsenterer han altså både sig selv som privatperson og som erhvervsdrivende. I sagen fastslog domstolen, blandt andet at selvom Costea var advokat, og eventuelt burde være bedrevidende, så forhindrede det ham ikke i at være omfattet af begrebet “forbruger” som en generel betegnelse, og dermed nyde godt af forbrugerbeskyttelse i henhold til direktivet om urimelige kontraktvilkår. Hermed slog domstolen også fast, at selvom Costea er advokat, så skal der ses på parternes rolle, hvormed Costea som privatperson der optager lån, altså anses som værende en forbruger.

3.2.2 Hvad er en “erhvervsdrivende”

I forhold til begrebet “erhvervsdrivende” står der i direktivet følgende i artikel 2 c):

»Erhvervsdrivende«: En fysisk eller juridisk person, der i forbindelse med de af dette direktiv omfattede aftaler handler som led i sit erhverv, hvad enten det er offentligt eller privat.»

En erhvervsdrivende kan derfor i modsætning til en forbruger være både en juridisk person eller en fysisk person, som handler i sit erhverv. I denne forbindelse skriver kommissionen i deres vejledning

¹⁵ Kommissionens meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler. Pkt. 1.2.1.2 om Aftaler indgået mellem erhvervsdrivende og forbruger.

til fortolkning til direktivet om urimelige kontraktvilkår, at begrebet dækker over enhver aftale som vedrører deres erhverv, selv hvis aktiviteten har offentlig karakter eller almen interesse.¹⁶

Ud fra ovenstående betragtning skal begrebet "erhvervsdrivende" dermed ses i en bred forstand, hvor det ikke er selve omsætningen eller aktiviteten der er vigtig, men derimod forholdet i en aftale hvor forbrugeren kort sagt er realkreditor, og den erhvervsdrivende er realdebitor.

I situationer hvor den fysiske person køber delvist inden for sit erhverv og delvist udenfor sit erhverv, kan man skue til præambel 17 i direktiv 2011/83 om forbrugerrettigheder, hvor der står, at i sådanne situationer skal man se på, om det erhvervsmæssige formål er begrænset i sådan en grad, at det erhvervsmæssige i aftalen ikke er fremherskende i forhold til det private. Hvis det erhvervsmæssige ikke er tilstrækkeligt fremherskende kan vedkommende anses som "forbruger."

3.2.3 Urimelelige kontraktvilkår

EU har i direktiv 93/13 om urimelelige kontraktvilkår fastlagt en række betingelserne, som skal vurdere hvornår et kontraktvilkår er urimeeligt. Dette direktiv er ikke begrænset til én kontrakttype men derimod alle kontrakter mellem en forbruger og en erhvervsdrivende.¹⁷ Formålet med direktivet er forklaret i dets præambel, hvor det anføres at det er nødvendigt at beskytte forbrugere over for urimelelige kontraktvilkår, og skabe en harmonisering af reglerne på området. Ligeledes står det forklaret, at beskyttelsen af urimelelige kontraktvilkår er nødvendig for at lette det indre markedet, netop fordi manglende kendskab til medlemsstaternes regler kan begrænse forbrugeren i at erhverve varer i en anden medlemsstat.

Direktivet er bygget op på sådan en måde, at det først tager stilling til hvilke kriterier, der skal være opfyldt for at direktivet finder anvendelse på et kontraktvilkår, der ønskes vurderet. Herefter anfører direktivet kriterierne for, om hvorvidt vilkåret i så fald kan anses for at være urimeeligt.

¹⁶ Kommissionens meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelelige kontraktvilkår i forbrugerftaler. Pkt. 1.2.1.1. om Definationerne af "erhvervsdrivende og "forbruger".

¹⁷ U.2000B.86, Anita Plesner Björk, ph.d stipendiat, cand.jur, 1. januar 2000, "Harmonisering af urimelelige kontraktvilkår i europæiske forbrugerftaler. 5 års erfaringer med direktivet 93/13/EØF".

3.2.3.1 Anvendelsesområde for direktivet om urimelige kontraktvilkår

Som det fremgår af direktiv 93/13, er der en række betingelser der skal være opfyldt, før der kan foretages en urimelighedsvurdering af et kontraktvilkår. Her foreskriver direktivet følgende i artikel 3, stk. 1. samt 4, stk. 2:

Først og fremmest, må vilkåret ikke have været genstand for en individuel forhandling. Herefter må vurderingen af om et kontraktvilkår er urimeligt hverken omfatte aftalens hovedgenstand, eller om hvorvidt der er overensstemmelse mellem pris og varer, eller overensstemmelse mellem tjenesteydelser og betalingen herfor. Disse begrænsninger i anvendelsesområdet gør sig kun gældende såfremt vilkåret er affattet klart og forståeligt. Disse betragtninger gennemgås nærmere i følgende afsnit.

3.2.3.2 Aftalevilkår der ikke har været genstand for en forhandling

Det er anført i artikel 3, stk. 1, at et vilkår, som ikke har været genstand for forhandling anses for urimeligt, hvis det på trods af kravene om god tro skævvrider parternes rettigheder.

art. 3, stk. 1: "Et kontraktvilkår, der ikke har været genstand for individuel forhandling, anses for urimeligt, hvis det til trods for kravene om god tro bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser ifølge aftalen til skade for forbrugeren."

Hermed er det fastlagt i direktivets ordlyd, at et kontraktvilkår kan anses som urimeligt, hvis vilkårene ikke har været genstand for en forhandling. Ligeledes klarlægger direktivet, at et kontraktvilkår altid anses for ikke at have været genstand for en individuel forhandling, når det er udarbejdet på forhånd, og forbrugeren derved ikke har haft nogen indflydelse på indholdet navnlig i forbindelse med en standardkontrakt jævnfør art, 3, stk. 2.

Ligeledes fremgår det af samme artikel, at selvom nogle vilkår i en aftale, har været genstand for forhandling, så begrænser det ikke nødvendigvis anvendelsen af direktivets forbrugerbeskyttende regler, hvis en samlet vurdering fører til den konklusion, at der alligevel er tale om en standardkontrakt. Det vil sige, at såfremt aftalen både indeholder vilkår, som har været genstand for individuel forhandling, og vilkår som ikke har, så kan direktivet stadigvæk anvendes på de vilkår, som ikke har været genstand for individuel forhandling.

Det er ikke helt uden kritik, at direktivet har begrænset sig til *ikke forhandlede vilkår*. Man kunne principielt argumentere for, at det modsatte burde være gældende - at økonomisk stærke erhvervsdrivende lettere ville kunne “udnytte” eller nærmere “overbevise” en forbruger om, at et givent aftalevilkår ikke skaber ubalance til fordel for den erhvervsdrivende. Begrænsningen er dog sat på baggrund af den mistænkelighed der er overfor en “masseproduceret kontrakt”.¹⁸

3.2.3.3 Varens type og omstændighederne ved aftaleindgåelsen

Direktivet oplister derudover også en række hensyn, der skal tages i forbindelse med anvendelsen af det. Først og fremmest, er det forklaret i artikel 4, stk. 1, at der til vurderingen af et urimeligt kontraktvilkår, skal tages hensyn til hvilken type varer eller tjenesteydelse aftalen omfatter. Derudover skal der tages hensyn til alle omstændigheder i forbindelse med aftalevilkårets indgåelse. Det vil sige, at ved vurderingen af om et kontraktvilkår er urimeligt, skal der ses på, om der sker betydelig skævhed til trods for kravene om god tro, under hensyntagen til aftalens andre kontraktvilkår, samt at alle omstændigheder i forbindelse med aftalens indgåelse.¹⁹ Særligt ved sidstnævnte hensyn til omstændighederne, skal det bemærkes, at sådanne hensyn kun skal tages ved aftaleindgåelsen, og dækker altså ikke urimelige vilkår der opstår herefter. Skulle et kontraktvilkår derimod blive ændret eller erstattet, så skal der ses på omstændighederne herfor, og ikke ved aftaleindgåelsen som tidligere nævnt.²⁰

De omstændigheder der skal være fastlagt ved aftaleindgåelsen, er de forhold, som med rimelighed var kendt, eller burde have været kendt af den erhvervsdrivende, som kunne have betydning for fremtidige opfyldelse af kontrakten af forbrugeren.²¹

Denne bestemmelse er klarlagt i sagen C-76/10, Pohotovost. Sagen handlede om et kontraktvilkår i en låneaf tale, hvori der ikke var indeholdt oplysninger om den årlige omkostning i procent (ÅOP). Her klargjorte EU-domstolen, at den manglende indeholdelse af ÅOP i låneaf talen kunne udgøre en afgørende element i forhold til, om låneaf tale er affattet klart og forståeligt, som direktivet også

¹⁸ Weatherill, (2013) *EU Consumer Law and Policy*, s. 148.

¹⁹ Kommissionens meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler. pkt. 3.4.5.

²⁰ Kommissionens meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler. pkt 3.4.5.

²¹ Kommissionens meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler. pkt. 3.4.5.

fastsætter som et hensyn i artikel 4, stk. 2, som vil blive gennemgået i senere i kapitlet. Dommen illustrerer, at, der ved vurderingen af et urimeligt kontraktvilkår skal tages hensyn til varens type og omstændigheder, hvor særligt ÅOP i Pohotovostvar en vigtig faktor for, om en forbruger ville have indgået aftalen.

3.2.3.4 Aftalens hovedgenstand

Der gælder nogle enkelte begrænsninger til anvendelsesområdet af direktivet. Disse findes i direktivets artikel 4, stk 2. Her står der, at vurderingen af om et kontraktvilkår er urimeligt, ikke må omfatte vilkår, der vedrører aftalens hovedgenstand eller overensstemmelsen mellem pris og varer, så vidt disse vilkår er affattet klart og forståeligt.

Når selve forholdet til varen [Hovedgenstand] og forholdet mellem pris og kvalitet ikke er omfattet, skyldes det formentligt at køkets genstand, dets karakter, og forhold (for eksempel online køb der skal downloades eller fragtes) bør have stået forbrugeren klart ved købet. Derimod ønskes forholdet mellem kvalitet og pris ikke fastlagt gennem direktiv men derimod i stedet reguleret af markedet.²² Begrænsningen om at direktivet ikke finder anvendelse på vilkår, der vedrører hovedgenstanden, er dog ikke gældende så vidt, at vilkåret ikke er affattet klart og forståeligt. Dette betyder at vilkår, som er svær at forstå, eller let giver anledning til tvivl, alligevel kan blive omfattet, uagtet at de omfatter aftalens hovedgenstand.

Eftersom direktivet er et minimumsdirektiv, er der midlertidigt intet til hinder for, at medlemsstaterne inkluderer forholdet om pris og kvalitet med videre i deres nationale lov, som det for eksempel ses i dansk lovgivning.²³

Betragtes en aftalekonstruktion hvor aftalen ikke har været genstand for en individuel forhandling, men hvor et eller flere kontraktvilkår potentielt kunne være urimelige, ville en erhvervsdrivende kunne argumentere for, at hvis aftalen havde været genstand for forhandling, og de givne potentielt urimelige aftalevilkår ikke var inkluderet i aftalen, så ville prisen have været højere. Med andre ord så vil en erhvervsdrivende potentielt være tilbøjelig til at påpege, at de 'urimelige' aftalevilkår, giver

²² Howells., H & Wilhelmsson, T. (2017) . EC Consumer Law.

²³ Artikel 8 i direktiv 93/13 om urimelige kontraktvilkår

forbrugeren en tilsvarende reduktion i prisen på aftalen. Det vil sige, at vilkåret er direkte forbundet med hovedgenstanden. Hvis man derfor anerkendte dette synspunkt, så ville direktivet om urimelige kontraktvilkår miste sin 'effekt'.²⁴ Det må derfor forventes, at begrebet "hovedgenstand" i forhold til aftalen, skal ses i et forholdsvis snævert perspektiv.

Hertil kan man se på beslutningen i den britiske "Supreme Court" i 2009 i sagen "Office of fair trading v. Abbey National", der vedrørte banker, som krævede et 'gebyr', når kunderne foretog overtræk uden godkendelse heraf. Her skulle man vurdere, hvorvidt dette var omfattet af begrebet hovedgenstanden og derfor omfattet af begrænsningen til direktivet. Det blev her afgjort, at et sådanne gebyr var en del af det "samlede køb" af en banks ydelser, og derfor omfattet af begrænsningen og begrebet hovedgenstand. Det kan diskuteres, om resultatet fra den britiske "Supreme Court" var foreneligt med ønsket, om et højt beskyttelsesniveau af forbrugere inden for EU. Ligeledes ville et resultat om inklusionen af gebyret, i forhold til direktivets anvendelsesområde, ikke nødvendigvis have medført at kontraktvilkåret var urimeligt, men blot have åbnet for en urimelighedsvurdering heraf.²⁵ Ligeledes klarlagde EU-domstolen i sag C-186/16, *Andriciuc* i præmis 34, samt sag C-26/13, *Kásler og Káslerne Báhai* i præmis 42 at artikel 4, stk. 2 skal fortolkes strengt, eftersom dette er en undtagelse til vurderingen af, om et kontraktvilkår er urimeligt i forhold til artikel 3, stk. 1.

Derudover fastlægges det i forhold til fortolkningen af artikel 4, stk. 2. i sagen C-143/14 *Matei og Matei*, præmis 50, at den skal fortolkes under hensyn til formålet med direktivet om urimelige kontraktvilkår. I Kommissionens Meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler", står det forklaret, at formålet med direktivet er, at øge beskyttelsen af en forbruger mod kontraktvilkår der ikke har været individuelt forhandlet.:

*"Formålet med direktivet om urimelige kontraktvilkår er at tilnærme de nationale love med henblik på at øge beskyttelsen af forbrugerne mod urimelige kontraktvilkår, der ikke er forhandlet individuelt, i aftaler indgået mellem en erhvervs drivende og en forbruger."*²⁶

Ud fra disse betragtninger, kan der dermed stilles spørgsmålstejn ved om et sådanne gebyr som omhandlet i sagen "Office of fair trading v. Abbey National", ikke burde have været omfattet af

²⁴ Weatherill. (2013). *EU Consumer Law and Policy*. s. 154.

²⁵ Weatherill (2013) *EU Consumer Law and Policy*, s. 155.

²⁶ Kommissionens meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler. Pkt 1.1. om formålet med direktivet om urimelige kontraktvilkår

begrebet "hovedgenstand", ud fra den betragtning, at hovedgenstanden ikke blot er en 'bankydelse' og derfor ikke havde stået klart for en forbruger, at der kunne forekomme gebyr ved overtræk.

Afgørelsen kan derfor bruges til eksempel på hvor streng en fortolkning, der bør foreligge ved vurderingen af begrænsningen i artikel 4, stk. 2, samt hvor snævert det skal fortolkes, for ikke at belaste eller reducere direktivets anvendelsesområde. Dette synspunkt stemmer også overens med allerede omtalte sag C-26/13, Kásler og Káslerne Báhai præmis 50, hvor EU-domstolen udtalte at de vilkår, som er underordnede i forhold til dem, der definerer selve aftaleforholdets natur, kan ikke være omfattet af begrebet "aftalens hovedgenstand". Et gebyr bør dermed formentlig ikke anses som noget, der definerer selve aftaleforholdet, men derimod er underordnet i forhold til "bankydelser."

3.2.3.5 Overensstemmelsen mellem pris og varer

Det fremgår af artikel 4, stk. 2, at ved vurderingen, af et urimeligt kontraktvilkår, indgår ikke overensstemmelse mellem pris og varer så længe disse vilkår er affattet klart og forståeligt.

Til det har EU-domstolen i sagen C 472/ 10, Invitel, Præmis 23 udtalt, at vilkår som angår prisjusteringsmekanismer, ikke kan være undtaget direktivet.

Man kan ud fra dette fortolke, at selvom vurderingen af et urimeligt kontraktvilkår ikke kan vedrøre overensstemmelsen mellem pris og varer, så kan vilkår der justerer her på, og som ikke er direkte forbundet med køkets angivne pris, alligevel blive omfattet af direktivets anvendelsesområde.

