

Sammanfattning

Den digitala teknikens segertåg ställer beställar- och leverantörssidan inför nya rättsliga problem och konfliktrisker. Bristande kunskaper och framförhållning kan lätt kosta mycket pengar. Behovet av klara och fasta rutiner ökar dramatiskt. I IT- och webbranschen finns idag ingen rutin gällande avtalsskrivande. Inte heller finns några direkt tillämpliga standardavtal. I de fall där avtal skrivs skriver parterna istället oftast egna enskilda avtal eller utformar egna standardavtal, där standardavtal från närliggande områden huvudsakligen används som mallar. Webbhandelslösningar skiljer sig från ”vanlig” webbproduktion genom det drag av systemleverans som dessa har. I relativt stor utsträckning använder sig parterna således av avtal som grundar sig på webbproduktionsavtal, men med drag av systemleveransavtal. De webbproduktionsavtal vi studerat är PROMISE 98 och HAMIT 99, vilka tar sikte på interaktiva produktioner och webbtjänster.

Webbhandelslösningar har, som sagts ovan, drag av systemleveranser, som annan webbproduktion inte har, vilket bland annat påverkar gränsdragningen mellan köp och tjänst. Beroende på webbhandelslösningens komplexitet tillkommer även ibland kompletterande avtal till exempel om utbildning av personal och support. Jämfört med en ren informativ sida är dessa kringliggande tjänster av utomordentlig betydelse då tillgängligheten är a och o för företagets kärnverksamhet.

Förseningar är snarare regel än undantag när det gäller leverans av webbhandelslösningar. Därför är det viktigt för beställaren att noga i avtal reglera vite och se över de eventuella friskrivningar leverantören kan vilja göra. Beställaren bör även se till att inför en webbhandelslösning skaffa sig tillgång till den expertis som krävs för att kunna bedöma vad för typ av webbhandelslösning som är aktuell. Orsaken till misslyckade leveranser ligger inte så sällan i ett dåligt förarbete hos kunden.

Webbhandelslösningens avtal bör bestå av två väsentliga delar. Dels ett *huvudavtal*, detta avtal kan vara ett enskilt individuellt avtal eller ett standardavtal, där ramen för parterna dras upp. I huvudavtalet anger parterna bland annat definitioner, pris, leverans och vad som gäller vid en eventuell tvist. Dels en *kravspecifikation* som klargör avtalsobjektet och vad beställaren vill ha utfört. Kravspecifikationen är det dokument som styr vad leverantören har att hålla sig till för att inte bryta mot kontraktet. Kravspecifikation är viktig för att webbhandelslösningen ska nå bästa möjliga kvalitet. Genom specifikationen kan beställaren av webbhandelslösningen uppställa precisa krav, inte bara på de funktioner som man önskar få utförda, men även på maskin och programvaran. Kravspecifikationen utgör även ett centralt dokument för felbedömningen. Webbhandelslösningens avtalets bör även innehålla en *testspecifikation* av webbhandelslösningen som anger hur deltesterna under arbetets gång skall genomföras. Testspecifikationen bör regleras antingen i huvudavtalet eller i kravspecifikationen.

Det är av flera skäl av stor vikt för både beställare och leverantör att reglera de immateriella rättigheterna. Till exempel är beställarens rätt att vidta ändringar samt rätten till databaser och framtagna produktioners underliggande kod av stor vikt för denne. Medan producenten har intresse av en grafisk profil, vilken delvis skyddas med den ideella upphovsrätten, har beställaren ett intresse av rätten att göra ändringar. Utan rätten att få göra ändringar är värdet av en webbhandelslösning mycket begränsat, då vare sig utveckling eller felrättning är möjligt utan denna rätt. Grunden till lyckade webbhandelslösningar står till stor del att finna i väl genomtänkta, definitioner, balanserade avtal med tydliga kravspecifikationer och en tydlig ansvars- och rättighetsfördelning.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1	INLEDNING	5
1.1	BAKGRUND	5
1.2	CENTRALA BEGREPP	6
1.3	BRANSCHEN	8
1.3.1	<i>Parterna och produkten</i>	8
1.3.2	<i>Intresseföreningar</i>	8
1.4	PROBLEMFÖRMULERING	10
1.5	SYFTE	10
1.6	METOD OCH MATERIAL	10
1.6.1	<i>Målgrupp</i>	11
1.7	AVGRÄNSNINGAR	11
1.8	DISPOSITION	12
2	AVTALSÄTTSLIGA ASPEKTER PÅ WEBBHANDELSLÖSNINGAR	13
2.1	BAKGRUND	13
2.1.1	<i>Avtalets funktion</i>	13
2.2	AVTALSINNEHÅLLET	15
2.3	SPECIFIKATION AV KONTRAKTSFÖREMÅLET -WEBBHANDELSLÖSNINGEN	17
2.3.1	<i>Definition av kravspecifikation</i>	19
2.3.2	<i>Specifikationens syfte</i>	20
2.3.3	<i>Kravspecifikationens innehåll</i>	20
2.3.4	<i>Två typer av kravspecifikationer</i>	21
2.4	TEST AV DEN LEVERERADE WEBBHANDELSLÖSNINGEN	22
2.5	BRANSCHENS STANDARDAVTAL	23
2.5.1	<i>IT-branschens standardavtal före webbens tillkomst</i>	23
2.5.2	<i>Standardavtal med sikte på webblösningar</i>	24
2.5.3	<i>Används enskilda individuella avtal eller standardavtal ?</i>	29
2.5.4	<i>Enskilda individuella avtal</i>	30
2.5.5	<i>Standardavtal</i>	30
2.6	ENSKILT INDIVIDUELLT AVTAL ELLER STANDARDAVTAL?	32
2.7	HUR BLIR STANDARDAVTALET BINDANDE?	32
2.8	TOLKNING AV STANDARDAVTAL	34
2.8.1	<i>Generellt om avtalstolkning</i>	34
2.8.2	<i>Standardavtalstolkning</i>	34
2.8.3	<i>Friskrivningsklausuler</i>	35
3	UPPHOVSÄTTSLIGA ASPEKTER PÅ WEBBHANDELSLÖSNINGAR	37
3.1	BAKGRUND	37
3.2	UPPHOVSÄTTSLAGENS AVTALSREGLER	38
3.2.1	<i>Den ekonomiska och ideella rätten</i>	39
3.2.2	<i>Tidsaspekter</i>	41
3.3	UPPHOVSÄTTENS AVTAL - RÄTTEN TILL DE INGÅENDE ELEMENTEN?	41
3.3.1	<i>Överlåtelse, upplåtelse eller övergång av rätten?</i>	42
3.3.2	<i>Specifikationsprincipen</i>	43
3.4	ÖVERGÅNG AV UPPHOVSÄTT VID ANSTÄLLNINGS- OCH UPPDRAGSFÖRHÅLLANDE	44
3.4.1	<i>Anställningsförhållande</i>	44
3.4.2	<i>Uppdragsförhållande</i>	46
3.5	LICENSAVTAL	47
3.6	SKYDDET FÖR WEBBSIDAN	49
3.6.1	<i>Webbsidan</i>	50
3.6.2	<i>Skydd av webbsidas layout</i>	50
3.7	SKYDDET FÖR KOD OCH DATABASER	51
3.7.1	<i>Datorprogram</i>	52
3.7.2	<i>Källkod</i>	53
3.7.3	<i>Databas</i>	55
3.7.4	<i>Kan webbsidan skyddas som databas?</i>	57
3.8	SKYDDET FÖR HTML-KOD	58

3.8.1	<i>Kan HTML-kod skyddas som datorprogram?</i>	58
3.9	OM LEVERANTÖREN HAR HELA UPPHOVSRÄTTEN, VILKA BLIR KONSEKVENSERNA FÖR BESTÄLLAREN?	60
3.9.1	<i>Köprätten och immaterialrätt</i>	60
4	KÖPRÄTTSLIGA ASPEKTER PÅ WEBBHANDELSLÖSNINGAR	62
4.1	TILLÄMPNING	62
4.1.1	<i>Gränsdragningar</i>	62
4.1.2	<i>CISG som tolkningsunderlag</i>	64
4.1.3	<i>Avtalsfrihet</i>	65
4.2	LEVERANS	66
4.2.1	<i>Varans avlämnande</i>	66
4.2.2	<i>Risken för varan</i>	67
4.2.3	<i>Varans beskaffenhet</i>	68
4.3	PÅFÖLJDER VID DRÖJSMÅL	69
4.3.1	<i>Fullgörelse, hävning och prisavdrag</i>	70
4.3.2	<i>Ersättning/Skadestånd vid dröjsmål</i>	71
4.3.3	<i>Vite och detention</i>	72
4.4	PÅFÖLJDERNA VID FEL I VARA ENLIGT KÖPLAGEN	72
4.4.1	<i>Omleverans/avhjälpan</i>	73
4.4.2	<i>Ersättning/Skadestånd</i>	73
4.5	KÖPARENS SKYLDIGHETER	73
4.6	ÖVRIGA BESTÄMMELSER	74
5	ANDRA TJÄNSTEASPEKTER PÅ WEBBHANDELSLÖSNINGAR	75
5.1	OUTSOURCING AV DRIFT OCH SERVICE	76
5.2	UTBILDNING	77
5.3	HOT MOT TILLGÄNGLIGHETEN	77
5.3.1	<i>Databaser</i>	77
5.3.2	<i>Mjukvaran</i>	78
6	SLUTSATSER	80
6.1	KRITISKA PUNKTER FÖR EN LYCKAD WEBBHANDELSLÖSNING	82
7	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	85
8	BILAGA	90

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	1980 års UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods
KöpL	Köplagen (1990:20)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, Stockholm
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd, I, Högsta domstolens domar
Prop.	Regeringens Proposition
SOU	Statens Offentliga Utredningar
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WIPO	World Intellectual Property Organization/ Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten

1 INLEDNING

Kapitlet inleds med en bakgrund och en genomgång av de i uppsatsen mest centrala begreppen, vilket åtföljs av en beskrivning av den del av IT-branschen som arbetar med webbhandelslösningar. Sedan följer problemformulering, syfte, metod och disposition.

1.1 Bakgrund

Handel på webben och dess förutspådda enorma potential debatteras flitigt i medierna. Till övervägande del handlar debatten om den teknik som möjliggör handel via webben. Det talas dock förvånansvärt lite om de överenskommelser som ligger till grund både för lyckade och mindre lyckade webbhandelsprojekt.

1900-talets tekniska utveckling har radikalt förändrat möjligheten att överföra information av olika slag. De utan tvekan internationellt mest välutvecklade digitala nätverken i vår tid är Internet. Efter hand som world wide webb utvecklades i en allt snabbare takt under 1990-talet har företagen i allt större utsträckning insett webbens potential för att nå ut med sina produkter och sitt varumärke. När det i medierna debatteras om webbhandeln och dess förutspådda enorma potential handlar det till övervägande del om den teknik som möjliggör handel via webben och tekniken är viktig, mycket viktig. Det talas dock förvånansvärt lite om de avtal, kravspecifikationer och de upphovsrättsliga överenskommelser som ligger till grund för de kostsamma investeringar som både lyckade och mindre lyckade webbhandelsprojekt utgör. Vid olika uppfattning om vad parterna kommit överens om kan de falla tillbaka på avtal och kravspecifikationer. Branschen är relativt ung och det finns såväl seriösa som mindre seriösa aktörer. Detta upptäcks som regel inte förrän man ser om motparten kan uppfylla de åtaganden som han har tagit på sig.

Varför är det viktigt att rättsligt reglera den av oss i uppsatsen beskrivna typen av webbhandelslösningar? Jo för att beställaren och leverantören, till exempel webbyrå/IT-företaget, ska ha en möjlighet att snabbt och enkelt kunna överblicka vad man faktiskt kommit överens om.