Ligeledes oplyser Kommissionen i Kommissionens meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår²⁷, at omtalte prisændringsmekanismer er omfattet af direktivets anvendelsesområde, selv hvis de er affattet klart og forståeligt - hvilket også stemmer overens med bilaget til direktivet. Af bilaget fremgår det til punkt 1 at kontraktvilkår, hvis formål eller virkning er at binde forbrugeren på vilkår, som vedkommende ikke har haft mulighed for at stifte bekendtskab med²⁸, eller hvilket tillader den erhvervsdrivende ensidigt at ændre vilkårene i kontrakten uden gyldig grund, som er anført i aftalen.²⁹

Netop denne forbindelse mellem ovenstående bestemmelser til bilaget samt artikel 4, stk. 2, om forholdet mellem pris og varer, blev også omtalt i sag C-472/10, Invitel, hvor det anføres i dommens

²⁷ Kommissionens meddelelse: Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår pkt. 3.2.2. om kontraktvilkår vedrørende pris og betaling.

²⁸ Bilag til direktiv 93/13. Kontraktvilkår som omhandlet i artikel 3, stk.3. pkt i)

²⁹ Bilag til direktiv 93/13. Kontraktvilkår som omhandlet i artikel 3, stk. 3. pkt j)

afgørelse, at ændringer af de samlede omkostninger som en forbruger skal betale, skal angives i aftalen, og at forbrugeren har ret til at bringe sådanne kontraktvilkår til ophør.

På den baggrund har EU-domstolen udbyttet fortolkningen til begrænsningen af forholdet mellem pris og varer, og defineret at bestemmelsen skal fortolkes på en sådan måde, at det kun er forholdene, som er kendt for forbrugeren på aftaletidspunktet, som skal betragtes i forhold til begrænsningen til artikel 4, stk. 2.

3.2.3.6 Gennemsigtighedskravet i art 4, stk. 2, samt artikel 5.

Som netop omtalt har direktivet en række hensyn, der 'indsnævrer' dets anvendelsesområde. I forbindelse med disse hensyn fastsætter direktivet ligeledes, at selv hvis kontraktvilkårene vedrører hovedgenstanden, eller overensstemmelsen mellem pris og varer, så kan direktivet alligevel finde anvendelse, hvis vilkårene ikke er affattet klart og forståeligt jævnfør artikel 4, stk. 2.

At et vilkår skal være affattet klart og forståeligt, betyder at forbrugeren, skal kunne træffe beslutninger ud fra bedst mulig forudsætning. Dette angives blandt andet i C-186/16, *Andriuc*, hvor EU-domstolen tog stilling til "affattet klart og forståeligt" i henhold til artikel 4, stk. 2. Sagen angik en låneaftale, hvor forbrugeren skulle betale lånet tilbage i den lånte valuta. Domstolen fandt at sådanne vilkår skal være affattet således at en almindelig velunderrettet gennemsnitsforbruger, både er i stand til at forstå muligheden for fald og stigninger i den udenlandske valuta, men også vurdere hvilke økonomiske konsekvenser dette kan have.³⁰

Dette betyder at det er et krav til et kontraktvilkår, at alle konsekvenser og betydninger af et givent krav kan medføre, skal være i affattet på en sådan måde, at forbrugeren kan træffe beslutningen om at indgå låneaftalen på bedst mulig vis, selv hvis det vedrører hovedgenstanden. Vedrører vilkåret hovedgenstanden, som var tilfældet *Andriuc* afgørelsen, og det ikke er affattet klart og forståeligt, er vilkåret inden for direktivets anvendelsesområde, hvormed en urimelighedsvurdering kan afgøre, om vilkåret er urimeligt.

Et lignende krav om at vilkåret skal være affattet klart og forståeligt findes i direktivets artikel 5, der siger følgende:

³⁰ C-186/16, *Andriuc*, præmis 24

“I de aftaler, hvor alle eller nogle af de vilkår, der tilbydes forbrugeren, er i skriftlig form, skal disse vilkår altid være udarbejdet på en klar og forståelig måde. Hvis der opstår tvivl om et kontaktvilkårs betydning, gælder den fortolkning, som er mest gunstig for forbrugeren. Denne fortolkningsregel gælder ikke i forbindelse med de procedurer, der er fastsat i artikel 7, stk. 2.”

I forhold til begrebet “affattet klart og forståeligt” står det skrevet i præamblen til direktivet, at et kontraktvilkår altid skal være formuleret på en klar og forståelig måde, så en forbruger altid har mulighed for at gøre sig bekendt med alle vilkårene. Dette indebærer derfor de samme forudsætninger som allerede omtalt ved artikel 4, stk. 2.

Ligeledes står der, at skulle der opstå tvivl om vilkårets indhold, skal det fortolkes ud fra hvad der er mest gunstig for forbrugeren (dubio contra stipulatorem). ³¹ Dette ses blandt andet også sagen C-26/13 Kásler og Káslerne rábai, hvor EU-domstolen udtalte, at kravet til at vilkårene skal være affattet klart og forståeligt, skal fortolkes således, at det ikke kun indebærer, at det er grammatisk korrekt, men derimod at det samtidig skal være ‘forståeligt’ for en forbruger. Dette gælder ligeledes, at et kontraktvilkår skal være affattet på en sådanne måde, at for eksempel økonomiske konsekvenser også er tydelige for forbrugeren. Ligeledes gælder det, at aftalevilkår skal være tilstrækkelig tydelig for forbrugeren, så forbrugeren kan forholde sig dem, herunder også hvordan vilkåret fordeler krav til henholdsvis forbrugeren og til den erhvervsdrivende. ³²

For yderligere uddybning skriver Kommissionen i deres vejledning til fortolkning af forbrugervilkår, ³³ at kravet om forståelighed skal forstås sådan, at forbrugeren har haft mulighed for at gøre sig bekendt med vilkåret inden indgåelsen. Kommissionen påpeger desuden, at vilkåret skal være struktureret på en logisk måde. Det vil sige at vilkåret skal tage hensyn til for eksempel skriftstørrelse, at vigtige bestemmelser får en fremtrædende placering, og at disse ikke er ‘skjult’ blandt andre bestemmelser. Derudover skal der tages hensyn til de brugere, som vilkåret er rettet mod, i forhold til om vedkommende har kendskab til det sprog, som vilkårene er affattet på. Sagt med andre ord gælder det, at sproget for eksempel hverken må have karakter af juridisk eller teknisk sprog, som kun kyndige indenfor området kan forstå.

Ligeledes vil kontraktvilkår, der ikke er affattet klart og forståeligt være et element for vurderingen af, hvorvidt et givent kontraktvilkår er urimeligt. Dette bekræftes i sagen C-191/16, Verein für

³¹ Howells, H., Twigg-Flesner, C., & Wilhelmsson, T. (2018). s. 167

³² Howells, H., Twigg-Flesner, C., & Wilhelmsson, T. (2018). s. 179

³³ Kommissionens meddelelse - Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler pkt. 3.3. om Gennemsigtighedskravet

Konsumenteninformation mod Amazon, som omhandlede såkaldte "loyalitetskontrakter", hvor den erhvervsdrivende forlangte, at efter aftalens indgåelse skulle forbrugeren afholde omkostninger, der ikke oprindeligt var aftalt. Her udtalte EU-domstolen:

"Navnlig kan en formulering, som ikke opfylder kravet i artikel 5 i direktiv 93/13 om at være udarbejdet på en klar og forståelig måde, medføre, at en sådan klausul er urimelig."

Dette betyder at selvom et vilkår objektivt set er utvetydigt i dets betydning, så kan det indgå i vurderingen af urimelighed, hvis forbrugeren ikke har gode forudsætninger for at forstå dets betydning, som for eksempel hvis det er affattet på et meget teknisk sprog.

På den baggrund kan det derfor opsummeres, at gennemsigtighedskravet i henholdsvis artikel 4, stk. 2 samt artikel 5 har tre funktioner:³⁴

For det første skal kontraktvilkår, der ikke er affattet klart og forståeligt i henhold til artikel 5, fortolkes til fordel for forbrugeren.

For det andet i henhold til artikel 4, stk. 2, skal vilkår der vedrører hovedgenstanden eller overensstemmelsen mellem pris og betaling, kun vurderes efter artikel 3, stk. 1, såfremt de ikke er affattet klart og forståeligt.

Derudover som det tredje, vil manglende opfyldelse af gennemsigtighedskravene være et element i vurderingen af, hvorvidt et givet kontraktvilkår er urimeligt.

3.2.3.7 Urimelighedsvurderingen

Såfremt at et givent kontraktvilkår er inden for direktivets anvendelsesområde, skal der tages stilling til om det i så fald er urimeligt. Dettes gøres på baggrund af en urimelighedsvurdering som fremgår af direktivets artikel 3, stk. 1, hvilket har følgende ordlyd:

"Et kontraktvilkår der ikke har været genstand for individuel forhandling, anses for urimeligt, hvis det til trods for kravene om god tro bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser"

³⁴ Kommissionens meddelelse - Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler pkt. 3.1. om Gennemsigtighedskravet

ifølge aftalen til skade for forbrugeren.”

Som det ses er urimelighedsvurderingen delt op i to betingelser. Først og fremmest “Kravene og god tro” og herefter, at det bevirker en “betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser til skade for forbrugeren.” Dette kan betragtes som to særskilte kumulative krav, som skal være opfyldt for at statuere et kontraktvilkår for urimeligt.³⁵ Derimod har denne opfattelse været genstand for kritik fra EU-domstolen. For at komme nærmere ind på denne kritik, kan en afgørelse der vedrører netop urimelighedsvurderingen ses i de forenede sager C-240/98 samt C-244/98, hvor EU-domstolen udtalte følgende om en værnetingsklausul, som ensidigt tildelte den erhvervsdrivende retten til at vælge retskreds:³⁶

Det følger af det anførte, at en værnetingsklausul, der uden at have været genstand for individuel forhandling er indsat i en kontrakt, som er indgået mellem en forbruger og en erhvervsdrivende, og hvorved en enekompetence tillægges retten i den retskreds, hvor den erhvervsdrivendes hjemsted er beliggende, må anses for urimelig i direktivets artikel 3's forstand, i det omfang den til trods for kravet om god tro bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser ifølge aftalen til skade for forbrugeren.

Dermed konkluderede EU-domstolen, at en værnetingsklausul, hvor den erhvervsdrivende igennem et kontraktvilkår anførte, at en given retlig tvist skulle løses i erhvervsdrivendes hjemland, ikke kan anses for rimelig, da vilkåret til ‘trods for kravene om god tro bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser ifølge aftalen til skade for forbrugeren’. Som det ses i afgørelsen sammenfattes kriterierne for urimelighedsvurderingen. Dette sætter derfor spørgsmålstejn ved, om kravene i virkeligheden skal ses som særskilte, men derimod snarere som to sammenhængende kriterier.

I sagen C-34/18, Ottíla Lovasné Tóth, pkt. 56-62, udtalte Generaladvokaten, at han ikke mener, at betingelserne skal ses som særskilte, men derimod som to sammenhængende kriterier.

Først og fremmest præsenterer Generaladvokaten i præmis 56, at han er uenig i den opfattelse, at kriterierne ”god tro” og ”betydelig skævhed i parternes rettigheder”, skal ses som separate kriterier, som skal bedømmes hver for sig.

³⁵ Howells., H & Wilhelmsson, T. (2017) . EC Consumer Law.

³⁶ Forenede sager C-240/98 og C-244/98, præmis 24

Efterfølgende i præmis 57, forklarer Generaladvokaten, at netop på grundlag af ordlyden i artikel 3, stk. 1 i direktiv 93/13 skal det anføres, at ordene ”god tro” samt ”betydelig skævhed”, grammatisk er forbundet med præpositionen ”til trods for”.

Herefter forklarer Generaladvokaten, at sådanne præposition ikke indebærer, at den beskrevne situation udgør en ”særskilt betingelse”. Derimod skal sådanne sætning forstås, at en ”betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser” i et kontraktvilkår, er det modsatte af det at være i ”god tro.”

Til uddybning for det allerede omtalte forklarer Generaladvokaten efterfølgende i præmis 58, at artiklen med andre ord skal forstås sådan, at ”til trods for kravene om god tro”, i det væsentligste bare beskriver tingenes tilstand, som opstår, når der faktisk er en ”betydelig skævhed parternes rettigheder og forpligtelser til skade for forbrugeren”.

Ligeledes forklarer Generaladvokaten videre i præmis 59, at ovenstående beviser, at det ikke var EU-lovgiveres hensigt at trække en klar linje mellem ”god tro” og ”betydelig skævhed”, og endnu mindre var det hensigten, at indføre et princip om at ”god tro” som overordnet og uafhængig test, som skal ses adskilt fra direktivets andre bestemmelser.

Slutteligt forklarer Generaladvokaten i præmis 62, at det ud fra ovenstående er hans opfattelse, at urimelighedstesten i artikel 3, stk. 1, kan udledes som et kontraktvilkår, der bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheder ifølge aftalen, som er til skade for forbrugeren. Herefter afslutter Generaladvokaten præmissen med ” *Dette er i det væsentlige den eneste test af artikel 3, stk. 1, i direktiv 93/13, og det er uforment i tillæg hertil at fastslå, at kontraktvilkåret var indføjet som følge af en manglende tro.*”

For at opsummere, mener Generaladvokaten at vilkårene ikke skal ses særskilt som to betingelser. Derimod mener Generaladvokaten, at betingelserne skal se i sammenhæng af hinanden eller nærmere i en systematisk sammenhæng. Dette synspunkt stiller derimod ikke spørgsmålstejn ved, om tidligere EU-afgørelser eller nationale afgørelser er forkerte. Eftersom vilkårene også ville være urimeligt ud fra betragtningen, at betingelserne skal ses adskilte, eftersom begreberne har en systematisk sammenhæng.

Det kan diskuteres, hvorvidt at udfaldet af en vurdering kan være anderledes fra den ene synspunkt til det andet. Som Generaladvokaten udtaler i ovenfor anførte citat, så vil en situation hvor der sker

tydelige skævheder i rettighederne til ulempe for forbrugeren, også være tegn på manglende opfyldelse af god tro. I et omvendt tilfælde vil manglende opfyldelse af god tro, også kunne argumenteres for at skabe en ubalance i rettighederne til ulempe for forbrugeren.

På baggrund af Generaladvokaten udtalelse samt domspraksis, behandles kriterierne i urimelighedsvurderingen i en systematisk sammenhæng i dette projekt, men vil derimod for forståelsen af kriterierne, stadigvæk blive adskilt i de kommende afsnit.

3.2.3.7.1 Kravet om god tro

I den engelske version af direktivet bruges begrebet “good faith” og i den danske oversættelse “god tro.” I den danske implementering i aftalelovs § 38 C, bruges derimod begrebet “Hæderlig forretningsskik”. Dette åbner derfor op for spørgsmålet, om udtrykket “hæderlig forretningsskik i givet fald er en mere passende betegnelse end “ god tro” i forhold til direktivets anvendelse. Ses der på direktivets præambel står der:

“heri ligger hensynet til, at der erhandlet i god tro ; ved vurderingen af begrebet god tro skal der især tages hensyn til styrkeforholdet i parternes forhandlingspositioner, til, om forbrugeren på den ene eller den anden måde er blevet tilskyndet til at give sin tilslutning til kontraktvilkåret, og til, om varerne eller tjenesteydelserne er solgt eller leveret på forbrugers særlige bestilling ; den erhvervsdrivende kan opfylde kravet om god tro ved at handle loyalt og rimeligt med den anden part, hvis legitime interesser han skal tage hensyn til “

Bestemmelsen vægter, at den erhvervsdrivende skal tage hensyn til forbrugeren, hvor der særligt skal tages hensyn til styrkeforholdet. Betegnelsen “hæderlig forretningsskik” stemmer derfor sandsynligvis bedre overens med bestemmelsens bestræbelser, hvor det navnlig er loyalitetspligten der er i centrum. Med andre ord, at den erhvervsdrivende skal tage hensyn til styrkeforholdet til forbrugeren som en svag part.

I Kommissionens meddelelse - Vejledning til fortolkning og anvendelse af Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler, står der følgende til “god tro.”

“Dette bekræfter, at begrebet god tro i artikel 3, stk. 1, er et objektive begreb, der er knyttet til spørgsmålet om, hvorvidt det pågældende kontraktvilkår i lyset af dets indhold er foreneligt med en loyal og rimelig markedspraksis, der tager tilstrækkeligt hensyn til forbrugers legitime interesser. Det er dermed tæt knyttet (215) til skævheden mellem parternes rettigheder og forpligtelser.”

Dermed bliver det klargjort af EU, at “god tro” er et objektive begreb, hvoraf man ser på

kontraktvilkåret i forbindelse med om dets indhold er foreneligt med “rimelig markedspraksis”, samtidig med der tages hensyn til forbrugerens legitime interesse.

3.2.3.7.2 Betydelig skævhed i parternes rettigheder

Som nævnt hænger urimelighedsvurderingen sammen af en vurdering af “ på trods af god tro“ og betydelig skævhed i parternes rettigheder.”

For at se nærmere på “betydelig skævhed”, kan der med fordel ses på sagen C-415/11, Aziz, som omhandlede hvorvidt et vilkår i en låneafale, omkring fastsættelse af det skyldige beløb var urimeligt. Ved EU-domstolens besvarelse af et af præjudicielle spørgsmål udtalte de at “betydelig skævhed” jævnfør artikel 3, stk. 1, skal undersøges i lyset af hvilke nationale regler, som ville have været gældende for forbrugeren, hvis der ikke havde været en aftale mellem parterne, og derefter om aftalen så stiller forbrugeren i en mindre gunstig retsstilling, end hvad der ellers ville have været tilfældet.³⁷

Hermed fastlægger EU-domstolen, at “betydelig skævhed” skal vurderes ved en undersøgelse af de nationale regler, som finder anvendelse, hvis for eksempel kontraktvilkåret ikke havde været til stede. På den baggrund kan det vurderes, om en forbruger ville have indgået i kontraktvilkåret, hvis det havde været genstand for en individuel forhandling. Denne fortolkning kommer ligeledes til udtryk i i præmis 60 i sagen C-421/14, Banco Primus, hvor EU-domstolen udtaler:

“Hvad angår spørgsmålet om, under hvilke omstændigheder der opstår en sådan skævhed »til trods for kravene om god tro«, må det, på baggrund af 16. betragtning til direktiv 93/13 fastslås, at den nationale ret med henblik herpå skal efterprøve, om den erhvervsdrivende, ved at handle loyalt og rimeligt med forbrugeren, med rimelighed kunne forvente, at forbrugeren ville acceptere et sådant vilkår efter individuel forhandling.”

Dermed har EU-domstolen gennem praksis fastlagt, at ved undersøgelsen “betydelig skævhed i parternes rettighed”, skal der først og fremmest ses på, om et givent kontraktvilkår tildeler forbrugerens en ringere retsstilling, end den der vil være givet ved lov. Herefter skal det ud fra den nationale ret vurderes, om en forbruger med rimelighed ville have accepteret kontraktvilkåret, hvis vilkåret havde genstand for en individuel forhandling.

³⁷ C-415/11, Aziz, præmis 77

3.2.3.8 Gråliste til direktivet 93/13

Som bilag til direktivet er en vejledende og ikke udtømmende liste over kontraktvilkår, der kan betegnes som urimelige, som også omtales i artikel 3, stk. 3. Listen er en såkaldt "grå-liste", som er ikke, som medlemsstaterne kan bruge til fortolkning ved vurderingen af urimelige kontraktvilkår.³⁸

At bilaget kun er vejledende ses også i C-478/99, Kommissionen mod Sverige, Forslag til afgørelse fra Generaladvokaten L.A.Geelhoed:

Bilaget giver eksempler på en række vilkår, der kan være urimelige. For at anvende formuleringen i direktivets artikel 3, stk. 3, drejer det sig om »en vejledende og ikke-udtømmende liste over de kontraktvilkår, der kan betegnes som urimelige«. Listen er repræsentativ, i det omfang den opregner de bindende kontraktvilkår, som er mest typiske og mest udbredte, men kontraktvilkår, som ikke er medtaget på listen, kan ligeledes i konkrete tilfælde betegnes som urimelige. Derimod er den omstændighed, at et vilkår findes på listen, alene vejledende, idet det pågældende kontraktvilkår ikke nødvendigvis skal betragtes som urimeligt, f.eks. hvis de ulemper, det medfører for forbrugeren, udlignes gennem andre kontraktvilkår, som er gunstige.

Dermed klarlægges det, at i situationen hvor et givent kontraktvilkår er omfattet af bilaget, så kan det ikke alene på den baggrund antages at være et urimeligt kontraktvilkår. Ligeledes som det også fremgår af art .3 stk. 3, så vil et kontraktvilkår, som ikke er omfattet af bilaget kunne blive anset som urimeligt i henhold til direktivets anvendelsesområde og urimelighedsvurdering.

3.2.3.9 Håndhævelse i forhold til direktivet om urimelige kontraktvilkår

Når det er fastlagt, at en aftale indeholder et urimeligt kontraktvilkår, skal medlemslandene sikre, at sådanne kontraktvilkår *ikke binder* forbrugeren jævnfør artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/13, om urimelige kontraktvilkår. Dette skal ikke forstås på en sådan måde, at vilkåret kan modificeres eller ændres, hvis det findes urimeligt, men derimod skal vilkåret ses bort fra.³⁹ I sagen C-26/13 Kásler fandt EU-domstolen dog frem til, at en land kan vælge at lade dets deklaratoriske regler erstatte som gældende, hvis det findes rimeligt i forhold til omtalte balance mellem forbrugernes og den

³⁸ Weatherill. (2013). *EU Consumer Law and Policy*. s.149

³⁹ Sørensen, M. J. (2013). U.2013B.383 "Om adgangen til at ændre urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler"

erhvervsdrivendes rettigheder, samt er foreneligt med de bestemmelser, der er fastsat i direktivet om urimelige kontraktvilkår. Dette må dog siges at have en hvis begrænsende effekt, eller i hvert fald kun gælde det hypotetiske eksempel, hvor det at helt at se bort fra kontraktvilkårene i aftalen, er til skade for forbrugeren, og der derfor ønskes at skabe en reel balance i forhold til rettighederne.⁴⁰

I C-618/10 Banco Español de Crédito, afsagt den 14. juni 2012 tog EU-domstolen stilling til forståelsen af artikel 6, stk 1 om, at et kontraktvilkår *ikke binder* en forbruger, hvis det er urimeligt. Afgørelsen vedrørte en spansk borger, der havde indgået et kontraktvilkår med en morarente på 29%. Her vurderede den spanske domstol ex officio, at en morarente på 29% var for høj og nedsatte den til 19%. Da sagen kom for 2. instans var domstolen i tvivl om hvorvidt, at det var i overensstemmelse med EU-retten, at kontraktvilkåret nu var blevet modificeret, så det ikke længere var urimeligt. Hertil gjorde EU-domstolen det klart, at medlemsstaterne ikke måtte ændre et kontraktvilkår, som var omfattet af direktivet jævnfør præmis 69. Yderligere fastslog domstolen, at det overordnede formål jævnfør artikel 7, ikke var foreneligt med at modificere et urimelig kontraktvilkår. Hvis en domstol fik kompetence til at modificere et kontraktvilkår, ville den erhvervsdrivende i realiteten ikke løbe en "risiko" ved fx. at sætte en morarente for højt bevidst, hvis domstolen som i Banco Español de Crédito blot nedsætter denne til et passende niveau. I stedet skal den erhvervsdrivende have den fulde konsekvens af ugyldigheden, så den erhvervsdrivende vil afholde sig fra at indskrive urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler - hvormed direktivet får et mere præventiv virkning.⁴¹

Derudover tager direktivet om urimelige kontraktvilkår også stilling til problematikken, når den erhvervsdrivende er fra et tredjeland. Her fastsættes det i artikel 6, stk. 2, at forbrugeren ikke skal fortabe sin ret, selvom han handler med en erhvervsdrivende i et tredjeland. Dette afspejler også af TEUFs artikel 169, der foreskriver, at der i EU skal være samt opretholdes et højt niveau af forbrugerbeskyttelse.

Det må antages, at sådanne niveau af forbrugerbeskyttelse kun kan realiseres, hvis der samtidig sker et højt niveau af håndhævelse. For at skabe det omtalte høje håndhævelses niveau, er bestemmelserne i artikel 7 indsat i direktivet. Her fremgår det, at medlemsstaterne skal i bl.a. forbrugers interesse sikre, at urimelige kontrakter ophører.

⁴⁰ Karnovs noter til artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/13, urimelige kontraktvilkår

⁴¹ Sørensen, M. J. (2013). U.2013B.383 "Om adgangen til at ændre urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler"

3.3 Ophavsret

Ophavsretten beskytter grundlæggende intellektuelle frembringelser, såsom bøger, film, musik, billeder, malerier og software. Disse deles op i to kategorier; litterære værker og kunstneriske værker. International ophavsret har sine rødder helt tilbage i 1886, hvor bernerkonventionen blev vedtaget. Konventionen er tiltrådt af 178 lande, herunder alle EUs medlemsstater, og fastsætter den struktur, som en stor del af senere national og international ophavsret tager udgangspunkt i. Blandt andet tages der stilling til beskyttelsens genstand, hvilke rettigheder den medgiver, indskrænkninger i beskyttelsen, samt perioden for beskyttelse. Der er senere blevet indgået en række multilaterale aftaler på området hvor TRIPS aftalen, indgået mellem WTO's medlemmer, samt WCT, indgået mellem WIPO's medlemmer er særligt vigtige.

I takt med at teknologien har medført nye udtryksformer for værker, er der opstået et behov for at sikre, at disse nyder en tilsvarende beskyttelse. Denne udvikling er til dels blevet adresseret i de internationale forskrifter, men også EU har indført en række direktiver, som både imødekommer den teknologiske udvikling, og fortsat sikrer harmonisering på tværs af medlemsstaterne. Den EU retlige regulering skal bevirke tilstrækkelig beskyttelse af ophavsmanden og rettighedshavere, samtidig med at den varetager den frie bevægelighed, som er et centralt princip inden for unionen.⁴²

På trods af at ophavsret er reguleret af national lovgivning i de enkelte EU medlemsstaterne, så er den genstand for en række harmoniserede direktiver, som blandt andet fastsætter niveauet af beskyttelse på en række områder, således at medlemsstaterne ikke frit kan give hverken dårligere eller bedre rettigheder til ophavsmanden⁴³. Det følger af InfoSoc-Direktivets artikel 1, litra a, at medlemsstaterne skal sikre at forfatteren af et værk, skal nyde ophavsretlig beskyttelse, hvilket giver ophavsmanden juridisk beskyttelse i en række forhold, såsom spredning og fremførelse af værket.

3.3.1 Hvornår opstår den

Ud fra blandt andet EU dommen C-5/08, Infopaq I, er frembringelser beskyttede såfremt, de er skabt på baggrund af ophavsmandens egen frie og kreative valg. På engelsk bruges også udtrykket "author's own intellectual creation", og efter EU-domstolens opfattelse skal dette betragtes som den generelle

⁴² Dreier og Kur. (2013) *European Intellectual Property Law*. s. 244

⁴³ Dreier og Kur. (2013) *European Intellectual Property Law*. s. 245

målestok for ophavsretten.⁴⁴ Ligeledes kom domstolen frem til i InfoPaq, at nyheds-ekstrakter på 11 ord kunne opfylde disse betingelser. En række typer af frembringelser, som ikke nødvendigvis lever op til kriteriet om kreative valg, men som er beskyttet på lignende vis men særskilt lovgivning, er såkaldte 'related rights'. Dette kan for eksempel være databaser eller fotografier. Det er værd at bemærke, at en sådan beslægtet beskyttelse ikke afskærer frembringelsen for at opnå beskyttelse som et værk.

Der er ingen krav om registrering, hvormed beskyttelsen opstår så snart værket frembringes. Dette betyder også, at det er et krav for at opnå ophavsret, at der er sket en form for fiksering af værket. Det vil sige at ophavsretten, ikke beskytter rene idéer og derfor først medgiver beskyttelse når idéen er nedfældet i en 'håndgribelig form'. For eksempel vil en frembringelse ikke være beskyttet, så længe det udelukkende eksisterer i ophavsmandens tanker. Derimod vil det være tilstrækkeligt, såfremt frembringelsen er nedskrevet, tegnet, filmet eller lignende, hvad enten dette er på fysisk eller digital form. Dette fremgår blandt andet af TRIPS artikel 9, og WCT artikel 2, hvormed dette også er gældende ret inden for EU.⁴⁵

3.3.2 InfoSoc-Direktivet

Direktiv 2001/29, også kaldet InfoSoc-Direktivet, har til formål at harmonisere ophavsretten inden for unionen. En af de primære hensyn er at sikre at det vedholdes en grad af harmonisering i forbindelse med teknologiske fremskridt.⁴⁶ Herunder implementerer det også WCT traktaten,⁴⁷ hvormed det er den største harmonisering af ophavsretten inden for EU.

Grundlæggende sikrer InfoSoc-Direktivet, at ophavsmanden har eneretten til at tillade og/eller forbyde følgende af værket: reproduktion (artikel 2), overføring til almenheden (artikel 3) og spredning af værket (artikel 4).

3.3.3 EDB-direktivet

Direktiv 2009/24 omhandler beskyttelse af computerprogrammer, og er lex specialis i forhold til InfoSoc⁴⁸ Som det fremgår af præambel 7, omfatter direktivet enhver form for program. Ifølge artikel

⁴⁴ Dreier og Kur. (2013) *European Intellectual Property Law*. s. 293

⁴⁵ Se bl.a. C-406/10, SAS Institute, præmis 4 og 6

⁴⁶ Direktiv 2001/29, præambel 5

⁴⁷ Dreier og Kur. (2013) *European Intellectual Property Law*. s. 270

⁴⁸ C-355/12, Nintendo vs PC Box, præmis 23

1, nr. 1 skal EDB-programmer beskyttes som litterære værker efter bernekonventionen. Direktivet finder ikke anvendelse på elementer af en brugergrænseflade, og ud fra samme 'ophavsretlige princip' er idéer og principper som er omfattet af 'logik, algoritmer og programmeringssprog' heller ikke omfattet af direktivet. Til gengæld skal deres udtryksform være beskyttet ophavsretligt andetsteds.⁴⁹

EDB-direktivet indeholder dog nogle mere vidtgående undtagelser til beskyttelsen vedrørende for eksempel korrektion af fejl, sikkerhedskopier og dekompilering⁵⁰. Direktivet bygger på modstående hensyn, i hvilken forbindelse det påpeges at udvikling af EDB programmer kan være særdeles omkostningsfuldt, samtidig med at reproduktion heraf kan ske hurtigt og næsten uden omkostninger.⁵¹ Dette giver et incitament til at sikre at ophavsmænd bag computerprogrammer nyder beskyttelse. Undtagelserne vedrørende dekompilering og rettelse af fejl tyder dog på, at der ligeledes har været fokus på hensynet til, at køberen, samt hensynet til at andre aktører kan udvikle selvstændig software med interoperationalitet.

I modsætning til InfoSoc-Direktivet, så sondres der her ikke mellem overføring og tilrådighedsstillelse for almenheden og spredning. Dette betyder også at bestemmelsen om konsumering af rettigheden i artikel 4, stk. 2, finder anvendelse i begge tilfælde, såfremt der er sket et salg, og at dette er foregået med rettighedshaverens samtykke.

3.3.4 Rettighedens overgang til tredjemand

Det fremgår af InfoSoc-Direktivets præambel 30, at rettighederne i kapitel 2, kan overdrages til en anden part. Ophavsretten kan opdeles i både de økonomiske og de ideelle rettigheder. De økonomiske rettigheder angår retten til at udnytte værket, og gennemgås i det efterfølgende afsnit, i henhold til InfoSoc-Direktivet og EDB-direktivet. De ideelle rettigheder, også kaldet moralretten, angår blandt andet forfatterens ret til at blive nævnt i forbindelse med værket.

Moralretten og ophavsretlige kontrakter er ikke et harmoniserede områder inden for EU⁵², hvormed det ikke reguleres i direktiverne.

⁴⁹ Se Direktiv 2009, artikel 1, nr 2, & præambel 11

⁵⁰ Direktiv 2009/24, artikel 5 og 6

⁵¹ Direktiv 2009/24, præambel 2

⁵² Dreier og Kur. (2013). Intellectual Property Law, s. 315

3.3.5 Tildelte rettigheder

Såfremt at frembringelsen opfylder kravene til, at der opstår ophavsret, vil ophavsmanden have eneretten til både at tillade og forbyde en række handlinger. Disse rettigheder fremgår af flere direktiver, og selv om der på nogle punkter er et vist overlap, har InfoSoc-Direktivet karakter af lex generalis for værker, hvorimod andre direktiver udelukkende angår en specifik situation eller type af frembringelse. Nedenfor gennemgås reglerne i forbindelse med disse enerettigheder i henhold til InfoSoc-Direktivet, samt EDB-direktivet, af hensyn til deres relevans i forhold til dette projekts problemstilling.