Vi tror på webbhandelsområdets potential. Allt fler företag kommer framöver att integrera webbhandelslösningar i den befintliga verksamheten. Dessutom är området på ett juridiskt övergripande plan relativt obehandlat. Merparten av den juridiska litteraturen om webbhandel behandlar konsumenträtten i förhållandet näringsidkare-konsument och inte förhållandet mellan beställare och leverantör.

1.2 Centrala begrepp

För att kunna läsa uppsatsen med behållning har vi ansett det nödvändigt att inleda med en kort begreppsbeskrivning av centrala begrepp.

Affärssystem

Affärssystem utgörs av en samling steg eller aktiviteter som använder personer, information och andra resurser för att skapa värde för externa eller interna kunder. Stegen är sammanbundna av tid och rum, har en början, ett slut, input och output¹.

Beställare/Köpare/Kund

Med beställare/köpare/kund menas i uppsatsen företag som betalar för en webbhandelslösning.

Branschen

Vi anser att webbhandelslösningsbranschen utgör en underbransch till IT-branschen. Denna underbransch kallar vi hädanefter branschen.

Informationssystem

Med system menas i uppsatsen informationssystem. Informationssystem är ett system som använder teknologi för att fånga, sända, lagra, hämta, manipulera eller visa information som används i en eller flera affärsprocesser.² I dagens informationssystem ingår ofta webblösningar som en del av kommunikationen inom och utom företag.

Information technology

IT är hårdvara och mjukvara som utför informationsbehandlingsprocesser, såsom att fånga, sända, lagra, hämta, manipulera eller visa information.³

Gränssnitt

Gränssnittet är kontaktytan mellan datorn och användaren. Det finns hårdvara och mjukvara som möter användaren. På exempelvis en PC/Mac är det till exempel tangentbord, mus, skärm medan det på mobiltelefoner är displayen och knapparna.

HTML

Webbtextfiler eller sidor använder ett strukturerat språk kallat HTML (Hypertext Markup Language) för att lagra information. Med HTML kan placering, formatering och länkar anges. Det finns fortfarande olika standarder, men utvecklingen går mot en enhetlig standard.⁴

Källkod

Källkod är ett gemensamt namn för programkod.

Leverantör/Producent

Med leverantör och producent avser vi företaget som säljer en lösning.

¹ Alter, S., *Information systems, a management perspective*, s. 714

² Alter, S., *Information systems, a management perspective*, s. 715

³ Alter, S., *Information systems, a management perspective*, s. 715

⁴ Fitzgerald, J., Dennis, A., *Business Data Communications and networking* s. 526

Nätverk

Nätverk innebär att man kopplar samman ett flertal datorer i ett nätverk. Datasignaler transporteras mellan den egna datorn och en huvuddator, huvuddatorn kallas ofta server. Huvuddatorn/servern handhar all kommunikation i nätverket.⁵

Produkt

Med produkt/produkten avses i uppsatsen webbhandelslösningen.

Produktion

Med detta avses att producera något, samt även resultatet av produktionen avseende konstnärliga verk.⁶ Produktion kan i uppsatsen röra sig om framtagande av databaser och webbsidor.

System

Med system menar vi informationssystem och i dagens samhälle är de i regel datorbaserade.

Systemleverans

Det finns en mängd olika definitioner av system och därmed även av systemleverans. Med systemleverans avser vi leveranser av informationssystem. För att det enligt vissa⁷ i branschen ska kunna kallas för systemleverans krävs att beställaren vid till exempel en beställning av en elektronisk handelslösning även köper support, utbildning och vidareutveckling av systemet av leverantören.

Webbhandelslösning

Webbhandelslösning innebär framtagande och utveckling av elektronisk handel via webben. Webbhandel kan utgöras av allt från tekniskt komplexa system till mycket enkla lösningar. För att det ska kallas för webbhandelslösning krävs det enligt vår definition att beställarens kund kan göra beställningar via webben.

Webbhandelslösningar kan i det enklaste fallet utgöras av till exempel Bosse som har en hemsida varifrån bilintresserade raggare kan beställa och köpa hans hemtillverkade tidning *Buick forever*. Bosse tar emot beställningar via webben medan allt annat sköts i pappersform. Betalning sker via postförskott. I ett mer komplext system integreras webbhandelslösningen med resten av en global concerns informationssystem såsom till exempel order-, fakturerings-, logistik- och marknadssystem.

Vid webbhandelslösningar, som ska synkroniseras med redan befintliga system, uppkommer en rad tekniska svårigheter. Ordet webbhandelslösning är kanske en aning vinklat från leverantörens sida, och vi funderade på att använda webbhandelslösning för leverantörens perspektiv och webbhandelslösning för köparens perspektiv. Ordet "lösning" passar dock sämre i uppsatsen då det ger en antydning om framtid, (alltså blir det svårare att använda det i hela uppsatsen) och då det innefattar allt som har med handeln att göra (vilket ger en onödigt vid betydelse). Webbhandelslösning använder vi därför oavsett perspektiv i uppsatsen, med en och samma definition även om lösningen kan vara av olika omfattningar.

⁵ Lindman, B. *IT handboken*, s.168

⁶ Norstedts, PLUS, svensk ordbok s. 868

⁷ Intervju, Hans Samuelsson, PROMISE 991001, Intervju med Daniel Westman 990524

Webbhandelslösningsavtal

Med webbhandelslösningsavtal menas det avtal som slutits mellan beställare och köpare angående webbhandelslösningen.

1.3 Branschen

1.3.1 Parterna och produkten

För att förstå avtalen inom en bransch är det viktigt att först ha skaffat sig en bild av branschen. I webbhandelslösningsbranschen får beställare och leverantör finna sig i att vara deltagare i en mycket snabb teknisk utveckling. Inte sällan vänder sig beställaren till en konsult som i sin tur plockar ihop de kompetenser som krävs i det enskilda fallet.

Webbhandelslösningar kräver, förutom hårdvara i form av lagringsutrymme, och server, även mjukvara i form av datorprogram, gränssnitt, webbsidor, innehåll och databaser. Dessutom krävs med största sannolikhet utbildning av beställarens personal, och om företaget inte själv har det, drift, uppdatering och utveckling. I den mån företaget har befintliga system till exempel för lager- och orderhantering, krävs kompatibilitet mellan systemen. Ad hoc⁸ lösningar är snarare regel än undantag då graden av outsourcing⁹ hos såväl beställare som leverantör varierar från fall till fall. Här spelar även prestationens komplexitet en stor roll. Om vi tänker oss att företaget *ÄTMERA* vill starta upp handel via webben kan företaget välja mellan alltifrån fullständig outsourcing av webbhandelslösningen, där de endast har nyttjanderätt,¹⁰ till att själva driva samtliga servrar.

Genom samtal med personer i branschen har det kommit att stå klart för oss att det finns vissa problem med webbhandelslösningsavtal, bland annat med oklara och alltför generella kravspecifikationer. Detta har till stor del sin grund i svårigheten för parterna att överskåda vad som kommer att bli den slutliga produkten. Svårigheten för beställaren ligger i att konkretisera vad denne förväntar sig av produkten. Vad ska produkten användas till? Har beställaren klart för sig vad som utgör de funktionella kraven samt de tekniska kraven på produkten?

I andra branscher, till exempel bilbranschen, vet beställaren vad denne vill ha vid inköp av en ny maskin till produktionen. Beställaren vet vilka krav som måste vara uppfyllda för att den inköpta produkten ska fungera.¹¹ På detta sätt förhåller det sig sällan inom denna del av IT-branschen. De främsta anledningarna till detta, som vi ser det, är dels branschens ungdom vilket innebär att det sällan finns några tidigare erfarenheter av inköp av det aktuella slaget, dels avsaknaden av inarbetade affärsrelationer

1.3.2 Intresseföreningar

I IT-branschen finns det många olika intresseföreningar. En del av dem riktar in sig på verksamheter med anknytning till webbhandelslösningar. Då intresseföreningarna delvis har

⁸ ”för detta särskilda ändamål”, *Bonniers svenska ordbok* s. 15

⁹ Man lägger ut delar av företagets verksamhet på utomstående uppdragstagare.

¹⁰ Såsom till exempel att lägga till och ta bort produkter ur sortimentet

¹¹ Intervju med Peter Carlsson, SCANIA- Cummins, 991012

olika inriktning har de också utvecklat sina egna standardavtal. Vi har även fått se några företagspecifika standardavtal, men avgivit löftet att inte sprida dem vidare.

PROMISE

PROMISE, Producers of interactive media in Sweden, är en intresseförening med drygt 100 medlemsföretag.¹² Medlemsföretagen är så kallade webb-byråer, det vill säga IT-företag med inriktning på olika sorters webbproduktion. En hel del av medlemmarna har sin verksamhet inriktad mot design och grafik. Standardavtalet PROMISE 98 som består av Uppdragsavtal, Allmänna Villkor och Mall för Kravspecifikation, utvecklades som det första standardavtalet för interaktiva produkter 1998 av PROMISE. Därmed är PROMISE 98 mer än ett standardavtal, då det även har en mall för kravspecifikationen, och alternativa Allmänna Villkor. PROMISE 98 är snarare en mall eller ett verktyg för avtalskrivande, som PROMISE medlemmar får tillgång till som en medlemsförmån.

Vi tog reda på vilka avtal som medlemmarna använder vid utveckling av webbhandel genom att ringa och fråga dem och vi fick många olika svar.¹³ En del medlemmarna använder sig av PROMISE 98 som en mall vid skrivandet av avtalen, medan några använder det rakt av med vissa justeringar (normalt i form av tillägg som beställaren kräver). Andra skriver helt egna avtal.

Svenska IT-företagens Organisation

SITO, Svenska IT-företagens organisation är med sina 650 medlemsföretag en inflytelserik intresseorganisation för företag i IT-branschen.¹⁴ De har varit med om att utveckla olika standardavtal och kommer snart ut med ett nytt webb-utvecklingsavtal.¹⁵

Dataföreningen i Sverige

Dataföreningen i Sverige är öppen för alla, såväl individer som företag. Föreningen har anor från 1949 och finns över hela landet. Mer än 30.000 personer och företag är medlemmar. Föreningen är drivande i en mängd olika frågor och har påverkat IT-branschen på många olika sätt, bland annat genom medverkan vid framtagande av standardavtal.¹⁶

BITOS

Branschföreningen för innehålls- och tjänsteleverantörer på online-marknaden i Sverige, samlar företag som utvecklar och säljer tjänster via Internet och andra elektroniska miljöer. De frågor föreningen främst arbetar med är representation och marknadsföring av innehållsbranschen, samt utvecklandet av Internet som ett medium för affärer.¹⁷ Under tiden uppsatsen skrevs, bildades Arbetsgruppen för Upphandlingsstöd med syftet att arbeta för höjd kompetens hos både köpare och säljare. Gruppen tar bland annat fram checklistor och avtalsmallar för upphandlingar av produktion av webbplatser.¹⁸

IT-affärer

För en kortare tid sedan publicerades ett nytt aktuellt standardavtal för webbutveckling.

¹² <http://www.promise.se>

¹³ Se Källförteckning

¹⁴ <http://www.sito.se>

¹⁵ E-post från Åke Sjöblom, IT-Företagen, 991116

¹⁶ <http://www.dfs.se>

¹⁷ <http://www.bitos.org>

¹⁸ <http://www.bitos.org/aguhan/aguhan.htm>

HAMIT 99 med Allmänna Villkor för webb-utveckling producerades av Hamilton & Co Advokatbyrå i samarbete med tidningen IT-Affärer. Avtalet är gratis och anpassat till webbproduktioner av mindre omfattning (under 200.000 kronor). Avtalet är tänkt att användas i de sammanhang där kostnaden för advokathjälp skulle bli för stor i förhållande till produktionens värde. Avtalet reglerar frågor rörande ansvar vid dröjsmål och fel samt även vem som skall ha upphovsrätt till produktionen. Syftet var i första hand att erbjuda ett neutralt avtal som inte ensidigt gynnar en part och som gör webbproduktionen till en trygg affär för bägge parter. Thomas Nygren¹⁹ som skrev avtalet menar att avtalet kom till för att ge ett neutralt och bättre alternativ till PROMISE-98, vid mindre produktioner. Han menar även att avtalet börjat användas allt flitigare. En klar majoritet av de företagen vi intervjuat, hade dock inte ens hört talas om HAMIT-99. Avtalet är i visserligen inte avsett för webbhandelslösningar, men det är inte PROMISE-98 heller. Att företagen inte kände till HAMIT-99 kan även bero på att det är väldigt nytt och inte har en (partisk) intresseförening bakom sig. IT-affärer är en av många i branschen respekterad och läst branschtidning. Att branschtidningar tar fram standardavtal får ses som mycket ovanligt.

1.4 Problemformulering

Webbhandelslösningsbranschen är en ung bransch. Det finns ingen lagstiftning som kan appliceras rakt av på den totala prestationen vid webbhandelslösningar. Gränsdragningen mellan köp av vara, tjänst och nyttjanderätt verkar oklar, detta vill vi utreda. Vi vill i uppsatsen studera hur branschens avtal ser ut. Används standardavtal eller enskilda individuella avtal? Vad innebär standardavtalens klausuler och när är de bindande? Vilka sanktioner används och vilka följder får de? Är de ingående delarna i webbhandelslösningen såsom HTML- kod och databaser immaterialrättsligt skyddade och i så fall på vilket sätt? Vem tillkommer de immateriella rättigheterna? Vad ska parterna tänka på inför avtalsskrivandet?

1.5 Syfte

Syftet med uppsatsen är att behandla webbhandelslösningsavtal och identifiera samt behandla de kritiska punkter som är särskilt viktiga för parterna vid sådana avtal.

1.6 Metod och material

För att kunna identifiera de kritiska punkterna vid webbhandelslösningsavtal har vi genomfört en empirisk studie. De kritiska punkterna har vi sedan behandlat enligt en rättsdogmatisk metod där vi jämfört doktrin, förarbeten och standardavtal. Vi valde att behandla webbhandelslösningar ur ett avtalsrättsligt-, upphovsrättsligt- och ett köprättsligt perspektiv. Dessa tre perspektiv ser vi som de mest intressanta och relevanta vid avtalsskrivande inför webbhandelslösningar.

Då det aktuella området i dagsläget är relativt obehandlat i litteraturen ansåg vi det nödvändigt att börja med att sätta oss in i hur branschen, prestationerna och avtalen ser ut.

¹⁹ Telefon och E-post intervju med Thomas Nygren, advokat på Hamilton & Co 000331

Detta gjorde vi genom samtal, intervjuer och annan informationssökning via Internet, tidningar och böcker. Vidare har vi löpande genomfört både kvalitativa djupintervjuer med experter på området och kvantitativa telefonintervjuer med köpare och framförallt säljare. De intervjuade personerna arbetar inom branschen eller är sakkunniga jurister. Urvalet av respondenter skedde genom sökning i affärs-, fack-, dagstidningar och via Internet. Detta var inte det statistiskt optimala sättet att genomföra en fältstudie på, men det var den undersökningsform vi fann att vi hade kapacitet och möjlighet att genomföra. Frågor och resultat från fältstudien har vi sammanfattat i en bilaga sist i uppsatsen.

Webbhandelslösningar ligger mellan två stolar, nämligen webbproduktion och systemleveransavtal. Branschen använder avtal som grundar sig på webbtjänst/webbproduktionsavtal. Webbhandelslösningar har dock drag av systemleveranser, som annan webbproduktion inte har. Vi har därför tolkat och dragit slutsatser utifrån den juridiska litteratur och de standardavtal som behandlar dessa områden. Vissa källor är bitvis mycket frekventa. Detta har sin grund i att de utgör gällande doktrin. I branschens standardavtal är skiljedoms klausuler vanligt förekommande. Detta i kombination med branschens ungdom har medfört svårigheter att genomföra grundliga rättsfallstudier.

1.6.1 Målgrupp

Uppsatsen vänder sig till yrkesverksamma jurister som kan komma att skriva webbhandelslösningsavtal för beställare och producenter. Uppsatsen kan även vara intressant för andra aktörer i branschen som inte alltid besitter djupare juridiska kunskaper, även om vår begreppsförklaring endast behandlar branschspecifika termer och alltså inte förklarar svåra juridiska termer. I uppsatsen sker analysen löpande i varje kapitel.

1.7 Avgränsningar

De avtal vi kunnat komma i kontakt med har främst varit standardavtal. Därför är studierna av avtal från branschen endast baserade på standardavtal. Vi har valt att studera standardavtalen samt avtalsinnehållet och kravspecifikationen.

Ur det upphovsrättsliga perspektivet har vi valt att studera upphovsrätten till webbsidan, kod, program och databaser. Vi behandlar av utrymmesskäl endast översiktligt licensavtal och uppdragsavtal. Uppsatsen berör inte skyddet av film, bild, text och musik i en webbproduktion, då detta redan är utrett i litteratur och tidigare skrivna uppsatser.²⁰ Inte heller kommer vidareöverlåtelse från beställare till tredjeman att behandlas. Då köp av server och brandvägg inte skiljer sig i någon större utsträckning från andra köp av lösa saker, har vi valt att inte behandla dessa närmare.

Avsikten i uppsatsen har inte varit att behandla tekniska eller internationella aspekter. Beskrivningarna av gällande rätt i uppsatsen bör av läsaren inte ses som heltäckande utan är med för att klargöra de praktiska frågorna i anknytning till skrivande och tolkning av webbhandelslösningsavtal. Det är inte vår avsikt att uppsatsen ska fungera som en detaljerad

²⁰ Olsson, Agne Henry, *Copyright*, Bernitz, Ulf., Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars Sandgren, Claes, *Immaterialrätt*, Carlén-Wendels, Thomas, *Nätjuridik, Lag och rätt på Internet*, Wagle, Anders Mediaas, *Opphavsrett i en digital verden*,

vägledning vid utformning av den konkreta avtalstexten. Projektledning och projektarbete är viktiga ingredienser i en lyckad webbhandelsstrategi, men ligger utanför juridiken och därmed även utanför uppsatsen. Tilläggstjänsterna behandlas övergripande för att ge en ökad förståelse för webbhandelslösningar.

1.8 Disposition

1 Inledning

Kapitlet inleds med en genomgång av de i uppsatsen mest centrala begreppen, för att åtföljas av en beskrivning av den del av IT-branschen som arbetar med webbhandelslösningar. Sedan följer problemformulering, syfte, metod och material samt målgrupp.

2 Avtalsrättsliga aspekter på webbhandelslösningar

Avtalsskrivandet inför en webbhandelslösning resulterar ofta i ett virrvarr av olika avtalskonstruktioner och inte sällan glöms rättigheterna²¹ bort. I kapitlet behandlas övergripande avtalsmässiga aspekter, standardavtal och individuella avtal samt huruvida enskilda avtal eller standardavtal används i branschen. Kapitlet vill för parterna försöka klargöra fördelarna med att i affärsförbindelsen ha ett genomtänkt ingått avtal. Kapitlet redogör även för standardavtal i branschen.

3 Upphovsrättsliga aspekter på webbhandelslösningar

Kapitlet behandlar översiktligt de upphovsrättsliga avtalsreglerna samt rättigheterna av upphovsrätten till de i webbhandelslösningen ingående komponenterna.

4 Köprättsliga aspekter på webbhandelslösningar

I detta kapitel behandlar vi svensk köprätt och dess tillämplighet på webbhandelslösningar. Utifrån detta diskuterar vi hur traditionella köpavtal skiljer sig från webbhandelslösningens avtal med standardavtalen i åtanke. På det sättet fås en förståelse för vilka områden som skiljer sig från traditionella köpavtal och jämförelsen tillsammans med empiri leder till tankar om hur olika frågor kan och bör regleras i olika fall.

5 Andra tjänsteaspekter på webbhandelslösningar

Då uppsatsen behandlar webbhandelslösningens avtal, uppkommer vissa frågor om organisation, driftsäkerhet, service och uppdatering. Dessa frågor är inte centrala i uppsatsen men ger en ökad förståelse för nödvändigheten av en långsiktig planering redan vid offertskrivandet och vid valet av leverantörer man skickar offerten till. Kapitlet behandlar således tjänsteaspekten.

6 Slutsatser

I kapitlet redogörs för våra slutsatser.

7 Källförteckning

²¹ Intervju med Pia Nybleaus 990407

2 Avtalsrättsliga aspekter på webbhandelslösningar

Avtalsskrivandet inför en webbhandelslösning resulterar ofta i ett virrvarr av olika avtalskonstruktioner och inte sällan glöms rättigheterna²² bort. Vi vill i kapitlet redogöra för några av de avtal som finns i branschen samt övergripande behandla avtalsmässiga aspekter, standardavtal och individuella avtal samt om det är enskilda avtal eller standardavtal som används i branschen. Kapitlet vill försöka klargöra fördelarna med att i affärsförbindelsen ha ett väl genomarbetat ingått avtal.

2.1 Bakgrund

Karaktäristiskt för avtalen i webbhandelsbranschen är att avtalsobjektet ofta är oklart vid avtalslutandet samt de svårbeskrivliga tekniska fenomen som webbhandelslösningens leverans präglas av. Inte sällan ger dessa tekniska fenomen anledning till diskussioner mellan leverantör och beställare gällande avtalet och kravspecifikationen och vad som är överenskommit. Förhållandet accentueras av att det under framtagandet av produkten är vanligt att förutsättningarna under tiden med framtagandet av leveransen ändras och att man under arbetets gång arbetar fram ett alltmer detaljerat avtal. Ovan beskrivna förhållande medför att det kan uppstå tvivel om vad beställarens beställning eller slutliga beställning egentligen innebär. Därav vikten av en genomtänkt kravspecifikation och ett avtal. Genom standardavtal, intervjuer med folk i branschen samt till viss del litteraturstudier har vi bildat oss uppfattningen att webbhandelslösningens avtal består av två väsentliga delar. Dels ett *huvudavtal*, som utgörs antingen av ett enskilt individuellt avtal eller ett standardavtal, där ramen för parterna dras upp. Dels en *kravspecifikation* som klargör avtalsobjektet och vad beställaren vill ha utfört.

2.1.1 Avtalets funktion

Partsbindningsfunktion

Avtalets främsta funktioner är partsbindningsfunktionen och utpekandet av parterna. Den traditionella modellen för avtalets ingående föreskriver som grundregel att avtalets innehåll är fullständigt och klart för avtalsparterna vid avtalets slutande. Avtalslagen förutsätter också att två överensstämmande viljeförklaringar avges. Då det sedan lagens tillkomst har skett förändringar i samhället, till exempel tekniska innovationer, som gjort avtal önskvärda, även i sådana fall där avtalsinnehållet endast delvis eller inte alls är färdigt, har alternativa tillvägagångssätt dykt upp. Vid samtal med parter i branschen²³ framkom det att avtal vid snabba affärer inte alltid skrivs utan att det då är vanligt att allt då går genom offerten. Detta kritiserar dock i facktidningar på grund av att offertförfrågningar och offerter långtifrån alltid är tillräckligt för att reglera förhållandet mellan parterna.²⁴

²² Intervju med Pia Nybleaus 990407

²³ Samtal 991030 med bland annat Jeanette Rogosic på 24 hr Interactive HB och, Henrik Strömberg på A+A Corporate Design.