3.3.5.1 Reproduktion

Som udgangspunkt giver ejendomsretten over et eksemplar ikke tilladelse til at lave reproduktioner af værker, uagtet om retten til at videresælge det er konsumeret. Dette er principielt tilfældet for værker omfattet af EDB-direktivet, og InfoSoc-Direktivet. I UsedSoft afgørelsen var dette relevant i forhold til det første og tredje spørgsmål, da modtagelsen af digitale værker, hvad enten det er via download eller fysisk medie, uomgåeligt vil medføre at der sker en kopiering fra lagringsmediet eller serveren over til brugerens computer, hvilket er en reproduktion af værket. For at imødegå denne problematik har både InfoSoc-Direktivet og EDB-direktivet deres egne undtagelsesbestemmelser.

I forbindelse med computerprogrammer følger det af EDB-direktivets artikel 5, stk. 1 at tilladelse fra ophavsmanden til varig eller midlertidig reproduktion ikke er nødvendig, med mindre andet er aftalt, såfremt det er nødvendigt for, at den der retmæssigt har erhvervet programmet kan anvende det til dets formål. Dertil fremgår det af samme direktivs præambel 13, at indlæsning og kørsel af et lovligt erhvervet program ikke må forbydes ved aftale. EU-domstolen lægger i UsedSoft vægt på at denne undtagelse gælder både for den første lovlige erhverver, samt senere erhververe, såfremt rettigheden til eksemplaret af udtømt, da reproduktionen skal anses som nødvendig for at anvende programmet til dets formål.⁵³ Begrundelsen for dette er at ophavsmanden ellers ville kunne forbyde videresalg af et konsumeret eksemplar, med henvisning til at den pågældende senere erhverver ikke har tilladelse til at foretage en reproduktion af værket.⁵⁴

⁵³ C-128/11, UsedSoft, 77, 80 og 81

⁵⁴ C-128/11, UsedSoft, præmis 83

InfoSoc Direktivet fastsætter en række undtagelser til den ophavsretlige beskyttelse i artikel 5. Det er dog udelukkende artikel 5, nr. 1, omhandlende midlertidige reproduktioner, som er obligatorisk for medlemsstaterne at indføre. Undtagelsen om midlertidige reproduktioner medfører at *'flygtige eller tilfældige'* reproduktioner, som er et væsentlig led af en teknisk process, og udelukkende har til formål at muliggøre transmission mellem tredjemænd eller lovlig brug, af et værk, på en måde hvor det ikke har selvstændig økonomisk værdi. Denne undtagelse har til formål at imødegå de problemstillinger der opstår i forbindelse med især digitalt indhold, da enhver *'visning'* heraf (for eksempel streaming) eller downloads vil medføre, at der på et teknisk plan foretages en elektronisk kopi, på den computer hvor indholdet tilgås. Bestemmelsen er formentlig indført, da det at tilgå digitalt indhold på mange måder kan sidestilles med deres fysiske ækvivalenter, men ikke desto mindre medfører, at der på et rent teknisk plan ellers vil ske krænkelse af retten til reproduktion. En central forskel mellem InfoSoc og EDB-direktivet er at den obligatoriske undtagelse i InfoSoc, udelukkende angår midlertidige reproduktioner, hvorimod EDB-direktivets undtagelser angår enhver reproduktion.

3.3.5.2 Overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden

Retten til overføring eller tilrådighedsstillelse til almenheden findes i InfoSoc-Direktivets artikel 3, stk. 1 og 2. (herefter *overføring til almenheden*) Grundlæggende tillægger den ophavsmanden retten til at forbyde eller tillade enhver trådløs eller trådbunden overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden. I direktivets præambel 23 og 24, tilkendegives det at denne bestemmelse alene bør angå de situationer, hvor modtageren ikke befinder sig på stedet, hvor tilrådighedsstillelsen eller overførslen finder sted. Hermed skal det forstås, at en direkte fremførsel eller fremvisning, af et beskyttet værk, ikke er omfattet af artikel 3 i InfoSoc-Direktivet, hvorfor sådan en situation stadig er uharmoniseret.⁵⁵ Der findes omfattende retspraksis på EU plan, som forsøger at afgøre, hvad der skal forstås ved overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden i forskellige situationer. For eksempel kan vi se på sagen C-306/05 SGAE, som omhandler hvorvidt distribution af et tv signal til gæster på et hotel udgjorde en overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden. EU-domstolen kom frem til, at selvom hotelværelser har en vis privat karakter, var det alligevel omfattet af InfoSoc-Direktivets artikel 3, stk. 1.⁵⁶ I modsætning hertil ved vi fra sagen C-135/10, SCF Consorzio Fonografici at afspilning af musik på en tandlægeklinik ikke udgjorde en overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden. Domstolen påpeger blandt andet, at det er relevant, hvorvidt handlingen sker med

⁵⁵ Dreier og Kur. (2013) *European Intellectual Property Law*. s. 299

⁵⁶ C-306/05, SGAE v. Rafael Hoteles, præmis 54

vinding for øje⁵⁷, hvilket det efter omstændighederne blev vurderet at det ikke var, da det ikke formodes at musikken havde en effekt på klinikens indtægt.⁵⁸

Blandt den omfattede praksis på området kan der udledes flere kriterier for hvornår, der er tale om en overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden. For det første skal være et ubestemt antal modtagere. Dertil skal kommunikationen nå et nyt publikum, ("new public") hvilket vil sige, at reglerne ikke er relevante, hvis modtageren allerede har adgang til værket. Som henvist til tidligere skal der også være tale om et vist kommercielt øjemed, og der må ligeledes ikke være tale om et foretagende af private karakter.⁵⁹

3.3.5.3 Spredning

Ophavsmanden til et værk har retten til at tillade eller forbyde enhver i at sprede sine værker. Grundlaget herfor finder vi i InfoSoc-Direktivets artikel 4, nr. 1. Sammen med overføring til almenheden dækker dette begreber over de fleste handlinger, hvor værket kan tilgås. Traditionelt set angår denne bestemmelse spredning af fysiske eksemplarer. Til illustration ses sagen C-456/06, Peek & Cloppenburg, som omhandlede spørgsmålet om hvorvidt, det at lade en tredjepart sidde på en ophavsretligt beskyttet udstillingsstol, udgjorde en spredning i henhold til artikel 4, stk. 1. EU-domstolen kom frem til, at der udelukkende er tale om en spredning, såfremt ejendomsretten til eksemplaret bliver overdraget, hvilket ikke var tilfælde i den pågældende sag.

3.3.6 Konsumtion

Konsumering, eller udtømmelse af rettigheden, medfører at så snart et eksemplar er solgt med rettighedshaverens samtykke, så har vedkommende ikke længere mulighed for at forbyde andre i at distribuere det pågældende eksemplar. Generelt for ophavsretten på EU plan findes reglerne i InfoSoc artikel 4, stk. 2, og vedrørende software findes reglerne i EDB-direktivets artikel 4, nr. 2. Med hensyn til InfoSoc-Direktivet gælder denne indskrænkning kun for spredning, hvorimod for EDB-direktivet gælder indskrænkning i forhold til spredning og udlejning, så snart der er sket salg. Reglerne om konsumtion er således ikke relevante i forhold til betragtningerne om overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden.

⁵⁷ C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso*, præmis 88

⁵⁸ C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso*, præmis 97

⁵⁹ Dreier og Kur. (2013) *European Intellectual Property Law*. s. 299

I sagen C-78/70, Deutsche Grammophon erkendte EU-domstolen at, der var konflikt mellem ophavsretten og varens frie bevægelighed. Resultatet heraf blev indførelsen af et princip om konsumtion af rettigheden på EU plan. Denne indskrænkning i ophavsrettens beskyttelse er senere blevet nedfældet i flere direktivtekster, og bygger på et hensyn om at rettighedshavere ikke skal kunne udøve kontrol med eksemplarer, som allerede er solgt inden for unionen, således at rettighedshavere ikke vil kunne forhindre at varer bliver flyttet mellem medlemsstater, under påstand om at rettigheden ikke er konsumeret i indførselslandet.

3.3.7 C-128/11, UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp., (UsedSoft)

UsedSoft afgørelsen fra 2012 tog stilling til nogle principielle spørgsmål angående retten til at videresælge software. Afgørelsen resulterede i en doktrin, som tillader at produktnøgler til software kan videresælges. I den forbindelse er det ikke tilstrækkeligt at slutbrugeraftalen anføre at der er tale om en licens, for at omgå disse regler.

Sagen er en præjudiciel forespørgsel og omhandler UsedSoft GmbH (UsedSoft), som er erhvervsdrivende og sælger brugte produktlicenser til software udviklet af Oracle International Corp. (Oracle)

Det er anført i Oracles licensaftaler, at der udelukkende er tale om en tidsubegrænset, ikke-eksklusiv, ikke-overdragelig brugsret til Oracles produkter. Oracle lagde sag an mod UsedSoft, ved Landgericht München og fik medhold i deres påstand, om at UsedSoft skulle ophøre i salget af brugte licenser. UsedSofts anmodning om anke blev forkastet, hvorefter de iværksatte revisionsanke for Bundesgerichtshof, som forelagde sagen for EU-domstolen. Ifølge den forelæggende ret kunne UsedSofts kunder ikke påberåbe sig retten til reproduktion, da licensaftalen nævner at brugsretten er uoverdragelig.

Central for dommen er hvorvidt den national implementering (i Tyskland) af direktiv 2009/24, artikel 5, stk. 1 kan påberåbes af UsedSofts Kunder.

i den forbindelse fremlagde den forelæggende ret tre spørgsmål for EU-domstolen, som angik følgende problemstillinger:⁶⁰

1: Hvorvidt den som kan påberåbe sig, at retten til at sprede en kopi er udtømt, sammenfaldende med den der har retmæssigt erhvervet programmet, som nævnt i artikel 5, stk. 1?

2: Om der sker konsumering af retten til at sprede en kopi af et computerprogram, efter artikel 4, stk 2, når kopien downloades med rettighedshaverens tilladelse?

3: Om erhververe af brugte softwarelicenser kan påberåbe sig retten til spredning er udtømt, når den første erhverver har fremstillet (downloadet) kopien med rettighedshavers tilladelse og har slettet eller ikke længere anvender sin kopi?

I forbindelse med andet spørgsmål lægger EU-domstolen vægt på ordlyden af artikel 4, stk. 2, som anfører at retten til spredning er udtømt ved første salg i unionen. EU-domstolen påpeger, at en almindelig anerkendt definition af et salg er at ejendomsretten til et fysisk eller immaterielt gode overdrages mod betaling.⁶¹

Oracle gjorde gældende at de ikke foretog salg af deres produkter, men stillede dem til rådighed gratis for download til personer, som har indgået en licensaftale med dem, og at der dermed ikke er sket en overdragelse af ejendomsretten til kopien.

EU-domstolen konkluderede, at der var tale om et salg, ud fra de pågældende omstændigheder og påpegede at begrebet "salg" skal fortolkes bredt, således at det omfatter alle former for markedsføring af en varer, der er kendetegnet ved tildeling af en tidsubegrænset brugsret imod en engangsbetaling, da reglerne om konsumtion ellers ville kunne omgås, ved at leverandøren blot kategoriserer aftalen som et salg.⁶²

I forhold til spørgsmål 1 og 3 anførte EU-domstolen at reproduktion i forhold til artikel 5, stk. 1 er lovlig, når det er nødvendigt for, at den retmæssige erhverver kan benytte programmet til dets formål. Det samme gør sig gældende for efterfølgende erhververe, da ophavsmanden ellers ville kunne omgå reglerne om konsumtion, ved at påberåbe sig, at den retmæssige erhverver foretager uretmæssig reproduktion ved at downloade eller lave lignende overførsler af programmet.

⁶⁰ C-128/11, UsedSoft, præmis 34

⁶¹ C-128/11, UsedSoft, præmis 42

⁶² C-128/11, UsedSoft, præmis 49

3.3.8 C-263/18, Tom Kabinet mod Nederlands Uitgeversverbond (Tom Kabinet)

I sagen Tom Kabinet afgøres det hvorvidt om reglerne om spredning i InfoSoc-Direktivets artikel 4 eller reglerne om tilrådighedsstillelse/overføring til almenheden, i artikel 3, finder anvendelse på salg af e-bøger. Sagen er af principiel betydning, da den formentlig vil kunne anvendes på andre typer af værker, såsom film og musik, som generaladvokaten påpeger, i sit forslag til afgørelsen.⁶³ Sondringen har betydning for om hvorvidt der sker konsumtion af eksemplaret, således at det frit kan videresælges. I sagen kommer EU-domstolen frem til at det ikke kan afgøres om hvorvidt online salg af E-bøger, skal anses som overføring eller tilrådighedsstillelse til almenheden, eller spredning af eksemplarer, ud fra InfoSoc alene. På den baggrund inddrages WCT traktaten, hvori det fremgår at reglerne om spredning og i forlængelse heraf konsumtion, udelukkende er tilsigtet fikserede kopier.

Sagen opstod i Holland da Nederlands Uitgeversverbond, som er en brancheorganisation for blandt andet udgivere af bøger i Holland, lagde sag mod Tom Kabinet på koncernniveau, (Tom Kabinet) med påstand om at Tom Kabinet krænkede Nederlands Uitgeversverbonds medlemmers ophavsret, samt at Tom Kabinet ved sit salg af E-bøger foretog såkaldt overføring til almenheden, hvormed dette kræver tilladelse fra ophavsmanden, netop fordi der ikke sker konsumering.

Tom Kabinets salg af E-bøger foregik via en online "læserklub", som krævede betaling for medlemskabet. Efter tilmeldelsen fik kunderne adgang til at købe brugte e-bøger. E-bøgerne havde Tom Kabinet fået af andre medlemmer eller på anden vis købt adgang disse.

Hvis medlemmerne selv "solgte" deres »brugte« E-bøger til Tom Kabinet modtog de et tilgodehavende til køb af andre E-bøger fra læserklubben. I dette tilfælde skulle medlemmer uploade bogen via et link, som gjorde det muligt for Tom Kabinet at downloade bogen, samtidig med at medlemmet skulle erklære, at vedkommende ikke havde gemt kopier af bogen.

På den baggrund af Nederlands Uitgeversverbonds påstand, valgte den Hollandske domstol at nedsætte en række præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen, herunder hvorvidt der sker

⁶³ C-263/18, Tom Kabinet, Generaladvokatens forslag til afgørelse, pkt. 61

konsumtion af E-bøger. Det første og andet spørgsmål omhandler hvorvidt salget af E-bøger var omfattet af reglerne om spredning, og om en online tilrådighedsstillelse for i EU, medfører at rettigheden konsumeres. Dertil spurgte den forelæggende ret om, hvorvidt overdragelse mellem retmæssige erhververe også medfører tilladelse til, at den nødvendige reproduktion for at bogen kan anvendes.

EU-domstolen fandt herefter frem at videresalg af E-bøger udgjorde en overføring til almenheden jævnfør InfoSoc-Direktivet, og altså ikke en spredning, som altså er tilfældet ved almindelige fysiske bøger. Med dette har EU-domstolen statueret, at konsumptionsprincippet ikke finder anvendelse på e-bøger, og altså derfor ikke kan videresælges uden ophavsmandens tilladelse. EU-domstolen begrundede dette med, at det ud fra InfoSoc-Direktivet ikke kan afgøres, om salg af e-bøger skal behandles efter reglerne om spredning i InfoSoc artikel 4 eller overføring til almenheden i InfoSoc artikel 3.⁶⁴ Det anføres herefter at EU retten skal fortolkes i forhold til gældende international ret, hvorfor svaret skal findes i WIPO-traktat om ophavsret (WCT), artikel 6(1) og 8.⁶⁵ Ifølge fælles erklæringerne til WCT artikel 6 og 7, omfatter disse udelukkende fikserede kopier, der kan bringes i omsætning som rørlige ting, hvorfor EU-domstolen kom frem til at artikel 6(1), som omhandler spredning, ikke kan anvendes. Hermed betragtes salget af E-bøger som en overføring til almenheden efter WCT artikel 8 samt InfoSoc artikel 3.

I forhold til UsedSoft afgørelsen påpeger EU-domstolen, at dommen udelukkende omhandler beskyttelse af computerprogrammer i forbindelse med EDB-direktivet, hvilket udgør *lex specialis* i forhold til InfoSoc-Direktivet. Med den begrundelse finder EDB-direktivets artikel 4, stk. 1 ikke anvendelse på e-bøger.

Kapitel 4 - Analyse af slutbrugeraftalevilkår

I følgende afsnit vil projektets to hovedtemaer blive sat i forhold til de betragtninger som er anført i forrige afsnit.