²⁴ Computer Sweden,, 990107 ”Webbbranschen vill ha kunder med kunskap”

Konfliktförebyggande funktion

Avtal har även som funktion att verka *konfliktförebyggande* och om meningsskiljaktigheter skulle uppstå, verka för en lättare konfliktlösning. Avtal innehåller oftast rättsliga sanktioner, vilket innebär att domstolar och exekutiva myndigheter står till förfogande om endera parten vill tvinga den andra parten att följa avtalet, eller ge ersättning för att så inte skett. Mellan näringsidkare är det vanligt att man skriver omfattande avtal med skiljedoms klausuler för att undvika tröga processer som kan ge dålig publicitet för företagen ifråga. Ser man till PROMISE 98 och Hamit 99 förhåller det sig på detta sätt.

Avtal bör vara så utförligt utformade som möjligt då klarhet och utförlighet ger förutsägbarhet. Detta kan dock medföra att avtalet blir alltför stelt och otympligt och parterna har ofta vid webbhandelslösningssavtal behov av en viss flexibilitet.

Fördelning och kontroll av risker

Avtalet har även som funktion att fördela och kontrollera riskerna. Risk kan delas in i två huvuddelar:

- Dels sannolikheten för att fel ska uppstå. Detta kan dock endast i mindre mån kontrolleras genom avtalet genom att man ser till att man har en klar specifikation.
- Dels konsekvensen av de fel som kan uppstå. Vilka konsekvenser ett fel ska få för parterna kan i hög grad regleras genom kontraktet.²⁵

Ett välskrivet avtal kan sällan gardera kunden mot en undermålig produkt eller en oseriös leverantör. Men det kan användas till att sätta press på en motpart som har förmågan men inte viljan att uppfylla sin enligt avtalet överenskomna förpliktelse.

Klargörande

Avtalet har även som funktion att verka klagörande. Denna klagörandeplikt innebär att en part är skyldig att förklara för den andre parten mer i detalj vad den avtalade prestationen går ut på (till exempel angående beskaffenhet och drift). Detta kan ske i form av specifikationer²⁶ och bruksanvisningar. Underlåter säljaren att fullgöra sina skyldigheter enligt klagörandeplikten kan det innebära att avtalet tolkas till fördel för den som inte fått viktig eller behövlig information.²⁷ Det är kanske därför det många gånger är producenten som utformar kravspecifikationen.

Upplysningsplikt

Då parterna träffat ett avtal föreligger mestadels en långtgående lojalitetsplikt. Parterna har träffat en överenskommelse och ska sedan verka för att nå det uppsatta resultatet. Då parterna avtalat att ett visst webbhandelssystem med vissa funktioner ska levereras, är leverantören skyldig att upplysa beställaren om att han till exempel vet att han kommer att bli försenad. Beställaren å sin sida är skyldig att upplysa leverantören om förändrade förhållanden som parterna antagit när avtalet slöts.²⁸ Vid samtal med personer i branschen²⁹ framkom att förseningar ofta beror på att beställaren inte alltid är klar i tid med de åtaganden som denne åtagit sig, till exempel att bistå med innehåll på sajten.

²⁵ Torvund, O., *Kontraktregulering- IT-kontrakter*, s. 40 ff.

²⁶ Se avsnitt 2.3

²⁷ Jansson, J., *Den elektroniska marknadsplatsen*, s. 63

²⁸ Hultmark, C., *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, s.7

²⁹ Samtal 991030 med Jörgen Johansson på 23 SE.

2.2 Avtalsinnehållet

Avtalslagen utgör centrum för regleringen av avtalsrättsliga frågor men är långtifrån uttömmande. Frågan om vad som ska anses ingå i ett avtal besvaras inte på något utförligt sätt i avtalslagen.³⁰ Av 6§ AvtL framgår att avvikelser i accepten från anbudets innehåll, som ligger till grund för avtalsinnehållet, får till följd att avtalet inte anses slutet³¹, detta är den så kallade ”spegelbilsregeln”. Det kan även förhålla sig på så sätt att leverantören till sin accept fogar standardvillkor som allmänt används i branschen. Enligt Adlercreutz³² bör detta i de flesta fall inte medföra att accepten ska anses oren.

Ofta läggs i accepten in en begäran om bekräftelse, utan att det anses utgöra någon avvikelse från anbudet. Idag avses med bekräftelse inte sällan ett ”offert-order-orderbekräftelse”-förfarande, vilket utgör en annan modell för avtalets ingående. Det är inte ovanligt att leverantören i sin offert gör ett förbehåll om att han inte är bunden förrän han avgivit en skriftlig orderbekräftelse. Offerten är i sådana fall inte att se som ett bindande anbud utan orderbekräftelsen utgör här accepten av köparens anbud.³³

Det har i vår kvantitativa studie framkommit att det ofta vid snabba affärer om mindre belopp inte alltid skrivs avtal utan att avtalsinnehållet är det som framgår av offertförfrågningen och offerten.³⁴ I fall som ovan vill vi understryka vikten av offertens utformning. På grund av avsaknaden av regler i avtalslagen gällande avtalsinnehållet har istället utvecklets praxis³⁵ och sedvänja.³⁶ Problemet är att det inom vissa delar av branschen som till exempel webbproduktion kanske inte alltid finns någon vedertagen etablerad praxis och sedvänja att falla tillbaka på. Dock arbetar IT-företagens organisationer med att dra upp riktlinjer för vad som ska anses utgöra god sed.³⁷

Modeller för avtalsslutande

En bestämning av avtalsinnehållet sker vanligtvis enligt grundmodellen,³⁸ genom att man betraktar anbudet ”som innehåller det huvudsakliga materialet för en bedömning av avtalsinnehållet”.³⁹ Då avtalets innehåll inte kan bestämmas enligt grundmodellen måste

³⁰ Av 60§ KöpL framgår att köparen skall specificera varans form, mått och andra egenskaper.

Om detta inte är gjort i avtalad tid eller efter tilläggstid får säljaren utföra specifikationen utifrån vad som kan antas vara i köparens intresse. Detta utesluter inte andra påföljder. Efter att köparen tagit del av specifikationen bör denne vidta förändringar inom skälig tid om han inte vill bli bunden av specifikationen.

³¹ Intressant att notera är att CISG gällande avvikelse i accepten har en något liberalare syn än Avtalslagen. Art 19 (2) säger att tillägg eller ändringar som inte väsentligen ändrar anbudets innehåll ej heller förhindrar att svaret verkar som en accept. Dock har de nordiska länderna reserverat sig mot CISG avsnitt om avtals ingående och undantagit avsnittet vid anslutningen. (KARNOV s. 516)

³² Adlercreutz, A., *Avtalsrätt I*, s. 61

³³ Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s. 40

³⁴ Intervju med Marc Simon, En Trappa Upp, 991030

³⁵ Prop. 1988/89:76 s. 66 Ofta följer det av parternas uttryckliga eller implicita förutsättningar att en redan etablerad praxis skall läggas till grund för avtalsinnehållet. Praxis som utvecklats mellan parterna går även före köplagens regler. Dock gäller att inte vilken praxis som helst kan läggas till grund, en skälighetsbedömning görs.

³⁶ Jansson, J., *Den elektroniska marknadsplatsen*, s. 58

³⁷ Som exempel kan här tas SITO (Svenska IT-företagens Organisation) som för medlemmarna stadgar att de skall bedriva sin verksamhet under iakttagande av *god sed*. Med god sed avses ett korrekt uppträdande gentemot leverantörer, kunder och konkurrenter, att man ej skall använda sig av oskäliga avtalsvillkor, att tydliga och lättförståeliga avtal skall eftersträvas, att annans upphovsrätt skall respekteras, att marknadsföring skall utföras enligt god marknadsföringssed. (<http://www.sito.se>)

³⁸ Anbud – accept- modellen

³⁹ Jansson, J., *Den elektroniska marknadsplatsen*, s. 59

andra modeller utnyttjas. Vid avtalad skriftform är avtalstexten den centrala källan för avtalsinnehållet, men av stor vikt kan även omständigheterna vid avtalets tillkomst vara, som till exempel vad som sagts vid möten och i marknadsföring. Det går även att använda sig av ett successivt avtalsslutande vilket kan innehålla en komplex kommunikation av muntliga och skriftliga delmoment. Nedan visas tre olika varianter:

- | | |
|---------------------------|---|
| Muntliga avtal | - Dessa bygger på en tidigare fördiskussion i vilken det relevanta materialet kan återfinnas. Muntliga avtal innebär dock stora bevissvårigheter. |
| Avtalad skriftform | - I denna typ av avtal är avtalstexten den centrala källan för avtalsinnehållet, här kan även omständigheter vid avtalets tillkomst spela stor roll. |
| Successivt avtalsslutande | - I vissa delar av näringslivet är det kutym att parterna genom muntliga förhandlingar eller brevväxling/e-post når enighet om avtalsvillkoren. ⁴⁰ Denna typ av avtalsslutande innehåller en komplex kommunikation av både muntliga och skriftliga delmoment som samtidigt har stor betydelse för bestämmande av avtalsinnehållet. Man ska dessutom ha klart för sig att de olika faktorernas betydelse för avtalsslutandet skapar oklarheter. ⁴¹ |

Genom samtal och intervjuer har vi förstått att den modell som brukar användas vid avtal gällande webbhandelslösningar är den successiva. Ett exempel på detta är PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 4.1 där parterna successivt genom en Alfa- Beta variant kommer fram till den slutliga produktionen. Även HAMIT 99 stadgar i p. 3.3 om att produktionen ska ske i samråd mellan parterna och att detta ska ske genom löpande kontakter. Anledningen till detta är, som vi kan se, att avtalsobjektet ofta är mycket komplext. Allteftersom webbhandelslösningen utvecklas av producenten kan det tillkomma nya aspekter som beställaren kanske inte alltid förutsett.

I webbhandelslösningens avtal bör en kravspecifikation⁴² finnas bifogad. I kravspecifikationen klargörs avtalsobjektet och vad beställaren vill ha utfört. Om inte testningen av webbhandelslösningen regleras i avtalet eller kravspecifikationen, bör detta regleras i en testspecifikation⁴³ som anger hur deltesterna under arbetets gång ska genomföras. Det är även viktigt att avtalet vid webbhandelslösningar innehåller och reglerar eventuella kringtjänster såsom till exempel installation, utbildning, support eller vidareutveckling av programvara. Tjänster som de uppräknade är en nödvändighet för att kunden ska kunna känna sig säker på ett fungerande system. Att köpa in dessa kringtjänster från annat håll kan bli mycket kostsamt. För dessa kringtjänster se kap 5.

I avtalet bör beställaren och leverantören även reglera vad som blir följderna om något går snett. Innan leverantören börjar att producera en webbplats för en digital marknad och de bakomliggande system som krävs för en fungerande sådan, är det av stor vikt att denne har klart för sig vad för egenskaper och funktioner som beställaren önskar. HAMIT 99 ställer höga krav på att beställaren lämnar behövlig och korrekt information, p. 2.5

⁴⁰ Bernitz, U. *Standardavtalsrätt*, s. 39

⁴¹ Jansson, J., *Den elektroniska marknadsplatsen*, s. 59

⁴² Se avsnitt 2.3.1

⁴³ Se avsnitt 2.6

”...Beställaren ansvarar likaledes för att av honom lämnad information är riktig och fullständig.”

För webbplatsens del kan det gälla allt från vilken skärmupplösning, webbläsare och uppkopplingshastighet webbplatsen ska optimeras för, till hur minneskrävande den får vara (till exempel med avseende på bilder).