Først behandles hovedtema 1 omkring rettighederne til brugergeneret indhold. I den forbindelse vil sådanne vilkår blive undersøgt i forhold til anvendelsesområdet for direktivet om urimelige kontraktvilkår og dernæst urimelighedsvurderingen. I forhold til urimelighedsvurderingen inddrages de relevante direktivbestemmelser og retspraksis til at afdække om sådanne vilkår dermed medfører en betydelig skævhed i parternes retsstilling. Situationen som undersøges er aftalevilkår, som

⁶⁴ Tom Kabinet, præmis 37

⁶⁵ Tom Kabinet, præmis 38 og 39

stipulerer at rettigheden enten overdrages til den erhvervsdrivende eller at der udstedes en vidtgående tidsubegrænset licens til rettigheden.

Herefter undersøges hovedtema 2 omkring vilkår, der angiver købet som en licens, og hvormed dette medfører, at der er tale om et urimeligt vilkår. Det undersøges i den forbindelse om et vilkår, som stipulerer at forbrugeren ikke må videresælge videospillet, og/eller at købet alene udgøre en licens.

4.1 Hovedtema 1 - Brugergenereret indhold

Da direktivet om urimelige kontraktvilkår udelukkende finder anvendelse på aftalevilkår mellem erhvervsdrivende og forbrugere er det relevant at vurdere om hvorvidt en køber af et videospil, herved kan falde uden for anvendelsesområdet. Brugergenereret indhold udvikles i nogle tilfælde med en vis økonomisk gevinst for øje. Ud fra principperne fastsat i C-110/14, Costea, præmis 21 vil dette dog næppe medføre at køberen anses som erhvervsdrivende, med mindre at købet udelukkende foretages med henblik på at skabe brugergenereret indhold i et erhvervsmæssigt øjemed. Købsaftaler i forbindelse med videospil vil med overvejende sandsynlighed ikke blive undtaget for direktivets anvendelsesområde på denne baggrund.

4.1.1 Har kontraktvilkåret været genstand for en individuel forhandling?

Som projektet har illustreret, så accepterer en forbruger ofte en række slutbrugeraftaler ved afkrydsning af et felt under selve købet. Ved dette afkrydsningsfelt accepterer forbrugeren at være bekendt med en række vilkår. Da der dermed på intet tidspunkt bliver adgang til hverken gå i dialog, eller på anden vis ændrer vilkårene, kan det forholdsvis let konkluderes, at indgåelse af aftalevilkårene i forbindelse med køb af videospil igennem spilplatforme, ikke bliver genstand for en individuel forhandling jævnfør art, 4, stk. 2, i direktivet om urimelige kontraktvilkår.

4.1.2 Er kontraktvilkåret omfattet af begrebet aftalens hovedgenstand

Som det er gennemgået finder direktivet ikke anvendelse, hvis vurderingen omhandler hovedgenstanden, så vidt dette er affattet klart og forståeligt. For at afgøre om kontraktvilkåret er omfattet af direktivets urimelighedsvurdering, skal det først undersøges, om det falder under betegnelsen ”aftalens hovedgenstand,” og derfor ikke er omfattet af direktivet.

Når en spiludbyder i aftalevilkår skriver, at de som erhvervsdrivende ”ejers alle rettigheder til brugergenereret indhold,” eller at der udstedes en tidsubegrænset, vederlagsfri og uigenkaldelig licens, skal der derfor ses på, om sådanne formulering definerer selve aftaleforholdet, eller er underordnet hertil. Som beskrevet under den retlige ramme af direktivets anvendelsesområde, Skal der ved fortolkningen af ”hovedgenstand” tages hensyn til formålet med direktivet. Ses der på købet af et videospil via en spilplatform, vil hovedgenstanden vedrøre selve købet af spillet.

Eftersom det omhandlende kontraktvilkår angår rettighedsoverdragelse, hvis spilleren på et tidspunkt modificerer eller tilføjer spillet et nyt kreativt værk eller funktion, må dette ses som underordnet i forhold til aftaleforholdets natur.

På denne baggrund finder direktivets begrænsning i artikel 4, stk. 2, ikke anvendelse på vilkår, hvor den erhvervsdrivende tilskriver sig alle rettigheder overfor forbrugers kreative værker, der tilføres spillet, da der ikke er tale om et eksemplar men selve rettigheden.

4.1.3 Overensstemmelse mellem pris og varer

Ligeledes opsætter direktivet om urimelige kontraktvilkår i artikel 4, stk. 2, en undtagelse til vurderingen af et kontraktvilkår, hvis det vedrører overensstemmelsen mellem pris og varer.

Det kan i midlertidig *forholdsvist* let fastslås, at kontraktvilkår hvor den erhvervsdrivende tilskriver sig rettighederne i forbindelse med en brugers tilføjelser til spillet ikke angår prisen.

Ud fra disse betragtninger kan det derfor fastlægges, at netop disse omtalte vilkår, kan være omfattet af direktivets anvendelsesområde, og derfor potentielt kan være urimelige. For at undersøge dette, skal der foretages en urimelighedsvurdering.

Da det statueres at begrænsningen vedrører aftalens hovedgenstand ikke finder anvendelse samt overensstemmelsen mellem varer og pris, er det derfor ikke relevant at diskutere, hvorvidt det i så fald er affattet klart og forståeligt jævnfør artikel 4, stk. 2.

Aftalevilkår der vedrører overdragelse af rettighederne til brugergeneret indhold eller en licens hertil er derfor inden for direktivets anvendelsesområde.

4.1.4 Urimelighedsvurderingen

Som tidligere omtalt bygger urimelighedsvurderingen på, om hvorvidt forbrugeren hypotetisk ville have accepteret vilkåret, såfremt det var individuelt forhandlet, og om hvorvidt forbrugeren bliver stillet dårligere, end han ellers ville være blevet stillet i henhold til national lovgivning, hvis aftalen ikke var blevet indgået. I forbindelse med disse betragtninger vil det derfor være relevant at analysere sådanne vilkår ud fra gældende regler om ophavsretten.

4.1.4.1 Er Brugergeneret indhold beskyttede værker?

Først må vi overveje om brugergeneret indhold, kan udgøre beskyttede værker i forhold til ophavsretten. Da brugergenereret indhold i princippet kan fremstå i alle former såsom 3D, lyd, billeder, tekst, programmering eller enhver kombination heraf, er det af det naturligvis ikke alle Brugergenereret indhold, der opfylder originalitetskravet. Et Brugergenereret indhold der udelukkende modificere én, eller ganske få variabler i spillogikken vil næppe opfylde kravet om originalitet. Et banalt eksempel man kan forestille sig er tilfældet hvor et Brugergenereret indhold, for eksempel justerer størrelsen på startsummen af 'penge' i The Sims. Selvom der kan være tekniske udfordringer i at foretage denne ændring, vil selve skabelsen udelukkende omfatte indstilling af en enkelt værdi, da den påkrævede indsats eller tekniske viden ikke har indflydelse på om det er et værk⁶⁶. Det er dog i princippet uden betydning i henhold til de enkelte slutbrugeraftaler, om hvorvidt der findes forekomster af disse Brugergenereret indhold, som ikke opfylder kravene til originalitet, da urimelighedsvurderingen ikke foretages på baggrund af vilkåret sat i forhold til en enkelt forbruger. Med andre ord vil vilkåret altså ikke kunne være urimeligt for forbrugere som skaber Brugergenereret

⁶⁶ Dreier og Kur. (2013) *European Intellectual Property Law*. s. 293

indhold,, der opfylder originalitetskravet og samtidig rimeligt for andre forbrugere som alligevel ikke skaber Brugergenereret indhold,, der er ophavsretligt beskyttede, eftersom direktivets anvendelse vedrører ikke individuelle forhandlet vilkår, hvormed det drejer sig om aftaler, som typisk er “masseproduceret” som tidligere omtalt. Ligeledes står der i Kommissionens Meddelelse vedrørende anvendelsesområdet for direktivet om urimelige kontraktvilkår: Vejledning til fortolkning og anvendelse Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler⁶⁷, at begrebet “forbruger” objektivt afspejler den typiske svagere stilling, som den erhvervsdrivendes modpart, hvormed at fordi en bestemt forbrugeres viden og kompetencer er større, ikke på den baggrund udelukker en sådanne person fra et være en “forbruger”, i forhold til direktivets anvendelse. Dermed stilles sådanne en person ikke ringere i forhold til vurderingen af et urimelige kontraktvilkår. Ud fra disse betragtninger fastlægger EU-domstolen, at selvom der er styrkeforskelle på diversiteten mellem forbrugere, så skal det i forhold til direktivets henseende ses i et objektivt lys, hvor en “forbruger” dermed er en generel terminologi, og altså ikke udelukker anvendelsen af direktivet for en person som i mindre grad, eller i nogle tilfælde overhovedet ikke udnytter muligheden for at tilføje spil brugergeneret indhold.

Såfremt den erhvervsdrivende har afgrænset sig til frembringelser lavet i videospillet, eller i tilknyttet software, er en anden relevant betragtning hvorvidt opsætninger inde i selve videospillet eller tilhørende software kan være omfattet af ophavsretlig beskyttelse. Situationen har tidligere været fremme i dansk ret, hvor Sø og Handelsretten kom frem til at opsætning af skabeloner i AutoDesk Revit, et program til opstilling af byggemodeller, ikke udgjorde et program efter EDB-direktivet, og ikke kunne beskyttes efter ophavsretsloven.⁶⁸ Dette synspunkt har ikke været efterprøvet i EU retten, men det kan give anledning til en række spørgsmål i forhold til bernekonventionens artikel 2, nr. 1, som anfører at ophavsretten beskytter enhver intellektuel frembringelse, uagtet hvilken form det frembringes på. I forhold til videospil er dette relevant, da brugergeneret indhold også kan henvise til indhold der er skabt inden for de rammer spillet har opsat. Et eksempel herpå ser vi i for eksempel Nintendo’s Super Mario Maker, hvor en signifikant del af spillet omhandler at brugerne bygger deres egne niveauer ud fra en række elementer, der er lavet på forhånd. Disse kan kombineres på et utal af måder, og spørgsmålet for så vidt angår ophavsretten, vil i den forbindelse være hvorvidt begrænsningerne fastsat ud fra hvordan spillet afvikles, er til hinder for at der er ophavsret. Med dette

⁶⁷ Kommissionens Meddelelse om urimelige kontraktvilkår: Vejledning til fortolkning og anvendelse Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler Pkt. 1.2. Direktivets anvendelsesområde

⁶⁸ U 2019.12S

menes at det potentielt kan være en hindring, at skaberen af frembringelsen har nogle kreative begrænsninger til udformningen af dette niveau, som følge af hvordan videospillet er tilrettelagt.

Selvom diskussionen for om hvorvidt et niveau i Super Mario Maker bør nyde ophavsretlig beskyttelse kan forekomme pedantisk, da der ikke er mulighed for direkte at 'trække det ud' af spillet, er det alligevel ikke helt uden betydning af to grunde. *For det første* giver det anledning til en række afgrænsningsmæssige spørgsmål i henhold til andre videospil og software, hvor der forekommer færre eller flere begrænsninger. *For det andet* kan det potentielt give brugeren en dårligere retsstilling såfremt der er ophavsret, og vilkår om overdragelser eller licensering heraf accepteres, da den erhvervsdrivende i så fald potentielt ville kunne forhindre brugeren i at genbruge samme opsætninger og elementer til andre projekter uden for spillet. Til illustration heraf kan videospillet Warcraft III betragtes. Det indeholder værktøjer, som i høj grad tillader brugeren selv at tilføje elementer til spillet og bestemme afviklingen af spillet for eksempel gennem programmering, importering af ekstern lyd, grafik med videre (såkaldte "*custom maps*"). Såfremt en bruger har importeret originalt materiale i disse brugergeneret *custom maps*, vil en overdragelsen af rettigheden til denne potentielt kunne medføre at brugeren krænker ophavsretten såfremt dette materiale genbruges i andre projekter, som er relateret til Warcraft III.

4.1.4.2 Er brugergenereret indhold et "EDB-program"?

En væsentlig sondring i forhold til ophavsretten i forbindelse med brugergenereret indhold, vedrører hvorvidt det er omfattet af begrebet *EDB-programmer* i direktivet 2009/24/EF. Sondringen er vigtig fordi senere retspraksis har vist, at blandt andet UsedSoft dommen kun finder direkte anvendelse på software, og ikke værker der som helhed, skal anses som et komplekst værk.⁶⁹ Dertil er der ved indførelsen af Direktiv 2019/790 om Ophavsret i det Digitale Indre Marked, i artikel 18, blevet bestemt at ophavsmænd har ret til en passende vederlag, såfremt rettigheder overdrages eller licenser udstedes (ikke implementeret endnu). Denne bestemmelse finder dog ikke anvendelse på ophavsmænd af computerprogrammer.⁷⁰

⁶⁹ Nintendo vs. PC Box, præmis 23

⁷⁰ Direktiv 2019/790 om Ophavsret i det Digitale Indre Marked, Artikel 23, stk. 2

Ifølge direktivets præambel 7, 10 og 11 er et EDB-program ethvert form for program inkorporeret i computere, som via logiske processer og interaktion med brugere og andre komponenter, frembringer et tilsigtet resultat. Den sproglige formulering af dette direktiv lader primært til fokusere på computerprogrammer som et redskab og ikke et underholdningsmedie. Det skal bemærkes at der på et teknisk plan ikke er fundamental forskel på software som redskaber eller underholdning, da begge anvender logiske processer og inputs, fra enten brugere eller andre programmer, til at generere nogle resultater inden for en programmets ramme.

Ifølge præambel 11 nyder brugergrænsefladeelementer ikke beskyttelse i henhold til dette direktiv, og ud fra samme 'ophavsretsprincip' er idéer og principper som er omfattet af 'logik, algoritmer og programmeringssprog' heller ikke er omfattet af direktivet, til gengæld skal deres udtryksform være beskyttet ophavsretligt. Det er værd at bemærke at direktivet kalder dette et ophavsretsprincip hvormed det må antages at kunne overføres på lignende elementer indeholdt i et computerprogram såsom lydfiler, animationer, 3D grafik mv. I sag C-355/12, Nintendo vs PC Box, giver EU-domstolen udtryk for samme opfattelse. Den forelæggende ret i Italien anfører i forelæggelseskendelsen at afviklingen af videospil, herunder de lyd og billeder dette medfører, har en konceptuel selvstændighed, som ikke kan reduceres til et computerprogram, uagtet om at funktionaliteten afledes heraf.⁷¹ EU-domstolen tilslutter sig denne opfattelse og lægger vægt på at både videospillet, samt dets bestanddele også er beskyttet under InfoSoc-Direktivet.⁷² Brugergeneret indhold vil udelukkende være beskyttet efter reglerne i InfoSoc-direktivet, med mindre at det indeholder programkode, som er udarbejdet af brugeren.

Ud fra retspraksis ved vi at digitalt indhold, hvor der er betydelige delelementer, som ikke udgør programmer i EDB-direktivets forstand, skal behandles efter InfoSoc.⁷³ I forhold til programmer, vil de dog næsten altid indeholde brugergrænsefladeelementer og andre dele, som er undtaget EDB-direktivet. I Tom Kabinet påpeger EU-domstolen, at selv hvis en e-bog udgør sammensat materiale, altså at den indeholder elementer som er beskyttet efter EDB-direktivet og elementer som ikke er, så vil programdelen i dette tilfælde udelukkende have accessorisk karakter, hvormed det samlet skal behandles efter InfoSoc.⁷⁴ Ud fra disse betragtninger, må vurderingen om hvorvidt indholdet er beskyttet efter InfoSoc eller EDB-direktivet, skulle laves på baggrund af en helhedsvurdering af om den primære del af værket er et program eller ej.

⁷¹ C-355/12, Nintendo vs PC Box, præmis 16

⁷² C-355/12, Nintendo vs PC Box, præmis 24

⁷³ C-355/12, Nintendo vs PC Box, præmis 23

⁷⁴ C-263/18, Tom Kabinet, præmis 59

4.1.4.3 Formuleringen af vilkåret

Det er langt fra alle vilkår, som er affattet på samme måde. Der forekommer variation, både i forhold til hvorledes der er tale om en overdragelse eller en licens, og hvornår overdragelsen finder sted. Det må følge at vilkår, som anvender uklare formuleringer såsom "*when you contribute UGC*"⁷⁵ skal tolkes mest fordelagtigt for forbrugeren. Dette betyder at enhver formulering som ikke klart definerer hvornår overdragelsen sker, må tolkes til at betyde at rettigheden overdrages eller licenses udstedes på det tidspunkt hvor brugeren gør indholdet tilgængeligt, gennem den erhvervsdrivendes egen platform til deling af brugergeneret indhold.

4.1.4.4 Kan rettigheden overdrages

Ifølge præamblen til direktiv 2019/790 giver Europa Parlamentet og Rådet dog udtryk for at ophavsmænd, som overdrager deres rettigheder, eller udsteder licenser til udnyttelse, ofte er i en svagere forhandlingsposition og bør opnå et passende vederlag for udnyttelse af deres værker⁷⁶. Om hvorledes det er muligt at overdrage moralretten, må skulle vurderes ud fra om det kan ske efter national lovgivning.

Ser vi på andre retssystemer, kan vi observere at overdragelse af fremtidige rettigheder kan medføre problemer. Den franske ophavsretslov forbyder for eksempel overdragelse af ophavsretten til fremtidige værker.⁷⁷

4.1.4.5 Betydelig skævhed i parternes rettigheder

Ser vi på InfoSoc-direktivets præambel 11, er det anført at beskyttelses af ophavsrettigheder skal sikre skabelse og kulturproduktion i Europa.

Der skal ved urimelighedsvurderingen tages hensyn til de national regler, som ville have været gældende, hvis aftalen ikke havde været indgået.⁷⁸ I betragtning af at en overdragelse af ophavsretten

⁷⁵ Se bilag 3, EA, 5. "Your UGC"

⁷⁶ Direktiv 2019/790, præambel 72 og 73

⁷⁷ "INTELLECTUAL PROPERTY CODE" L-131-1 (Fransk Ophavsretslov)

⁷⁸ C-415/11, Aziz, præmis 76

til brugergeneret indhold, medfører at forbrugeren ikke længere har mulighed for at udnytte denne økonomisk, medfører det at forbrugeren opnår en dårligere retsstilling. Det samme vil være tilfældet hvis der overdrages en vidtgående licens til den erhvervsdrivende. Selv hvis der er tale om ikke-eksklusiv licens, vil det stadig kunne have økonomiske konsekvenser for ophavsmanden, da det kan medføre konkurrence i forhold til egne værker og potentielt reducere værdien af rettigheden. Spørgsmålet er i den forbindelse om hvorvidt, det forhold at forbrugeren kan tilføje indhold til spillet, og dermed indgå i et fællesskab der gratis deler nyt indhold hertil, medfører at den hypotetiske forbruger ville have indgået vilkåret, ud fra betragtninger om loyal og rimelig handelspraksis.⁷⁹ I forhold til direktiv 2019/790, fremgår det at direktivet ikke er til hinder for at anvendelse af rettigheden tillades gratis, eller der udstedes gratis licens til gavn for alle brugere.⁸⁰ Selvom det kan argumenteres for at sådanne licenser givetvis kan være til gavn for andre brugere af videospillet, må det forhold at licensen eller rettigheden overdrages til en kommerciel erhvervsdrivende tale for at ophavsmanden bør modtage et vederlag for overdragelsen. Vilkår som sikrer den erhvervsdrivende en vidtgående licens til rettigheden eller en overdragelse heraf må antages at være urimelig, ud fra de hensyn som fremsættes i direktiv 2019/790, sammenholdt med at der sker en skævvridning i parternes rettigheder. Et individuelt forhandlet vilkår, som potentielt resulterer i at brugergeneret indhold, der har været genstand for en betydelig indsats og kan have en økonomisk værdi, vil med overvejende sandsynlighed ikke blive accepteret af forbrugeren.

4.2 Hovedtema 2 - Retten til videresalg

Som projektet har omtalt, er et typisk kontraktvilkår i forbindelse med købet af et videospil, at spillet skal ses om en licens og ikke et 'reelt køb.' Det er ud fra denne betragtning, at den erhvervsdrivende samtidig begrænser forbrugers ret til at videresælge spillet. Det interessante er dermed om den erhvervsdrivende kan fastholde sådanne kontraktvilkår over for forbrugeren, eller om sådanne kontraktvilkår kan anses som urimeligt i forhold til direktivet 93/13 om urimelige kontraktvilkår.

Som gennemgået i den retlige ramme, så er der en række kriterier i forhold til anvendelsen af direktivet.

⁷⁹ C-421, Banco Primus, præmis 60

⁸⁰ Direktiv 2019/790, præambel, 82

4.2.1 Har kontrakt vilkåret været genstand for en individuel forhandling?

Først og fremmest skal det undersøges, om kontraktvilkåret har været genstand for en individuel forhandling. Som præsenteret i tidligere afsnit, er slutbrugeraftaler kendetegnet ved, at de typisk godkendes igennem et afkrydsningsfelt, uden nogle muligheder for at forhandle. Kriteriet herfor, kan derfor siges at være opfyldt, hvorfor det er nødvendigt at se på, om kontraktvilkåret opfylder de sidste betingelser for anvendelsen af direktivet.

4.2.2 Er kontraktvilkåret omfattet af begrebet "aftalens hovedgenstand"

Når man taler om et kontraktvilkår hvoraf det fremgår, at købet er en licens, kan det være svært umiddelbart at vurdere, om sådanne vilkår er omfattet af hovedgenstand. Som omtalt forklarede domstolen i sagen C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai mod OTP Jelzálogbank Zrt, at begrebet "aftalens hovedgenstand", er et udtryk for de vilkår, der fastlægger aftalens hovedydelser og dermed er kendetegnede for aftalen. Ligeledes udtalte EU-domstolen at de vilkår, som er underordnede i forhold til aftalen, og dermed definerer selve aftaleforholdet, ikke er omfattet af begrebet "aftalens hovedgenstand." Ud fra denne betragtning er det derfor nødvendigt at se på, om vilkåret, der siger at 'købet' er en licens, kan anses som "hovedgenstand", eller nærmere er underordnede i forhold til "hovedydelsen." Ses der på andre situationer, hvor en bruger køber adgang til en licens, såsom Netflix eller andre streaming-sites, hersker der næppe tvivl om, at der er tale om adgang til licens, hvormed dette altså kategoriserer hovedydelsen. Ved køb af videospil online foretager forbrugeren en éngangsbetaling, som praktisk ikke trækkes tilbage af den erhvervsdrivende, og ligeledes kan forbrugeren typisk købe samme spil som DVD-udgave i fysisk eksemplar. Ud fra denne betragtning, er det derfor ikke nærliggende, at forbrugeren ved eller burde vide, at der er tale om en licens, hvorfor et andet resultat end at vilkåret derfor er underordnet i forhold til hovedydelsen, det vil sige købet af spillet online, ikke er foreneligt med direktivets formål, som er at give en bred beskyttelse af forbrugere mod urimelige kontraktvilkår.

4.2.3 Er kontraktvilkåret omfattet af “overensstemmelse mellem pris og varer”

Ligeledes finder direktivet ikke anvendelse, hvis det vedrører overensstemmelsen mellem pris og varer. Det må derfor undersøges, om en slutbrugeraftale der fastlægger, at der er tale om et licenseret køb, og ikke et reelt køb, er omfattet af begrebet “overensstemmelse mellem pris og varer.” Selvom slutbrugervilkåret vedrører, at der er tale om en licens, så vil det fra forbrugerens synspunkt ikke være tilfældet, eftersom der er foretaget en éngangsbetaling. Det omtalte kontraktvilkår er derfor underordnet i forhold til aftaleforholdet, som vedrører et videospil, hvormed begrænsningen ikke finder anvendelse.

4.2.4 Urimelighedsvurderingen

Det er uproblematisk at fastslå, at langt de fleste videospil opfylder kriterierne for ophavsret. Det fremgår af Nintendo vs PC Box, præmis 23, at videospil er komplekse værker, som består af både kode, grafik, lyd med videre. Videospil, som de sælges til forbrugere vil utvivlsomt udgøre værker i ophavsretlig forstand, hvormed de er beskyttede. Dette betyder at den erhvervsdrivende som udgangspunkt vil have ret til at forbyde reproduktion, kommunikation til almenheden samt distribution af værket.

4.2.4.1 EDB-direktivet eller InfoSoc?

Det vil have betydning for en række ophavsretlige forhold, om hvorvidt videospil skal behandles efter reglerne i InfoSoc-Direktivet eller EDB-direktivet.

Dommen UsedSoft danner præcedens i forhold til konsumtion af rettigheder i forbindelse med videresalg af computerprogrammer. I sagen konkluderes det at programmer kan videresælges uden ophavsmandens tilladelse, såfremt det er lovligt erhvervet i første led. Endvidere konkluderes det at retten til at forhindre reproduktion af værket ikke kan anvendes til at omgå reglerne og konsumtion vedrørende lovligt erhvervede programmer.

Efter ordlyden af EDB-direktivet finder det anvendelse på ethvert form for computerprogram⁸¹. Dette må nødvendigvis også omfatte videospil, idet at sådanne uomgæeligt vil anvende inputs fra brugere og/eller andre programmer i kombination med logik og algoritmer til at nå forudsigelige og tilsigtede resultater, hvormed det er omfattet af definitionen i direktivets præambel 10 og 11. Dog fastsættes det i samme at brugergrænseflader elementer og andre idéer og principper underlagt samme ophavsprincip ikke nyder beskyttelse efter EDB-direktivet. I samvær af forelæggelseskendelsen og EU-domstolens opfattelse i Nintendo v. PC Box, kan vi konkludere at dette skal tolkes til at betyde at lyd, billeder og lignende elementer i et videospil udelukkende er beskyttet i henhold til InfoSoc-Direktivet, og ikke EDB-Direktivet, da et videospil er et komplekst værk, som ikke kan reduceres til dets kodning alene.⁸²

Det være svært at afgrænse hvad et EDB-program helt præcist er. Det ser vi i den for nyligt afsagte Tom Kabinet afgørelse, der skulle tage stilling til hvorvidt de samme principper også gælder for E-bøger. Afgørelsen giver os en idé om hvordan reglerne om konsumtion skal anvendes på digitalt underholdningsindhold, som for eksempel E-bøger, film og musikfiler. For det første kan man stille spørgsmålstejn ved om EDB-direktivet egentlig finder anvendelse på for eksempel E-bøger og andet underholdning på digital form. Generaladvokatens skriver i sit forslag til afgørelsen⁸³, at e-bøger ikke bør betragtes som computerprogrammer, da de udelukkende indeholder data, og ikke instruktioner til eksekvering, i modsætning computerprogrammer, såfremt dette er tilfældet, vil lignende forhold formentlig også gælde for eksempel billed- og lydfiler. EU-domstolen påpeger endvidere at selvom en ebog indeholder kode, som kan anses som et edb-program, vil dette udelukkende have accessorisk karakter i forhold til selve værket (bogen).⁸⁴ Det stilles ligeledes spørgsmålstejn ved hvordan behandlingen af digitalt indhold skal ske i forhold til InfoSoc-Direktivet, navnlig om salget af E-bøger skal anses som en spredning eller en overføring/tilrådighedsstillelse til almenheden, hvilket er afgørende for om hvorvidt reglerne om konsumtion finder anvendelse for værker, der ikke er underlagt lex specialis, som for eksempel edb-direktivet.

Det er hertil værd at bemærke at generaladvokaten påpeger en væsentligt forskel mellem computerprogrammer og underholdningsmedier såsom bøger, film og musik, idet at han fremhæver at computerprogrammer oftest er værktøjer, som har en fortsat værdi for brugeren så længe vedkommende har adgang til det, hvorimod at et underholdningsmedie ofte har udtjent deres formål

⁸¹ Direktiv 2009/24, præambel 7

⁸² Nintendo vs. PC Box, Præmis 16 og 23

⁸³ Generaladvokaten (Tom Kabinet), præmis 67

⁸⁴ C-263/18, Tom Kabinet, præmis 52

første gang de er blevet læst, set eller hørt.⁸⁵ Videresælger en bruger af et program som for eksempel Microsoft Word, eller Adobe Photoshop, sin kopi af det vil vedkommende ikke længere have adgang til de funktioner det medfører, og på den måde medfører ét enkelt eksemplar i omløb også kun at én enkelt bruger har nytte af det, på et givent tidspunkt. Denne situation står ifølge generaladvokaten overfor for eksempel en e-bog, film eller musik, hvor brugeren er klar til at skille sig af med sin kopi efter den har været brugt en gang, hermed kan ét enkelt eksemplar potentielt kan resultere i at adskillige brugere får 'fuld' nytte af det. Dette anføres som understøttende argument hvorfor computerprogrammer bør være underlagt konsumptionsreglerne, men ikke andet digitalt underholdning som e bøger, film og musik. Det er her værd at bemærke at generaladvokaten ikke nævner noget om hvordan videospil bør placeres i forhold til disse betragtninger.

Dette kunne tyde på at disse hensyn er uforenelige med hvordan videospil juridisk skal behandles, da nogle på samme måde som for eksempel bøger har udtjent deres primære formål efter spillet er gennemført. Derimod er andre videospil indrettet således, at de har en fortsat værdi for brugeren, for eksempel via *multiplayer* funktioner, løbende opdatering med nyt indhold eller værktøjer til for eksempel hjælp til tilførsel af brugergeneret indhold. Betragter man for eksempel følgende tre titler; "*Counter Strike: Global Offensive*", "*The Sims 4*" og "*Amnesia: The Dark Descent*", vil man kunne se, at der er stor forskel på hvor stor værdi der er i at spille det igen.

Counter Strike: Global Offensive som er et første persons skydespil. Spillet bygger næsten udelukkende på multiplayer, og har for de fleste formentlig mere karakter af en fast hobby, hvor værdien for brugeren opstår i det at konkurrere med andre spillere. Det vil her være svært at påpege et tidspunkt hvor værket har udtjent formål, og dermed ikke længere har værdi for brugeren. Denne betragtning taler for at sådanne videospil vil kunne omfattes af de samme regler om konsumtion som EDB-programmer.

På midten af skalaen har vi for eksempel *The Sims 4*, et simulations spil hvor spilleren har kontrollen med en virtuel familie. Her er der tale om et single player spil, hvor der ikke er et klart mål eller en klar slutning på spillet. Selvom spillet ikke har multiplayer funktioner er der i spillet stor fokus på kreativitet, og der kommer løbende nyt indhold fra både udvikleren og andre brugere som kan downloades. Igen er det her svært at påpege et konkret tidspunkt hvor brugeren ikke længere har nytte af adgang til spille, da der er potentiale for mange måder at spille spillet på.

Derimod taler spil som *Amnesia: The Dark Descent*, formentlig for at rettigheden ikke konsumeres. Der er her tale om et gyserspil, med en historie og med en klart defineret slutning på spillet. Spillerens valg har kun indflydelse på historien i mindre grad, og spillet niveauer vil altid være indrettet på

⁸⁵ Generaladvokaten (Tom Kabinet), præmis 61

samme måde. Denne type oplevelse har formentlig mere tilfælles med for eksempel film og bøger, end de to førnævnte har, hvormed brugeren potentielt vil være tilbøjelig til at videresælge sit eksemplar, efter at have gennemført spillet.

Disse modstående hensyn behandles ikke direkte i Tom Kabinet afgørelsen. Flere artikler påpeger dog at situationen potentielt kan overføres analogt på videospil.⁸⁶ Selv hvis EU-domstolen kom frem til at videospil ikke er underlagt reglerne om konsumtion, med henvisning til lignende argumenter, som generaladvokaten påpeger i forbindelse med E-bøger, film og musik, så vil dette præsentere en ny række udfordringer, da der ikke forekommer et klart skel mellem hvornår et stykke software er et spil, og hvornår det er et 'værktøj'. I den forbindelse kan der nævnes en række eksempler software hvor det primære formål er at lave spil eller generere indhold til spil, såsom Nintendos *Super Mario Maker* serie og Media Molecules *Little Big Planet* serie.

Ud fra dette må det antages at EU-domstolen anser kildekoden til et program eller videospil beskyttet efter EDB-direktivet, men at de visuelle, auditive og andre kreative dele heraf er undtaget denne beskyttelse, og at videospillet i sin helhed, samt de førnævnte dele udelukkende kan beskyttes i forhold til InfoSoc-Direktivet. Resultatet heraf er at UsedSoft formentlig kun kan anvendes i mindre grad.

4.2.4.2 Spredning eller overføring til almenheden?

Der sker som nævnt kun konsumtion af rettigheden, såfremt der er tale om en spredning i henhold til Infosoc-direktivets artikel 4 og ikke et overføring til almenheden i henhold til artikel 3.