2.3 Specifikation av kontrakt föremålet -webbhandelslösningen

Centralt för alla avtal är beskrivningen av vilka varor och tjänster som ska levereras. Vikten av specifikation av kontrakt föremålet framgår av både HAMIT p. 2.1, 1.4 och PROMISE98 p. 3 Allmänna Villkor. I PROMISE 98 p. 3 framgår att:

” Parterna är överens om att Produktionen skall utföras i enlighet med upprättad kravspecifikation.”

HAMIT 99 p. 1.4 Stadgar följande:

”Specifikationen utgör ramen för uppdraget.”

Specifikationen av kontrakt föremålet har både en praktisk och en juridisk betydelse. Praktisk betydelse på så vis att den ligger till grund för leverantörens fortsatta arbete. Juridisk betydelse när det ska fastställas om leverantören har fullgjort sina åtaganden. I 17§ KöpL står det att läsa att varan:

”i fråga om art, mängd, kvalitet, andra egenskaper och förpackning skall stämma överens med vad som följer av avtalet”

I fjärde stycket framgår att en vara som inte gör detta ska anses som felaktig.⁴⁴

Avtalet är det dokument som klargör och fastställer vad parterna har åtagit sig att göra. Väl genomarbetade avtal verkar för långsiktigare och lönsammare kundrelationer. När en beställare vill ha en webbhandelslösning och en sajt för en digital marknadsplats konstruerad, är det av mycket stor betydelse att i avtalet specificera exakt vad det är för produkt/produktion som ska tas fram. Specifikationen bör vara skriftlig och ingå i avtalet. Det är både ur ett leverantörsperspektiv och ett beställarperspektiv klokt att införliva kravspecifikationen som en del av avtalet.⁴⁵ Det primära målet med en kravspecifikation är att parterna ska veta vad de har att göra för att kunna uppfylla den prestation som de påtagit sig.⁴⁶ Beställaren kan å sin sida genom införlivandet av kravspecifikationen i avtalet försäkra sig om att leverantören förpliktigar sig att utföra det som beställaren efterfrågat och inte det leverantören vill sälja. Leverantören å sin sida kan försäkra sig om att han klarar av att leverera i enlighet med specifikationen. En specifikation som ingår i avtalet kan framstå som mer förpliktigande än om den inte ingår i avtalet. Beställaren får en starkare ställning om han kan hänvisa direkt till kontraktet istället för att hänvisa till omkringliggande omständigheter. Tas specifikationen inte med i avtalet kommer den framledes att ha betydelse på så vis att den fastställer leverantörens skyldigheter. Dock kommer inte specifikationen att vara direkt förpliktigande

⁴⁴ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 404 ff.

⁴⁵ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 291

⁴⁶ Torvund, O., *Kontraktregulering- IT-kontrakter*, s. 63

då den inte ingår som en integrerad del i avtalet.⁴⁷ Andra omständigheter än själva kravspecifikationen som kan få betydelse för att bedöma om produkten stämmer överens med vad man avtalat är till exempel allmänna normer, uppgifter i marknadsföringen, uppgifter i tidigare säljled samt kundens särskilda ändamål och syfte med förvärvet av systemet.⁴⁸ En oklar specifikation kan fyllas ut med bakgrund av vad som sagts i marknadsföringen, på möten och i förhandlingar. Eventuella oklarheter gällande vad som ska presteras kan en stark part utnyttja till sin fördel. Givetvis kan även seriösa parter utnyttja ett kontrakts eventuella oklarheter vid problem som till exempel leveransförseningar.

Bland det absolut viktigaste att tänka på för beställaren när denne anlitar en utomstående för att utforma eller utveckla en digital marknadsplats är att skriva en tydlig och utförlig kravspecifikation. Det ska klart framgå vad som ska utföras och hur. Oftast är det leverantören som på beställarens begäran arbetar fram en kravspecifikation som innehåller de samlade kraven på leveransens kvalitet. Om beställaren själv tar fram en kravspecifikation till leverantören bör han försöka uppställa de funktionella krav han har på webbhandelslösningen, till exempel ange vilken utgåva som ska gälla, vilka funktioner som ska finnas, krav på kapacitet och driftseffektivitet. Helt enkelt krav som beställaren har på den färdiga produkten. Ett problem är dock att parterna sällan vid projektstarten vet hur den färdiga produkten kommer att bli.

Av både litteratur, tidningsartiklar och intervjuer framgår att det stora problemet vid framtagandet av en kravspecifikation ligger i att beställaren oftast inte vet exakt vad han vill ha och på vilket sätt. Och vid utformandet av en kravspecifikation är det av stor vikt att beställaren själv har klart för sig sina egna behov. I Computer Sweden 1999-08-09⁴⁹ stod följande uttalande från en webbyrå att läsa:

”Ibland får vi tjocka kravspecar med massor av formalia, men där substansen egentligen är: vi vill ha en webbplats där vi når vår målgrupp. Med interaktivitet.”

Om beställaren inte själv vet vad han vill ha och antingen han eller leverantören härigenom presterar en oklar och ofullständig specifikation, kan han inte heller räkna med att någon leverantör kan leverera det han vill ha. Om leverantören vill använda sig av PROMISE 98 Allmänna Villkor bör beställaren, om denne inte är riktigt säker på vad det är han behöver, tänka sig för. PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 3 stadgar:

”Om parterna är oense om tolkningen av Kravspecifikationen gäller Producentens uppfattning framför Beställarens till dess endera parten hänskjuter frågan till PROMISE tekniska nämnd.”

Beställaren bör dock uppmärksamma att detta endast gäller om han är medlem i PROMISE. Men även HAMIT 99 uppställer tuffa krav på den okunnige beställaren. HAMIT 99 p. 2.5

”Genom Beställarens godkännande..... av Specifikationen och Avtalad Leveransdag ansvarar han för att dessa innehåller samtliga av honom uppställda krav på Webb- tjänsten....Beställaren ansvarar likaledes för att av honom lämnad information är riktig och fullständig.”
(Vår understrykning)

⁴⁷ Torvund, O., *Kontraktregulering- IT-kontrakter*, s. 78

⁴⁸ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 291

⁴⁹ Computer Sweden 990809 ”Köparna måste rycka upp sig”

Det gäller med andra ord för beställaren att försäkra sig om att man har tillgång till den expertis som krävs för att specificera och granska kraven. Annars kan den okunnige beställaren i slutänden finna att han satsat stora belopp i en webbhandelslösning som kanske inte alls har de egenskaper och funktioner han tänkt sig.

Man får inte heller bortse från risken från leverantörens sida att ingå avtal med en beställare som inte vet vad han vill ha.⁵⁰ För att en leverantör ska kunna ta fullt ansvar för det han säljer måste kraven vara väl genomtänkta. Är kraven oklara kommer leverantören med största sannolikhet att vilja friskriva sig visst ansvar,⁵¹ något som för beställarens del innebär att denne inte kan säkerställa lösningens funktionalitet och en effektiv drift.⁵² En inte sällan förekommande konfliktsituation i branschen är att beställaren fått en prestation/produkt som överensstämmer med specifikationen i kontraktet men som ändå inte tillfredsställer kundens behov. Det är även viktigt att ha i åtanke att kvaliteten av en systemleverans av typ webbhandelslösning till stor del bedöms med utgångspunkt i hur framtidsutsikterna ser ut vad gäller underhåll av såväl maskin som programvara samt vad det finns för framtida möjligheter att få en viss grad av service. Är det inte leverantören själv som ska stå för servicen utan en mellanman/tredje part kan det vara svårare att bedöma kvaliteten av produkten. Detta behandlas närmare i kap. 5.

Konkurrensen inom den bransch som vi behandlar i uppsatsen hårdnar alltmer. Det kommer i ett kundrelationsperspektiv bli allt viktigare att leverera i tid. Om leverantören ska leverera webbhandelslösningen inom avtalad tid, är det närmast en förutsättning, att man har ett väl genomfört förarbete och en genomarbetad kravspecifikation i ryggen. På så sätt kan man minska risken för tidsödande missförstånd.

Avtalet är det dokument som klargör och fastställer vad parterna har åtagit sig att göra. Den viktigaste delen i avtal blir således specifikationen av den prestation som ska utföras. I så gott som alla andra punkter går det att fylla ut ett avtal. Är priset inte angivet kan man falla tillbaka på köplagen och är leveranstiden inte angiven ska leverans enligt 9§ KöpL ske inom rimlig/skäligen tid. Det kan givetvis framkomma att parterna inte kan komma överens om vad som ska anses vara rimligt pris eller rimlig tid men parterna har en utgångspunkt att utgå ifrån i köplagen. Vet man dock inte vad som ska levereras kan inte heller avtalet uppfyllas, därav vikten av en i avtalet väl genomarbetad kravspecifikation. Inget avtal blir bättre än kravspecifikationen.

2.3.1 Definition av kravspecifikation

En kravspecifikation gällande systemleveranser i traditionell bemärkelse kan definieras enligt följande:

*En kravspecifikation är det dokument vari man anger vilka krav som ställs på ett system och således också vilka egenskaper systemet skall ha.*⁵³

⁵⁰ Torvund, O., *Kontraktregulering- IT-kontrakter*, s. 76

⁵¹ Vilket vi har sett är fallet i de standardavtal vi studerat, se PROMISE 98 Allmänna Villkor 7.1, 7.2, HAMIT p. 13, 8

⁵² Clark, M., *Så köper du lönsamma datasystem*, s. 46

⁵³ Torvund, O., *Kontraktregulering- IT-kontrakter*, s. 75

Då det inte finns någon annan litteratur som specifikt behandlar kravspecifikationer i webbhandelslösningar har vi valt att använda oss av denna definition

2.3.2 Specifikationens syfte

Det primära syftet med en kravspecifikation av uppgiften är att parterna, oftast leverantören, ska veta vad som krävs för att man ska kunna uppfylla de åtaganden och förpliktelser man kommit överens om. I HAMIT 99 framgår i p. 3.1:

”Producenten skall utföra Uppdraget i enlighet med specifikationen.....”

En väl genomarbetad specifikation kan förebygga konflikter. Oklarheter om vad som ska presteras ökar risken för att parterna har skilda uppfattningar om vad leverantören faktiskt anser sig ha sagt. Leverantören kan göra allt som denne är kapabel till för att uppfylla kontraktet så som han har uppfattat det, men beställaren kan ha uppfattat kontraktet på ett helt annat sätt. Kontentan blir att beställaren anser sig ha erhållit något som han inte har efterfrågat medan leverantören menar att han levererat i enlighet med avtalet. Det finns en viss risk för att en leverantör kan utnyttja oklarheter i ett kontrakt till att reducera sitt ansvar vid leveransproblem. Huruvida funktionella avvikelser och förseningar ska anses vara kontraktsbrott beror på vad leverantören har förpliktigt sig. Det samma gäller frågan huruvida leverantören kan kräva extra betalning om han under arbetets gång upptäcker att kostnaderna kommer att överstiga vad han först beräknade.⁵⁴

2.3.3 Kravspecifikationens innehåll

Kravspecifikationen ska beskriva exakt vad beställaren vill ha utfört, den ska även vara konkret för att parterna inte ska riskera felbedömningar och onödig tidsspillan. Det är sålunda av stor vikt att noga specificera funktion och utförande av webbhandelslösningen. Men hur ska man kunna skriva en klar specifikation, då det endast i ett fåtal fall står klart för beställaren vad denne vill ha? Eventuellt är den bästa lösningen på problemet att försöka ta fram en arbetsmetod att arbeta utifrån vid framtagandet av en kravspecifikation när beställaren är osäker. Det är inom denna bransch viktigt att ha ett mycket flexibelt avtal då den tekniska utvecklingen går framåt i snabb takt.

I kravspecifikationen anger man vilka uppgifter systemet ska lösa, vad för teknisk infrastruktur det ska synkroniseras med, vad för typ av operativsystem som ska användas, vilken kapacitet systemet ska ha osv. I webbproduktionen av den digitala marknadsplatsen för webbhandelslösningen bör specificeras den skärmupplösning webbläsare ska optimeras för, vilken webbläsare webbplatsen ska optimeras för, uppkopplingshastighet, hur minneskrävande den får vara till exempel avseende film och bilder. Om parterna inte går in och klargör detta finns risken att beställaren blir en missnöjd kund, besviken över till exempel hur långsamt webbplatsen laddas hem, eller att funktionerna inte är åtkomliga på så sätt och så snabbt beställaren tänkt sig. Leverantören har å sin sida lagt ner arbete på applikationer som kanske beställarens kunder inte har användning för eller vet hur de ska använda-applikationer som beställaren ändå får betala för.

⁵⁴Torvund, O., *Kontraksregulering- IT-kontrakter*, s. 64

Man kan säga att det finns fyra generella hörnstenar i en specifikation⁵⁵:

1. *Syfte* med specifikationen

Det mest centrala innehållet i en kravspecifikation är de funktionskrav som är det överordnade målet med beställarens anskaffning av en webbhandelslösning. Under funktionskraven ska beställaren beskriva vad som är syftet med det nya systemet. Ofta gör man det på så sätt att kravspecifikationen utformas med bakgrund i de funktioner som finns i beställarens verksamhet och som idag utförs manuellt eller som behandlas i redan befintliga system som kanske inte längre har tillräcklig kapacitet.

2. *Krav på egenskaper* av det som ska levereras

Beställarens uppfattning av vad det är för funktionskrav som ställs ska kompletteras med krav på den kapacitet som det nya systemet måste ha.

Det är även vanligt att man uppställer krav på systemets tillförlitlighet och driftseffektivitet. I kravspecifikationen bör även kompatibiliteten redogöras. Med kompatibilitet avses enkelt uttryckt att tekniska enheter kan arbeta tillsammans eller att de kan ersätta varandra. Frågan om kompatibilitet är i princip en fråga om den samlade leveransens brukbarhet i beställarens framtida verksamhet. Det är även av stor vikt att leverantören på ett tillfredsställande sätt dokumenterat framtagandet av ett system.

3. *Specificering* av vilken problemlösningssmodell som ska användas.

4. Angivelse av *vilka produkter och tjänster* som ska levereras.

I kravspecifikationen bör det ingå som villkor för leveransen att det genomförs en test av huruvida webbhandelslösningen fungerar enligt de i kravspecifikationen uppställda kraven. Testen ska i första hand ha som uppgift att kontrollera hur beställarens krav på funktion, kapacitet och driftseffektivitet är uppfyllt. Det är viktigt att de som tar fram produktionen har tillgång till den framtagna testspecifikationen, så att de fortlöpande kan se om de ställda kraven kan uppnås.

Väljer parterna en avtalsform med flera olika specifikationer bör de alltid bestämma det inbördes förhållandet dem emellan.⁵⁶

2.3.4 Två typer av kravspecifikationer

Enligt Torvund⁵⁷ kan man skilja mellan två huvudtyper av kravspecifikationer. I avtalsskrivandet är det viktigt att göra åtskillnad mellan dessa. Först har man enligt Torvund det som kallas *beställarens önskelista*. En första kravspecifikation finns med i anbudsförfarandet innan beställaren bestämmer sig för leverantör. När anbudsförfarandet utvisat vem som blir leverantör omarbetas ofta i samarbete mellan kund och leverantör, i samband med avtalets ingående, kravspecifikationen. På så sätt får man en *omarbetad kravspecifikation*.

Beställaren kan inte räkna med att få alla sina önskningar uppfyllda, utan får mestadels välja bland de lösningar som står till buds och ta den bästa. När beställare och leverantör slutligen

⁵⁵ Norager-Nielsen, J., *Edb kontrakter*, s. 63 ff.

⁵⁶ Torvund, O., *Kontraksregulering- IT-kontrakter*, s. 89

⁵⁷ Torvund, O., *Kontraksregulering- IT-kontrakter*, s. 76

blir eniga om vad som ska levereras, det vill säga det leverantören anser vara möjligt att leverera, utgör detta arbetsunderlag och kommer att ange leverantörens kontraktsmässiga förpliktelser. Beställaren bör dock se upp vid den eventuella omarbetning som sker av kravspecifikationen. Det finns en risk för att beställaren inte har klart för sig konsekvenserna av de ändringar som görs. Han riskerar att ingå ett avtal om det system som leverantören önskar sälja men som kanske inte är det system som är det bäst lämpade för honom själv. För att undvika att kravspecifikationen ska bli en fälla för beställaren bör denne kräva att leverantören uppger vilka punkter i den ursprungliga specifikationen som inte tillfullo kan uppfyllas i den slutligen överenskomna kravspecifikationen.

Två moment

Kravspecifikationen kan även indelas i två moment. Dels brukar den innefatta en beskrivning av *vad* som ska levereras i form av tekniska specifikationer, även kallad enhetsspecifikation⁵⁸, dels brukar den innefatta mer funktionella krav.

De två momenten är teknisk specifikation/enhetspecifikation⁵⁹ och funktionella krav. Den *tekniska specifikationen* görs ofta i form av utförliga produktbeskrivningar som biläggs avtalet. Oftast brukar detta inte medföra några svårigheter. I den tekniska specifikationen anger man vilken väg man ska gå men man anger inte målet. Svårigheterna brukar istället ligga i att objektet för många webbhandelslösningssavtal inte existerar vid avtalskrivandet, utan att detta ska utvecklas av leverantören. När det förhåller sig på detta sätt finns således inga färdiga produktbeskrivningar att föga till avtalet.

Det är ofta svårt, till och med mycket svårt, att specificera de funktionella kraven och en orsak till detta är som nämnts ovan, att beställaren inte alltid vet vad han vill ha. En rekommendation är ofta att beställaren ska eftersträva att de funktionella kraven anges i avtalet snarare än den tekniska specifikationen av produkter och tekniska lösningar.

Enligt Lindberg och Westman⁶⁰ är en av de vanligaste orsakerna till avtalshaveri att beställaren och leverantören har olika uppfattning om hur en viss funktion tekniskt sett ska åstadkommas. Därför är de ovan nämnda momenten, den funktionella specifikationen och den tekniska specifikationen, av mycket stor betydelse för ett lyckat samarbete mellan beställare och leverantör. Som exempel tar de följande situation: Parterna kan ha avtalat om en funktion som innebär att användaren ska ha möjlighet att söka information. Detta kan tekniskt lösas på så sätt att användaren måste genomföra sökningen i flera led, vilket medför att sökningen tar längre tid och av beställaren upplevs som opraktisk. Men då funktionen är uppfylld anser leverantören att han fullgjort sina skyldigheter. Kunden å sin sida kanske är missnöjd. En situation av ovan beskrivna slag kan undvikas genom en väl fungerande avtalsreglering, med ingående kravspecifikation, av projektets hantering, utveckling och anpassning av den färdiga produktionen.

2.4 Test av den levererade webbhandelslösningen

Karaktäristiskt för ett informationssystem av en viss komplexitet är att de aldrig är felfria från starten. Det är ganska vanligt att funktionerna vid driftsstarten är instabila. Det är inte tekniskt

⁵⁸ Torvund, O., *Kontraktregulering- IT-kontrakter*, s. 71

⁵⁹ Torvund anser inte att teknisk funktion är rätta beteckningen och motiverar detta med att man i detta moment anger vilka enheter som skall levereras samt i viss grad vilka funktioner dessa skall ha, men inte vilka problem de skall lösa, *Kontraktregulering- IT-kontrakter*, s. 71

⁶⁰ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 404

eller i vart fall inte ekonomiskt möjligt för en leverantör att testa systemet till 100 procent innan det har tagits i bruk av användaren och satts in i dennes nuvarande system.

I både HAMIT 99 och PROMISE 98 Allmänna Villkor stadgas om test av produktionen. I kravspecifikationen bör det med andra ord ingå som villkor för leveransen att det genomförs en test av huruvida webbhandelslösningen fungerar enligt de i kravspecifikationen uppställda kraven. Testen ska i första hand ha som uppgift att kontrollera hur beställarens krav på funktion, kapacitet och driftseffektivitet är uppfyllt. Testspecifikationen är även viktig för de som tar fram produktionen, så att de fortlöpande kan se om de ställda kraven kan uppnås.

Ska en webbhandelslösning tas fram är det av stor vikt för både beställaren och leverantören att stämma av utvecklandet av produktionen. Parterna bör i förväg reglera vid vilka tidpunkter leverantören ska visa upp produktionen, hur långt denne ska ha kommit vid tidpunkten och hur man ska pröva att funktionaliteten motsvarar beställarens önskemål. Att ha olika hålltider i avtalet kan ge beställaren en hållhake på leverantören, till exempel kan man avtala om att betalning sker efter viss uppfyllelse från leverantörens sida av olika hålltider. Att på förhand avtala olika hålltider minskar även för leverantörens del risken för att denne utför onödigt arbete för beställaren. Parterna kan i tid upptäcka om produktionen utvecklas i en annan riktning än vad beställaren önskar. Man bör i avtalet skriva in deltesterna och deras utformning, vem⁶¹ som ska utforma dem och vad de får kosta. Vissa testningar är mycket kostsamma.⁶² Det bör även klargöras vad påföljderna ska bli om inte testerna faller ut som de ska.⁶³ I en artikel i IT-affärer⁶⁴ framgår att det finns en stor marknad för rena testföretag.

2.5 Branschens standardavtal

2.5.1 IT-branschens standardavtal före webbens tillkomst

Vi har använt äldre standardavtal rörande utvecklingsuppdrag med anknytning till datorer och dataprogram, som en referens vid granskandet av de moderna webb-inriktade standardavtalen. Av de avtalen bör framförallt nämnas LKD Avtal 90, Utveckling 92, LKD Tjänster 92 och ABDAKA 93, då de är de större och mer välkända standardavtal som troligen tjänat som förebild vid framtagandet av de senare standardavtalen. SITO var inblandat i framtagandet av Utveckling 92 och LKD Tjänster 92. ABDAKA 93 togs fram av Dataföreningen i Sverige och Datakonsultföreningen. De avtalen skrevs före webbens stora genomslag, och nyare standardavtalen har vid en närmare granskning tagit en hel del från de äldre avtalen. Det gäller framförallt ansvars och rättighetsfördelningen. Terminologin är däremot utbytt mot en mer webb-anpassad terminologi.

LKD Avtal 90 är ett av de mer kända standardavtalen inom IT-branschen. Det är allmänt hållet och gäller vid avtal om blandade prestationer av produkter och tillhörande tjänster. LKD AVTAL 90 utarbetades i samarbete mellan branschorganisationerna, Leverantörsföreningen Kontor och Data (LKD, Dataföreningen i Sverige (DF) , SITO och Sveriges inköps- och logistikförbund (Silf). Därmed är det ett agreed document. De

⁶¹ Exempel på företag som testar produktioner är Testhouse och Modul 1 Data.