Som nævnt i forrige afsnit samt generaladvokatens forslag til afgørelse i forbindelse med Tom Kabinet er der modstående hensyn, som gør sig gældende i forhold til, om digitalt underholdning bør være omfattet af konsumptionsprincippet.

⁸⁶Rosati, E. (2020). "EU top court rules out possibility to create second-hand marketplaces for digital content"

Brinkhuis, S. (2020). "Tom Kabinet: CJEU rules resale of e-books requires permission of copyright holder"

Som omtalt består videospil af både et computerprogram samt andre kreative værker. I Nintendo vs PC Box afgørelsen understreger EU-domstolen at i sådanne *sammensat materiale*, skal det ses som et samlet værk, som dermed ikke kan omfattes af EDB-direktivet, hvormed infosoc finder anvendelse. Dermed må resultatet i forhold til retten til videresalg af videospil være det samme som ved Tom Kabinet afgørelsen, at dette ikke er tilladt, da der ikke sker konsumering. Til underbyggelsen af resultatet i Tom Kabinet afgørelsen udtalte Generaladvokaten, at man bør anse E-bøger som et underholdningsmedie, hvorimod et computerprogram skal ses som et værktøj. Ligeledes udtalte EU-domstolen i pressemeddelelse nr. 159/19⁸⁷ om afgørelsen af Tom Kabinet følgende:

“Anvendelse af denne konsumptionsregel på e-bøger ville derimod risikere at have langt større indvirkning på rettighedshavernes interesse i at opnå et passende vederlag, end tilfældet vil være for bøger på et fysisk medium, eftersom dematerialiserede digitale kopier af e-bøger ikke forringes med brugen.”

Dermed fastslår EU-Domstolen, at der er flere pointer, som gør sig gældende ved afgørelsen af Tom Kabinet, herunder beskyttelse af ophavsmandens omsætning. Dette vil ligeledes være en betragtning, som kan overføres til videospil ved online køb, som også vil være letomsættelig, da sådanne eksemplarer ikke lider skade. D

Ligeledes foreskriver EU-retten i Tom Kabinet afgørelsen vedrørende InfoSoc-direktivet, at WCT-traktatens formål skal tages i betragtning, i forhold til at afgøre om E-bøger er omfattet af konsumptionsprincippet. Som det fremgår af WCT-traktatens artikel 6, er hensigten med denne bestemmelse den udelukkende anvendes på fikserede kopier, der kan bringes i omsætning som rørlige ting, hvorfor E-bøger ikke falder under denne definition.

Her har EU-domstolen gjort det klart at en ebog leveret ved download med henblik på tidsubegrænset anvendelse, skal anses som en overføring til almenheden og nærmere bestemt »tilrådighedsstillelse af [ophavsmændenes] værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt« efter artikel 3 stk. 1.⁸⁸ EU-Domstolen begrundes blandt andet dette med, at kommissionen, i begrundelsen til direktivforslaget, lagde vægt på at interaktive bestillingstransmissioner, skal behandles efter reglerne om tilgængeliggørelse for almenheden, når flere uafhængige personer på forskellige tidspunkter og steder får individuel adgang til værket, og

⁸⁷ Den Europæiske Unions Domstol: Pressemeddelelse NR. 159/19

⁸⁸ C-263/18, Tom Kabinet, præmis 72

derudover at spredningsretten kun gælder fysisk spredning og ikke sådanne transmissioner.⁸⁹ Ud fra de forhold som EU-domstolen lægger vægt på i Tom Kabinet sagen, må disse også kunne anvendes i forbindelse med videospil, såfremt de bliver gjort tilgængelig på lignende vis. Dette vil for eksempel være når en forbruger køber et videospil på platforme som Steam eller Origin(EA's platform), eller køber en download kode gennem webshops som Coolshop eller Elgiganten. I sådanne tilfælde vil der også være tale om en transmission, hvor forbrugeren får adgang til værket på et individuelt tid og sted.

Dette giver anledning til spørgsmålet om hvordan videospil, der distribueres på fysiske medier skal behandles efter samme regler. Udgangspunktet er at en fysisk distribution medfører konsumtion efter reglerne i artikel 4, stk. 2. Dog forudsætter dette at der sker en overdragelse af ejendomsretten til eksemplaret, i det EU-domstolen har fastslået at spredningsbegrebet ikke kan fortolkes udvidende.⁹⁰ Det er her vigtigt at påpege at nogle videospil, som købes fysisk, stadig kræver at den produktkode som tilhører eksemplaret tilknyttes en online brugerkonto, hvormed det ikke kan overdrages til andre uden at hele brugerkontoen overdrages, hvilket ofte går imod slutbrugeraftalen. I modsætning hertil kan nogle videospil afspilles på andre enheder, blot man har det originale fysiske medie.

Dette er grundlæggende et spørgsmål, om hvordan den erhvervsdrivende har valgt at sikre sig mod ulovlige reproduktioner af værket. Mange videospil er også indrettet således, at hele eller dele af indholdet downloades på forbrugerens enhed, når spillet startes eller produktkoden indløses. Det vil derfor være svært at vurdere hvor meget af videospillets data egentlig ligger på mediet.

I den forbindelse må det overvejes om; hvorvidt det at et videospil kræver indløsning på en personlig bruger og/eller at væsentlige dele af værket ikke befinder sig på det fysiske medium, har indflydelse på om der er sket en overdragelse af ejendomsretten til eksemplaret. Det er her værd at påpege at EU-domstolen i UsedSoft kommer frem til at en licensaftale, med mulighed for at downloade software til tidsbegrænset brug, medførte at der er sket en overdragelse af ejendomsretten.⁹¹ Selvom UsedSoft er afsagt i henhold til værker omfattet af EDB-direktivet, så må det formodes, at det forhold at EU-domstolen vælger at vurdere aftalen ud fra de faktuelle omstændigheder, og ikke formuleringen i slutbrugeraftalen, kunne overføres på andre situationer.

⁸⁹ Se C-263/18, Tom Kabinet, præmis 44-46

⁹⁰ C-456/06, Peek & Cloppenburg, præmis 40 & 43

⁹¹ C-128/11, UsedSoft, præmis 42 - 46

På baggrund af ovenstående betragtninger må det derfor antages, at følgende to kriterier kumulativt skal opfyldt for at der er tale om en spredning i henhold til InfoSoc-Direktivets artikel 4, stk. 2 vedrørende køb af et videospil:

-Der skal være sket en overdragelse af ejendomsretten.

-Købet skal angå en fysisk vare.

Efter nuværende retspraksis tyder det på, at ethvert køb af videospil hvor brugsretten er tidsubegrænset, og at der er tale om en engangsbetaling, vil opfylde kravet om at der sker en overdragelse af ejendomsretten. Nogle tilfælde vil dog stadig kunne give anledning til tvivl, som for eksempel Blizzard's World of Warcraft, hvor der betales et beløb for videospillet, men at det samtidig kræves en månedlig betaling, i form af en abonnementsordning, for at kunne spille dette.

Med hensyn til kravet om at der er tale om en fysisk vare, fremgår det af InfoSoc-direktivets præambel 28, at eneretten til spredning omfatter af varer, som indgår i fysiske goder, og at retten konsumeres ved første salg inden for unionen. Ud fra dette må et fysisk produkt, som indeholder selve værket, dele heraf, eller blot en produktkode til aktivering eller download, ligeledes skulle anses som salg af en varer, da ethvert andet resultat ville kunne medfører at reglerne om spredning vil kunne omgås ved at indføre tekniske begrænsninger på det fysiske medie, eller på den videospilsplatform produktnøglen skal indløses på.

Som grundlag for at reglerne om overføring til almenheden skulle være gældende, lagde EU-domstolen blandt andet vægt på, i Tom Kabinet afgørelsen, at videresalg af E-bøgerne, kunne anses for at være sket til en ny almenhed, som den erhvervsdrivende ikke oprindeligt havde indgået en aftalen med og dermed ikke tilsigtet.⁹² Omvendt kan det ikke være tilfældet hvor et videospil distribueres fysisk, uagtet om indholdet på selve mediet udelukkende er en produktnøgle. Den erhvervsdrivende vil i så fald ikke kunne argumentere for at efterfølgende videresalg af varen, udgør en tilrådsstilling til en almenhed, der ikke var tilsigtet da varen blev distribueret.

4.2.4.3 Betydelig skævhed i parternes rettigheder på trods af kravene om god tro

Det vil udelukkende forekomme en betydelig skævhed på trods for kravene om god tro, så længe at vilkåret har en juridisk konsekvens for forbrugeren. Dette er kun tilfældet i situationer hvor der sker fysisk distribution af videospillet. Ud fra dette må det konkluderes at slutbruger aftaler som anfører at

⁹² C-263/18, Tom Kabinet, præmis 71

købet er en licens og/eller at videospillet ikke kan overdrages ikke er urimelige i tilfælde af online køb, da forbrugeren vil have samme retsstilling uagtet om vilkåret var anført i aftalen. Omvendt vil vilkåret være urimeligt for så vidt angår en fysisk distribution, da sådanne eksemplarer vil være omfattet af reglerne om konsumtion.

Kapitel 5 - Diskussion

5.1 'New public' kriteriet i henhold til konsumtion

Som der kort blev nævnt tidligere i projektet, var et af argumenterne for at der var tale om en krænkende overføring til almenheden i Tom Kabinet sagen, at der var sket overføring til almenheden og at "new public" kriteriet var opfyldt, da e-bøger ved første salg, som regel vil være fulgt af en slutbrugeraftale, der er indgået mellem udgiveren af bogen og den oprindelige køber. Ved efterfølgende videresalg kom bogen derfor i hænde på en almenhed, som ikke nødvendigvis var tilsigtet fra rettighedshaverens side. Denne tilstand bør kunne overføres direkte på en situation hvor forbrugeren køber et spil på en online platform som Origin eller Steam og at spillet bliver indlöst på brugerkontoen med det samme, da en slutbrugeraftale ofte vil blive præsenteret ved købet, eller så snart spillet installeres.

Disse platforme understøtter dog i nogle tilfælde at man køber en produktnøgle, som kan overføres til tredjemand, for eksempel som en gave. Ligeledes sælger nogle forhandlere også produktnøgler som kan indløses på de samme eller tilsvarende platforme, ofte vil disse blive tilsendt på email.

Tidligere blev situationen hvor forbrugeren køber en fysisk kopi, som kan indeholde en produktnøgle til indløsning også nævnt. Dette er dog ikke relevant her, da der her vil være tale om en spredning.

Med disse betragtninger menes alene den situationen hvor forbrugeren køber en produktnøgle online, enten direkte ved udbyderen af spillet, eller gennem en tredjeparts forhandler. Det vil i denne forbindelse være vanskeligt at argumentere for, at der ved videresalg sker en overføring til en almenhed der ikke var tilsigtet, da produktnøglen blev sat i omløb. I sådan en situation vil det første salg formentlig være en overføring til almenheden, hvor der ikke sker konsumtion af rettigheden. Situationen ligner mere en spredning i traditionelt forstand, hvor rettighedshaveren sætter et eksemplar på markedet, som kan skifte hænder. Rettighedshaveren vil formentlig ikke have en særlig

stor interesse i at modsætte sig videresalg, da nøglen alligevel ikke kan overføres til tredjemand efter den er blevet indløst. Selve indløsningen, er dog et teknisk spørgsmål, som ikke bør være relevant, i forhold til hvornår der sker konsumption af rettigheden, da sådanne handlinger hverken angår salg eller overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden. På baggrund af den præcedens sat i Tom Kabinet, må løsningen dog være at enhver nøgle solgt online, udelukkende udgør en overføring til almenheden hvormed der ikke sker konsumption. Derfor vil det potentielt være en krænkelse af videresælge denne nøgle.

5.2 Er brugergeneret indhold 'sammensat materiale'?

I mange tilfælde vil dette brugergeneret indhold dog i større eller mindre grad være bygget på indhold stillet til rådighed af udvikleren, hvad enten det er grafik eller kode som direkte bygges videre på, eller det blot er underliggende kode som sikre kompatibilitet med det oprindelige software. Dette giver anledning til spørgsmål om hvorvidt det brugergenerede indhold opnår en ophavsretlig beskyttelse, og om hvorvidt det skal anses som en bearbejdelse af et beskyttet værk. For så vidt angår sidstnævnte betragtning om bearbejdelse, kan navnlig nævnes situationer hvor selve indholdet udgør et originalt værk, som ikke i sig selv bygger på beskyttet kode, grafik eller lign, men hvor dette teknisk opstilles eller pakkes på en måde, som sikrer kompatibilitet med det oprindelige software. Skabes et virtuelt møbel i en applikation til 3D grafik, og såfremt det har tilstrækkelig værkshøjde, vil dette være i beskyttet værk i ophavsretlig forstand.

Vælger ophavsmanden derefter at anvende dette som en brugergenereret indhold til spil software, som for eksempel the Sims 4, vil dette kræve at værket opstillet på en måde som er kompatibel med og kan præsenteres i spillet. The Sims 4 vil for eksempel kræve at 3D figuren associeres med spil softwarens database, som indeholder oplysninger om hvilken slags genstand der er tale om, genstandens pris, beskrivelse og lignende. For at opnå dette formål vil det desuden skulle konverteres til Electronic Arts' .package filtype. Dette giver anledning til en række spørgsmål om hvilke ophavsretlige konsekvenser sådanne tilrettelæggelser medfører. Såvidt det vurderes at selve filtypen, strukturen og mulig tilhørende kode som sikre kompatibilitet ikke er ophavsretligt beskyttet, vil disse betragtninger ikke medfører et andet resultat. I modsætning hertil kan der foreligge en krænkelse af den erhvervsdrivendes ophavsret, så vidt der vil være tale om tilhørende kode, der er ophavsretligt beskyttet. I den forbindelse vil det være interessant at betragte om hvorledes EU-domstolen vil lægge vægt på, at sådan kode udelukkende har accessorisk karakter til det brugergenerede indhold, som de

gjorde i Tom Kabinet sagen vedrørende E-bøger, hvorved EBD direktivet ikke kunne anvendes⁹³ Det bemærkes i den forbindelse at ophavsretten til selve indholdet, og til tilhørende kode som sikre kompatibilitet, vedrørende slutbrugeraftaler og brugerergeneret indhold, vil være ejet af to forskellige parter. Med hensyn til betragtningerne i EDB-direktivet, om at udvikling af software er fundamental for EU⁹⁴, er det næppe hensigten at kode der ellers er beskyttet efter EDB-direktivet, udelukkende kan beskyttes efter InfoSoc, såfremt det pakkes med andet digitalt indhold, af en anden part. Det var formentlig uproblematisk i Tom Kabinet sagen, da selv hvis de pågældende E-bøger havde indeholdt beskyttet kode, var rettighedshaveren af denne næppe en part med interesse i sagen. For så vidt angår forholdet mellem forbrugeren og en udbyderen af videospil, er dynamikken interessant på den måde at den erhvervsdrivende, formentlig kan opsætte en betydelig teknisk barriere for ikke godkendt brugergeneret indhold, såfremt dette indhold pakkes med beskyttet kode. I så fald vil forbrugeren kunne være nødsaget til at distribuere dette indhold uden den pågældende kode, således at enhver der ønsker at anvende dette, selv må sikre kompatibilitet med den pågældende videospil.

Kapitel 6 - Konklusion

6.1 Hovedtema 1

Det kan konkluderens at direktivet 93/13 om urimelige kontraktvilkår finder anvendelse på slutbrugeraftalervilkår, der vedrører overdragelse af rettigheder af brugergeneret indhold, eller omfatter en vidtgående licens hertil. Omtalte slutbrugeraftale har ikke været genstand for en individuel forhandling, ligeledes vedrører sådanne vilkår ikke hovedgenstanden eller overensstemmelsen mellem pris og varer. Der skal forholdsvist meget til, før køberen anses for at være erhvervsdrivende.

Brugergenereret indhold kan være værker, idet de kan bestå af enhver kombination af grafik, lyd, billeder, tekst med videre. Endvidere kan dette indhold efter omstændighederne være beskyttet af

⁹³ Tom Kabinet, præmis 59

⁹⁴ EDB-direktivet, præambel 2

EDB-direktivet eller InfoSoc-Direktivet. Såvidt at det brugergenererede indhold består af betydelige elementer af værker, som ikke kan beskyttes efter EDB-direktivet, skal det behandles efter reglerne i InfoSoc.⁹⁵

Vilkår omkring overdragelse af ophavsrettighederne til brugergeneret indhold, eller udstedelse af en licens hertil, må vurderes ud fra om formuleringen heraf er affattet klart og forståeligt. Dette betyder at den skal være både utvetydigt i objektiv forstand, men også at forbrugeren skal have gode forudsætninger for at forstå konsekvenserne af vilkåret.