⁶² Intervju med Hans Ekdahl, Telia Pro Soft 991110

⁶³ Intervju med Hans Ekdahl, Telia Pro Soft 991110

⁶⁴ It affärer 991126 "Sajtprovning efterfrågad tjänst" framgår att testning av produktionen är en efterfrågad tjänst.

handböcker som givits ut om tolkningen av AVTAL 90 är skrivna på uppdrag av de olika branschorganisationerna och kan inte ses mer än som partsinlagor då de har avvikande mening från varandra om hur vissa viktigare delar bör tolkas.⁶⁵ Avtalet tar sikte på leverans av såväl hård som mjukvara och medföljande tjänster i komplexa system. De tjänster som avtalet syftar på är installations, utbildnings och programmeringstjänster. Tjänsterna utgjorde dock bara en del av avtalet. Strax efter utformandet av AVTAL 90, togs två kompletterande standardavtal fram, LKD 91 om enklare leveranser och AVTAL 90-Underhåll. Tanken var att parterna vid användande av AVTAL 90 skulle komplettera med AVTAL 90-Underhåll och licensavtal, för att täcka de viktigaste av de omkringliggande frågorna. Underhållsavtalet förnyades 1992 utan att huvudavtalet ”Avtal 90” förnyades. I dessa äldre avtal finns till skillnad från hos HAMIT 99 och PROMISE 98 ofta flera klausuler som reglerar drift, support och utbildning. Detta har sin förklaring i att de tillämpas på större satsningar än HAMIT 99 och PROMISE 98.

Vad gäller drift och support kan parterna reglera hur denna skall ta form. Ett par exempel på hur detta kan regleras är a) telefonvägledning, b) felrättning via telefon, c) utsändning av personal, d) tillgänglighetsgaranti (leverantören tar på sig ansvar för att systemet eller delar av systemet aldrig är nere i mer än en viss angiven tid), e) nätövervakning från kundens eller leverantörens lokaler, f) informations och kommunikationsreglering mellan kund och leverantör om status, problem och lösningar g) utbildning h) reserv och säkerhetssystem.⁶⁶

2.5.2 Standardavtal med sikte på webblösningar

De standardavtal vi främst tittar på här är HAMIT 99 och PROMISE 98. Äldre standardavtal tjänar som referenspunkter. De delar av PROMISE 98 som utgör kravspecifikationsmallen, behandlas under kravspecifikationer i kapitlet Avtalsrättsliga aspekter. Nedan följer en jämförelse mellan HAMIT 99 och PROMISE 98. Det bör tilläggas att HAMIT skrevs för att ge ett neutralt och bra alternativ till PROMISE 98.⁶⁷

- **Tillämpning och definitioner**

HAMIT är tänkt att användas vid utveckling/vidareutveckling av webbtjänster upp till kostnadsläget 200.000 kronor och tar upp relevanta definitioner i första punkten. Detta är det vanliga sättet att göra ett standardavtal överskådligt.⁶⁸ Medan HAMIT 99 använder termer som Aktivering och Webb-Tjänst, använder sig PROMISE 98 av termerna leverans och produktion.

PROMISE 98 behandlar produktion av interaktiva medier. Det innebär att webb-tjänster bara är en liten del av avtalets tillämpningsområde. Definitionerna som är mer allmänt hållna än de i HAMIT 99, kommer löpande i avtalet och i kravspecifikationsmallen.

- **Framtagandet av avtal och specifikationer**

HAMIT 99⁶⁹ ger producenten ansvaret att ge en offert och ett förslag till kravspecifikation samt leveranstidpunkt, med utgångspunkt i beställarens behov, önskemål och krav. Beställaren har sedan två veckor på sig att godkänna eller meddela önskade förändringar. Vid

⁶⁵ Smitt, R., Ossmer, P., Lindberg, A., Brinnen, M *Databranschens standardavtal* s.33

⁶⁶ Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 298

⁶⁷ Intervju med Thomas Nygren 000331

⁶⁸ jfr LKD AVTAL 90

⁶⁹ HAMIT 99 p. 2.1

förändringsförslag har producenten en vecka på sig att godkänna förslagen.⁷⁰ Även om parterna inte kan enas och upprätta uppdragsavtal, har producenten rätt till ersättning för nedlagt arbete för upprättande av underlagshandlingar. Då detta verkade märkligt fick vi ett förtydligande från Thomas Nygren, som förklarade att han tänkt sig att parterna mötts eller på annat sätt kommit överens om att HAMIT 99 skulle gälla till exempel genom ett föravtal.⁷¹ Detta framgår dock inte av avtalet eller av annan text i samband med avtalet. Ersättningen får dock aldrig överstiga tio procent av det i offerten angivna priset.⁷² Att gränsen relateras till priset i offerten är enligt våran mening en aning tankeväckande då det är producenten som avger offerten. Producenten måste dock kunna visa de kostnader han vill ha ersättning för och därmed borde inte gränsdragningen orsaka några större problem. Att producenten kan få ersättning för nedlagt arbete utan att avtal ingåtts kan motiveras genom att beställaren lär sig och får en förståelse efter en dialog med olika producenter. Vid programutveckling är kravanalysen den första fasen, följd av konstruktion, enhetskonstruktion och systemtest. Efter dialogen med olika leverantörer, har beställaren fått en sådan inblick att beslut kan tas om vilka funktioner som behövs.⁷³ Den arbetsordningen påminner till viss del om hur arkitekter arbetar med framtagande av förslag.

Genom beställarens godkännande av offerten, specifikationen och avtalad leveransdag uppkommer ett bindande avtal där det är beställaren som ansvarar för att hans krav är medtagna och att av honom lämnad bakgrundsinformationen är korrekt.⁷⁴

Enligt PROMISE 98 tillsätts en projektgrupp med beslutsbehöriga representanter från bägge parter. Projektgruppen ansvarar för uppföljning, kommunikation, utvärdering, och beslut om justering av kravspecifikationen.⁷⁵ PROMISE 98 har en processmodell i åtanke där en Alfaversion⁷⁶ utgör underlag för en senare Betaversion⁷⁷, för att sedan utvecklas till slutprodukten då allt från innehåll till funktioner prövats och godkänts. Tanken med flera olika steg är god, då kraven normalt sett förändras i takt med att beställarens personal blir mer insatt och får ökad förståelse för användning av IT.⁷⁸

- **Justering av kravspecifikation**

HAMIT 99 tar inte upp ändringar av kravspecifikation. Den konstruktionen ligger närmare PROMISE 98:s processmodell med olika versioner som kan testas och korrigeras. Ur HAMIT 99 följer att om parterna ändrat uppdragets omfattning, ska de även göra en särskild överenskommelse om betalning. Utan en sådan överenskommelse, ska det ursprungliga priset även omfatta ändringar och tilläggsarbeten.⁷⁹

Om beställaren vill justera kravspecifikationen ska producenten enligt PROMISE 98, omedelbart efter meddelande, underrätta beställaren om vilka merkostnader detta kommer att innebära. Sedan är det beställaren som omedelbart ska meddela producenten om han inte

⁷⁰ HAMIT 99 p. 2.2

⁷¹ Intervju med Thomas Nygren 000331

⁷² HAMIT 99 p. 2.4

⁷³ Oskarsson, Ö., *Programutveckling i liten skala* s. 19

⁷⁴ HAMIT 99 p. 2.5

⁷⁵ PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 2

⁷⁶ där alla ingående moment är definierade

⁷⁷ där delarna är sammanställda till en enhet

⁷⁸ Alter, S., *Information systems, a management perspective* s. 578

⁷⁹ HAMIT 99 p. 12.5

accepterar ändringarna i kostnader och tid. Justeringen ska skriftligen godkännas av parternas projektansvariga.⁸⁰

- **Test/Leverans/Aktivering**

Enligt HAMIT 99 ska beställaren ge producenten tillgång till ett lagringsutrymme i god tid. Leveranstester ska utföras av producenten, medan beställaren ska närvara och möjliggöra testningen.⁸¹ Aktivering anses ha skett när webb-tjänsten har levererats, testats, godkänts av beställaren och installerats på beställarens disk. Webbtjänsten är aktiverad när denna i enlighet med kravspecifikationen har testats av producenten, godkänts av beställaren och installerats på disken.⁸² Leverans/Installation ska ske på en dag kallad leveransdag, och i de fall det krävas flera dagar räknas den dagen då installationen är färdig. Leveransen knyts i avtalet till termen aktivering vilket beskriver situationen mer än ordet installation. Båda parter har enligt HAMIT-99 ett ansvar att leveranstesta den färdiga produktionen, och ansvarstiden för fel är för producenten upp till tre månader till skillnad från avtalslösa webbproduktioner där producenten har felansvar i 24 månader om köplagen är tillämplig.

Enligt PROMISE 98 åligger det beställaren att testa webb-tjänsten. Beställaren ska efter test begära korrigeringar innan färdigställandet av nästa version sker enligt tidsplanen.⁸³ Produktionen anses levererad när Alfa och Betaversioner testats, eventuella fel korrigerats så att produktionen svarar mot kraven i kravspecifikationen och överlämnande skett.⁸⁴

- **Betalning**

Betalning sker enligt HAMIT 99 efter fast pris som huvudregel, eller efter löpande räkning baserat på producentens vid tillfället gällande timtaxa för konsultverksamhet.⁸⁵ Avtalet innehåller även en klausul som reglerar ett fast pris i stället för löpande räkning då många produktioner utgår från en grundmall som kundanpassas och producenten egentligen inte behöver tillämpa löpande räkning. Utan särskilt avtal har producenten även rätt till ersättning för faktiska resekostnader. Det senare skiljer sig från PROMISE 98, där resor, utlägg, traktamenten och dylikt ej utgår utan särskilt avtal.

- **Rättigheter och skyldigheter**

Kommunikationsplikter finns framförallt på beställarens sida.⁸⁶ HAMIT 99 förutsätter att beställaren skickar ut förfrågningar om anbud med tillräcklig information för att producenten ska kunna ge en passande offert. Kan parterna inte enas har producenten rätt till ersättning för arbetet med att ta fram offerten, vilket dock förutsätter att någon sorts föravtal slutits med hänvisning till HAMIT 99.⁸⁷ Det åligger enligt HAMIT 99 beställaren att tillhandahålla producenten med all för uppdraget nödvändig information.⁸⁸ HAMIT 99 ger producenten rätten till den tekniska och grafiska utformningen. Dessutom ges producenten rätt att skydda sin rätt till programkoden genom kapsling av de moduler som innehåller programkod, utan att beställaren tillerkänns någon rätt att på något sätt skaffa sig åtkomst till koden.⁸⁹ Beställaren erhåller en icke exklusiv rätt att för eget bruk och för avsett ändamål nyttja, publicera, ändra,

⁸⁰ PROMISE Allmänna Villkor p. 3 1-2 st.

⁸¹ HAMIT 99 p. 4.3

⁸² HAMIT 99 p. 4.4

⁸³ PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 4.2 2 st.

⁸⁴ PROMISE Allmänna Villkor p. 4.2 4 st.

⁸⁵ HAMIT 99 p. 12. 2-3

⁸⁶ HAMIT 99 p. 2.2 och p. 3.3

⁸⁷ HAMIT 99 p. 2.4

⁸⁸ HAMIT 99 p. 2.1

⁸⁹ HAMIT 99 p. 11.4

modifiera, vidareutveckla och/eller mångfaldiga Webb-tjänsten.⁹⁰ Hur denna rätt ska utnyttjas om beställaren inte kan skaffa sig åtkomst till koden är mycket intressant.