Det vurderes at de potentielle økonomiske konsekvenser for forbrugeren kan være store, såfremt at aftalen indbefatter at ophavsretten til brugergenereret indhold overgår til den erhvervsdrivende, eller at der udstedes en vidtgående licens. Følgelig vil en sådan overdragelse eller licensudstedelse skulle være formuleret meget klart, for ikke at udgøre et urimeligt vilkår, da gennemsigtighedskravet ikke blot er relevant for fortolkning, men også om vilkåret i sig selv er urimeligt.

Baseret på både hensynet om forbrugerbeskyttelse, og kulturel udvikling inden for unionen, må det konkluderes at sådanne vilkår generelt set vil have negativ indflydelse på begge. Omstændighederne taler derfor imod at sådanne vilkår er rimelige, i henhold til direktivet om urimelige kontraktvilkår.

6.2 Hovedtema 2

Et slutbrugeraftalevilkår som omhandler, hvorvidt der er tale om en overdragelse af ejendomsretten, og i forlængelse heraf om forbruger har ret til at videresælge sin kopi af videospillet, er omfattet af direktivet om urimelige kontraktvilkår, da det ikke vedrører hovedgenstanden eller overensstemmelse mellem pris og varer. Ligeledes har sådanne vilkår ikke har været genstand for en individuel forhandling. Ud fra afgørelserne UsedSoft og Nintendo vs Pc Box kan det konkluderes, at salg af videospil skal behandles efter reglerne i InfoSoc-direktivet. Dette medfører, at der skal laves en afgrænsning om, hvorvidt der er tale om en spredning eller overføring til almenheden. Såfremt salget foregår via online download, vil der alene være tale om en overføring til almenheden, hvormed der ikke sker konsumering af rettigheden til eksemplaret. Dette begrundes blandt andet i

⁹⁵ Nintendo vs. PC Box, Præmis 23

InfoSoc-Direktivets artikel 3, hvor det på baggrund af Tom Kabinet afgørelsen i samspil med WCT traktaten⁹⁶, kan afgøres at sådanne køb vil være omfattet, da de bevirker at almenheden får adgang til værket på et individuelt tid og sted. Er der derimod tale om et fysisk salg af et eksemplar, vil der være sket konsumering af rettigheden, såfremt ejendomsretten er overgået til forbrugeren, og der er tale om en fysisk vare. Uagtet formuleringen i slutbrugeraftalen, vil en tidsubegrænset brugsret til et videospil for en engangsbetaling, formentlig altid medfører at der sker en overgang af ejendomsretten til eksemplaret. I forbindelse med spørgsmålet om der er tale om en vare, vil det forhold, at nogle videospil som sælges fysisk, som udelukkende indeholder en produktkode, eller begrænset del af værket, næppe have betydning for om der sker konsumering af eksemplaret.

Det må ud fra disse betragtninger konkluderes, at et slutbrugeraftalevilkår som fastsætter, at der er tale om en licens, eller at videospillet ikke må videresælges, ikke er urimeligt i forbindelse med online salg, da disse ikke ændrer på forbrugers rettigheder. Det må derfor formodes at en hypotetisk forbruger ville have accepteret vilkåret, da det ikke stiller forbrugeren ringere juridisk, eftersom forbrugeren på baggrund af EU direktiverne ikke har ret til at videresælge sine online køb af videospil. I modsætning hertil vil et *offline* køb af et videospil, det vil sige ved fysiske køb, medfører at forbrugeren har ret til at videresælge sin kopi efter gældende regler om ophavsret, såfremt det kan anses som en overdragelse af ejendomsretten. Dette baseres primært på, hvorvidt der er tale om en tidsubegrænset brugsret og engangsbetaling. I så fald må det konkluderes at vilkåret stiller forbrugeren ringere, hvormed det er urimeligt i henhold til direktivet om urimelige kontraktvilkår. Der skal derfor ud fra den nuværende retsstilling sondres mellem måden købet foretages på. Køb af et videospil som fysisk kopi i en butik, vil for eksempel være omfattet af konsumptionsreglerne i InfoSoc-direktivet, hvorimod et køb af et videospil som en download udgave ikke er omfattet af konsumptionsreglerne.

6.3 Sammenfatning

I forhold til de relevante problemstillinger, relateret til ophavsretten, med hensyn til indgåelse slutbrugeraftaler ved køb af videospil og de opsatte forskningsspørgsmål må det konkluderes at:

Overdragelse af rettigheder til brugergenereret indhold, eller udstedelsen af en vidtgående licens hertil, vil i langt de fleste tilfælde være urimelige, da det kan have vidtrækkende økonomiske

⁹⁶ C-263/18, Tom Kabinet, præmis 40

konsekvenser for forbrugeren, hvilket begrænser forbrugers rettigheder og kan være svære at gennemskue.

Slutbrugeraftalevilkår som forhindrer eller begrænser forbrugers mulighed for at videresælge videospil, er kun urimelige såfremt det reelt ændrer på retsstillingen. Dette er udelukkende tilfældet i forbindelse med fysiske køb af videospil. Hermed er vilkår som forhindrer forbrugeren i at videresælge videospil, som er købt online, ikke urimelige.

Kapitel 7 - Perspektivering til praksis

7.1. Perspektivering - steam og den franske domstol

Følgende afsnit sætter nogle af de konklusioner som projektet når frem til, i forhold til den franske domstols afgørelse, i forbindelse med Valve's Steam Subscriber Agreement. Formålet hermed er at sætte retstilstanden i perspektiv, over for et konkret sæt af slutbrugeraftalevilkår, og samtidig vurderer om den franske domstol var korrekt i sin afgørelse.

7.1.1 Hovedtema 1

Valves vilkår i deres subscriber agreement er udformet som følgende med hensyn til brugergeneret indhold.

“6.A

Steam provides interfaces and tools for you to be able to generate content and make it available to other users and/or to Valve at your sole discretion. "User Generated Content" means any content you make available to other users through your use of multi-user features of Steam, or to Valve or its affiliates through your use of the Content and Services or otherwise.

When you upload your content to Steam to make it available to other users and/or to Valve, you grant Valve and its affiliates the worldwide, non-exclusive right to use, reproduce, modify, create derivative works from, distribute, transmit, transcode, translate, broadcast, and otherwise communicate, and publicly display and publicly perform, your User Generated Content, and derivative works of your

User Generated Content, for the purpose of the operation, distribution, incorporation as part of and promotion of the Steam service, Steam games or other Steam offerings, including Subscriptions. This license is granted to Valve as the content is uploaded on Steam for the entire duration of the intellectual property rights. (...)”.

Som projektet tidligere har omtalt, skal den erhvervsdrivende tage hensyn til forbrugeren som en svag part. Dette gælder særligt i forbindelse med formidlingen. Hertil skal den erhvervsdrivende også tage forbehold for om sproget er teknisk eller juridisk vanskeligt, og hermed sikre at kontraktvilkårene er tydelige og præcise.

I ovenstående slutbrugeraftalevilkår præsenteres man får flere termer, som formentlig er udenfor den gennemsnitlige forbrugers almindelig forståelse. Her kan der ses på sætningen: “Non-exclusive right to use..” og herefter en lang række rettigheder, herunder at Steam må udnytte det brugergenerede indhold, ændrer det, distribuere med videre.

På den baggrund bliver forbrugeren sprogligt fortalt, at der ikke foreligger en reel overdragelse, men hvor forbrugeren i realiteten efterlades med en mistet ret til sit brugergenereret indhold.

Som projektet har omtalt, sætter direktivet om urimelige kontraktvilkår i artikel 5 det som krav, at sproget er affattet klart og forståeligt, og hvis det ikke efterleves, vil sådanne vilkår blive fortolket til forbrugers fordel. Det interessante er derfor at se nærmere på, hvad der ligger i ordet “non-exclusive”, udover den ophavsretlige forståelse af begrebet. Det ville derfor være op til domstolen i en givent tvist der for eksempel omhandlede, at forbrugeren ønskede at tilbagekalde rettigheden fra Steam, på baggrund af at der er tale om en “ikke eksklusiv ret”, hvilket Steam næppe ville kunne efterleve, hvis det brugergeneret indhold allerede er integreret i andre spil, eller er blevet distribueret.

7.1.2 Hovedtema 2

Valves vilkår i deres subscriber agreement er udformet som følgende med hensyn til forbrugers ret til at videresælge deres videospil.

“1.C.

(...) You may therefore not sell or charge others for the right to use your Account, or otherwise transfer your Account, nor may you sell, charge others for the right to use, or transfer any Subscriptions other than if and as expressly permitted by this Agreement (including any Subscription Terms or Rules of Use) or as otherwise specifically permitted by Valve.”

Her anføres det at forbrugeren ikke må videresælge sine videospil, undtagen hvor det udtrykkeligt er tilladt.

“2.A.

(...) Valve hereby grants, and you accept, a non-exclusive license and right, to use the Content and Services for your personal, non-commercial use (except where commercial use is expressly allowed herein or in the applicable Subscription Terms). (...) Your license confers no title or ownership in the Content and Services. To make use of the Content and Services, you must have a Steam Account and you may be required to be running the Steam client and maintaining a connection to the Internet.”

Dette vilkår understøtter videre dette, ved at anføre at aftalen ikke medføre at der overdrages en ejendomsret til videospillet, og at der udelukkende er tale om en licens.

Den franske domstol påpeger, at det faktum at Valve definerer aftalen som en abonnementsaftale (subscriber agreement), ikke kan bruges som argument for at der ikke sker konsumtion af rettigheden. Vilkåret 1.C. erklæres ugyldigt på baggrund af at det strider både imod InfoSocs, artikel 4, stk. 2 og EDB-direktivets artikel 4, stk. 2, og de national implementeringen heraf.⁹⁷

Først må det påpeges at retspraksis viser at en erhvervsdrivende ikke blot kan definere sig ud af det faktum at der er tale om et køb. Vedrørende Steams slutbrugerftalevilkår, vil det kunne antages at EU-domstolen ligeledes ville nå til et det resultat, at der er tale om et salg. Retspraksis i både Nintendo vs. PC Box og Tom Kabinet har dog vist at EDB-direktivet ikke kan anvendes på komplekse værker, eller værker hvor programkoden udelukkende udgør en mindre del. Det at den franske domstols anvender både EDB-direktivet og UsedSoft dommen, vurderes ikke at være korrekt, i det at vi ved fra Nintendo vs. PC Box at videospil er komplekse værker, og behandles ud fra InfoSoc.

⁹⁷ Se Bilag 1, Franske dom, III, B

Endvidere er det ikke korrekt at den franske domstol anvender InfoSoc-Direktivets artikel 4, stk. 2, da denne udelukkende angår spredning af værker. Baseret på Tom Kabinet, og WCT traktaten, kan spredningsbegrebet kun anvendes vedrørende fysiske varer.

Kapitel 8 - Litteraturliste

8.1 Bøger

Kur, A., & Dreier, H. (2013). *European Intellectual Property Law* (1. udgave). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

Howells, H., Twigg-Flesner, C., & Wilhelmsson, T. (2018). *Rethinking EU Consumer Law (Open Access)* (1. udgave). Taylor And Francis Forlag: Abingdon

Howells., H & Wilhelmsson, T. (2017) . EC Consumer Law. Lokaliseret d. 18/05/2020 på:
https://books.google.dk/books?id=OzsrDwAAQBAJ&pg=PT113&lpg=PT113&dq=price+quality+ratio+consumer+law&source=bl&ots=iws9_tVwjb&sig=ACfU3U1ZrnSooBcBT51ga34nFApECIbFKA&hl=da&sa=X&ved=2ahUKEwitzJ-RgpjAhUxNOWKHZECAyWQ6AEwAXoECAgQAQ#v=onepage&q=price%20ratio&f=false

Larsen, T. B., & Straton-Andersen, K. H. (2019). *Markedsretten* (1. udgave). København: Karnov Group Denmark A/S.

Munk-Hansen, C. (2018). *Retsvidenskabsteori* (2. udgave). København: Djøf Forlag.

Neergaard, U., & Nielsen, R. (2016). *EU Ret* (7. udgave). København: Karnov Group Denmark A/S.

Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2017). *Retskilder og retsteorier* (5. udgave). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Weatherill, S. (2013). *EU Consumer Law and Policy* (2. udgave). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

8.2 Retspraksis

8.2.1 EU Domstolens afgørelser

C-5/08, Infopaq International A/S mod Danske Dagbladets Forening

C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai mod OTP Jelzálogbank Zrt

C-76/10, Pohotovost' s.r.o. mod Iveta Korčková

C-78/70, Deutsche Grammophon

C-110/14, Horațiu Ovidiu Costea mod SC Volksbank România SA,

C-128/11, UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp.

C-135/10, Societă Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso

C-143/14, Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei mod SC Volksbank România SA,

C-186/16, Ruxandra Paula Andriciuc m.fl. mod Banca Românească SA

C-191/15, Verein für Konsumenteninformation mod Amazon EU Sàrl

Forenede sager C-240/98 og C-244/98, Océano Grupo Editorial SA mod Rocío Marciano Quintero og Salvat Editores SA mod José M. Sánchz Alcón Prades m.fl.

C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers mod Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Hilding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV

C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mod Rafael Hoteles SA

C-355/12, Nintendo Co. Ltd, Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe GmbH mod PC Box Srl, 9Net Srl

C-421/14, Banco Primus SA mod Jesús Gutiérrez García

C-456/06, Peek & Cloppenburg KG mod Cassina SpA

C-618/10, Banco Español de Crédito SA mod Joaquín Calderón Camino

8.2.2 Anden retspraksis

Britiske Supreme Court, 2009, Office of fair trading v. Abbey National

U 2019.12S (Sø- og Handelsretten)

8.3 Anvendt regulering

8.3.1 EU direktiver

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer

8.3.2 Anden lovgivning

“INTELLECTUAL PROPERTY CODE” (Fransk Ophavsretslov)

8.4 Andre kilder

8.4.1 Generaladvokatens forslag til afgørelse

C-478/99, Kommissionen mod Sverige (Generaladvokatens forslag til afgørelse)

C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers mod Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Hilding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV (Generaladvokatens forslag til afgørelse)

8.4.2 Den Europæisk Domstols Pressemeddelelse

Den Europæiske Unions Domstol: Pressemeddelelse NR. 159/19, Luxembourg den 19. december 2019. *Salg af brugte e-bøger via et websted udgør en overføring til almenheden, som kræver ophavsmandens tilladelse.*

8.5 Videnskabelige artikler

Björk, A. P. (2000). U.2000B.86. “Harmonisering af urimelige kontraktvilkår i europæiske forbrugeraftaler. 5 års erfaringer med direktivet 93/13/EØF”

Sørensen, M. J. (2013). U.2013B.383 “Om adgangen til at ændre urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler”. Juridisk Institut, Aalborg Universitet.

8.6 Andre artikler

Alsøe, C., Jakobsen, S. S. (2020) “*EU-Domstolen: Salg af brugte e-bøger kræver rettighedshavers samtykke*”. Lokaliseret d. 18/05/2020 på:

<https://gorrissenfederspiel.com/viden/nyheder/eu-domstolen-salg-af-brugte-e-boeger-kræver-rettighedshavers-samtykke>

Blakke, V. (2019). “*ISFE says ruling contradicts established EU law*”. Lokaliseret d. 18/05/2020 på:

<https://www.mcvuk.com/business-news/french-court-insists-steam-users-should-be-permitted-to-resell-digital-games/>

Brinkhuis, S. (2020). “Tom Kabinet: CJEU rules resale of e-books requires permission of copyright holder”. Lokaliseret d. 18/05/2020 på:

<https://www.hlmediacomms.com/2020/01/27/tom-kabinet-cjeu-rules-resale-of-e-books-requires-permission-of-copyright-holder/>

Geary, D.B. & Nielsen P. L. (2020). “*EU-Domstolen har i en ny dom fastslået, at videresalg af ”brugte” e-bøger kræver rettighedshavers tilladelse.*” Lokaliseret d. 18/05/2020 på:

<https://www.bechbruun.com/da/nyheder/2020/ny-dom-begrænser-salg-af-e-bøger>

Rosati, E. (2020). “EU top court rules out possibility to create second-hand marketplaces for digital content” Lokaliseret d. 18/05/2020 på:

<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2020/global/eu-top-court-rules-out-possibility-to-create-second-hand-marketplaces-for-digital-content>