Vad gäller utförandet hänvisas i PROMISE 98 till sedvänja och skälighetsbedömningar. Producenten har rätt att anlita underkonsulter. Ändring av kravspecifikation och omfattningen på uppdraget ska meddelas till producenten så snart som möjligt och behandlas av respektive parts företrädare. Parterna bär ansvar för skada mot tredje man som beror på respektive parts överträdande av tredje mans rättigheter, till exempel vad gäller immaterialrättigheter. Immaterialrättighetsansvaret ligger alltså enligt PROMISE 98 på den part som skaffat materialet. Programkod tillhör producenten medan beställaren får en nyttjanderätt, utan rätt till förändring av källkod.⁹¹

- **Fel**

HAMIT 99 definierar fel som avvikelse från kravspecifikationen.⁹² Ersättning ges endast om inte produktionen uppfyller kravspecifikationen. Detta är en viktig begränsning, då tolkning av vad som förväntas av produkten annars även omfattar andra handlingar än kravspecifikationen. Efter tre månader får fel inte åberopas enligt HAMIT 99.⁹³ Fel som saknar betydelse för webbtjänsten eller som endast orsakar ringa olägenhet får inte heller åberopas.⁹⁴ Fel av väsentlig betydelse ger beställaren rätt till hävning om inte avhjälpande kan ske utan väsentliga kostnader. Skadestånd blir då aktuellt.⁹⁵ Fel som berodde på beställaren ger producenten rätt till rättningskostnaderna och tilläggstid för leverans.⁹⁶ Får producenten en bifogad felanmälan åligger det honom att med skälig skyndsamhet avhjälpa eller lämna korrigeringstips till beställaren i den mån felet berodde på producenten.⁹⁷

Enligt PROMISE 98 är felbegreppet mycket nära knutet till kravspecifikationen och producenten svarar för programmeringsfel som uppstått efter att Beta-versionen testats och påtalade fel åtgärdats.⁹⁸ Fel och brister som saknar betydelse för den avsedda användningen kan inte påtalas.

- **Sanktioner**

I bägge avtalen förekommer de traditionella sanktionerna skadestånd, hävning, prisavdrag, avhjälpande, men dessutom vite. Då förseningar är vanliga i branschen, är vitesbestämmelserna mycket viktiga. Försening som beror på producenten, sanktioneras med 3 procents vite per påbörjad vecka som förseningen består dock max 15 % totalt enligt HAMIT 99.⁹⁹ Detta kan jämföras med PROMISE 98 som ställer vitet till 0,5 % per påbörjad vecka som förseningen består med en maxgräns på 7,5 %, och utan möjlighet till annat skadestånd.¹⁰⁰ De flesta standardavtal som anger viten, har högre maxgräns än PROMISE 98, men framförallt är annat skadestånd inte uteslutet till exempel vid grov vårdslöshet. Liman¹⁰¹ menar att förseningsvitet kännetecknas av att det ska utgå utan att beställaren behöver visa på

⁹⁰ HAMIT 99 p. 11.3

⁹¹ Måste fråga producenten om lov enligt PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 5.4

⁹² HAMIT 99 p. 6.1

⁹³ HAMIT 99 p. 6.1

⁹⁴ HAMIT 99 p. 6.1

⁹⁵ se friskrivningar och ansvar

⁹⁶ HAMIT 99 p. 6

⁹⁷ HAMIT 99 p. 6.2

⁹⁸ PROMISE Allmänna Villkor p. 7.1

⁹⁹ HAMIT 99 p. 5.2

¹⁰⁰ PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 7.3

¹⁰¹ Liman, L., *Entreprenad- och konsulträtt* s. 151

skada, då en av finesserna med vitet är att beställaren ska slippa en svår bevisbörda. I PROMISE 98 ställs kravet att förseningen ska orsaka betydande olägenheter för beställaren för att vite ska utgå, vilket ger beställaren en tung bevisbörda. Det är svårt att se hur man till exempel visar på utebliven vinst och förluster av att marknadsföringskampanjen slår fel.

Ett lågt vite fyller troligen inte sina syften att förhindra avtalsbrott och att ersätta skada. HAMIT 99 har ett högre vite än andra standardavtal, vilket kan motiveras med att det är viktigt att färdigställande sker i tid. Det är troligt att det högre vitet resulterar i ett högre totalpris, då producenten måste räkna med den i branschen höga risken för förseningar. Enligt Hedberg¹⁰² är vitet ett avtalat skadestånd, vilket innebär att skadeståndet är begränsat just till vitet. Bernitz menar däremot att vitets främsta funktion är preventivt, medan skadeståndets är reparativt. Det ena skulle därför inte nödvändigtvis utesluta det andra. Hedberg påpekar dock att om skadestånd nämns för sig i avtalet, så är skadeståndet inte begränsat till ett normalt vite, utan till visad skada. I entreprenadrätten har förseningsvitet använts för såväl hela leveransen som för olika delar.¹⁰³ För att Hedbergs teori om att vitet utgör själva skadeståndet och därmed utesluter en kombination ska fungera i praktiken, bör man kunna göra bedömningen att vitet i standardavtalet fyller en reparativ funktion. Enligt våran mening är vitet i PROMISE 98 så lågt och begränsat att det inte i sig bör utesluta något skadestånd i normalfallet. Man måste dock komma ihåg att tolkningen görs utifrån en helhetsbedömning där till exempel pris och andra klausuler i avtalet kan påverka bedömningen.

Desto mer välkänt och använt ett standardavtal är, desto större krav kan man ställa på parterna att de bör känna till avtalsklausulernas innebörd. Kan man anta att parterna inte blir överrumplade av undanskymda eller ovanligt hårda klausuler, kan man också förvänta sig att detta kompenseras i priset. I den mån en bransch är snedvriden vad gäller utbud och efterfrågan, märks detta i avtalen och obalans i avtalet kan då snarare vara regel än undantag. Det är då inte domstolens uppgift att justera förhållandet i branschen eller i avtalet. PROMISE 98 utesluter inte skadestånd vid fel och försummelse, men begränsar ansvaret till direkta skador och situationer där felet inte beror på av beställaren otillräcklig eller felaktig lämnad information. HAMIT 99 uttalar att beställaren först ska kräva avhjälpande och sedan om felet inte avhjälpas kräva prisavdrag och hävning. Först om felet är av väsentlig betydelse och avhjälpande skulle innebära väsentliga kostnader kan beställaren kräva skadestånd.¹⁰⁴

Försening som beror på beställaren leder till att producenten har rätt att flytta fram leveranstidpunkten.¹⁰⁵ Vid grova avtalsbrott kan omedelbar hävning bli aktuell, medan det vid mindre avtalsbrott ska ges tilläggstider. Hävning regleras alltså i avtalen men har mindre praktisk betydelse, då det är svårt att sälja samma lösning utan omarbetning till olika kunder.

- **Ansvarsbegränsningar**

Producenten skyddas enligt avtalen av force majeure och friskrivningsklausuler.

Listorna på vad som ligger utanför säljarens ansvar är långa. En begränsning i HAMIT 99 är att skadestånd inte kan utgå med större summa än priset för hela produktionen.¹⁰⁶ Förlust av data kan innebära enorma förluster för ett företag och därför är ersättning för sådan förlust utesluten i bägge avtalen. I både HAMIT 99 och PROMISE 98 begränsas även

¹⁰² Hedberg, S., *Entreprenadkontrakt, fällor och fel* s. 196

¹⁰³ Hedberg, S., *Entreprenadkontrakt, fällor och fel* s. 197

¹⁰⁴ HAMIT 99 p. 6.4

¹⁰⁵ HAMIT 99 p. 5.3

¹⁰⁶ HAMIT 99 p. 13.1

huvudleverantörens ansvar till att inte vara större än underleverantörernas.¹⁰⁷ Dessa friskrivningar verkar inte vara oskäligen.¹⁰⁸

PROMISE 98 har ett lågt vite, utesluter annat skadestånd vid försening och friskriver producenten från ansvar både direkt och indirekt, i de fall försening orsakats av fel i av branschen vedertagna utvecklingsverktyg.¹⁰⁹ Denna kombination av bestämmelser är väldigt hårda mot köparen och de göms undan under rubriker där man inte förväntar sig att hitta dem. I PROMISE 98 anges en för producenten övre gräns för det sammanlagda skadeståndsansvaret till följd av uppdraget. Gränsen sätts till det lägre beloppet av 25 % av ersättningen eller 25 basbelopp. Beställarens rätt till skadestånd förverkas om talan inte väckts inom ett år från leveransen. Skadestånd ges för visade direkta och indirekta skador, dock inte mer än 10 gånger det vid skadans uppkomst gällande basbeloppet.¹¹⁰ Vårdslöshet som ger avtalsbrott leder till skadestånd för visade direkta skador, utom för förlust av data enligt PROMISE. Att förlust av data inte ersätts är anmärkningsvärt. Sammanlagt innehåller PROMISE 98 många ansvarsbegränsningar som delvis är undangömda, men då det rör sig om avtal mellan näringsidkare är de troligen giltiga i normalfallen.

- **Tvist**

I första hand kan parterna vända sig till PROMISE tekniska nämnd enligt PROMISE 98 Allmänna Villkoren. Nämnden kan användas av parterna i följande situationer:

1. Om beställaren och producenten tvistar om tolkningen av kravspecifikationen. Då kan endera parten kräva att få frågan avgjord av nämnden. (Annars gäller producentens tolkning)
2. Om det uppstår meningsskiljaktigheter av teknisk och funktionell karaktär kan parterna enas om att anlita den tekniska nämnden istället för att gå till domstol eller skiljemän. Anlitad nämnden har också parterna förbundit sig att följa dess utslag.

Kostnaderna för att anlita nämnden delas lika mellan parterna och baseras på faktiskt kostnad. Lägsta avgift 15 000 SEK. Den tekniska nämnden kan endast anlitas då producenten är medlem i PROMISE. Nämnden har rätt att anlita den expertis som behövs för att få väl underbyggt och opartiskt beslut.

HAMIT 99 reglerar tvist genom hänvisning till svensk rätt och skiljedom enligt Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstituts regler för förenklat skiljeförfarande. Producenten har dock rätt att ansöka om betalningsförelägganden mot beställaren för indrivande av klara och förfallna skulder.¹¹¹

2.5.3 Används enskilda individuella avtal eller standardavtal ?

Intressant att fråga sig i en uppsats om webbhandelslösningar, och de däri ingående avtalen, är om parterna använder sig av egenframtagna enskilda individuella avtal, om de i de enskilda avtalen gör hänvisningar till standardavtal eller om de ”rakt av” använder sig av något specifikt standardavtal.

¹⁰⁷ HAMIT 99 p. 13.2

¹⁰⁸ se Friskrivningar

¹⁰⁹ PROMISE 98 Allmänna Villkor p 9.2

¹¹⁰ HAMIT 99 p. 13.3

¹¹¹ HAMIT 99 p. 19

Det har vid en, av oss genomförd, kvantitativ intervjustudie av personer inom branschen framkommit att det inom branschen inte är helt ovanligt med hemmasnickrade avtal där parterna, oftast leverantören, ibland plockar lite klausuler från standardavtal och sen skriver in resten själv. Sällan användes standardavtal utan någon form av ändring. En anledning till att PROMISE 98 inte används, som vi kan se det, är att villkoren är mycket obalanserade. HAMIT99 är nytt så någon uppfattning om huruvida det används eller ej har vi inte kunnat skaffa oss. Sammanfattningsvis kan sägas att man i branschen i dagsläget till största delen använder sig av enskilda individuella avtal.

Anledningen till att vi ändå behandlar standardavtal i *generella* drag är för att det bland enskilda företag samt intresse- och branschorganisationerna såsom t ex Bitos pågår ett febrilt arbete med att ta fram fungerande standardiserade avtal för parterna. Anledningarna härtill är som vi kan se det att man vill försöka skapa någon form av grundläggande standard i en bransch som karaktäriseras av snabba projekt och ständig förändring. I databranschen finns sedan tidigare ett flertal standardavtal och säkerligen kommer det att till viss del att gå åt detta håll även gällande den typ av produktioner uppsatsen behandlar. Detta då bristande kunskaper och framförhållning kan lätt kosta mycket pengar. Behovet av klara och fasta rutiner ökar ju mer turbulent och snabbföränderlig den bransch är som man verkar inom.

2.5.4 Enskilda individuella avtal

Vid en webbhandelslösning bör det alltid, med tanke på dess komplexitet, finnas ett avtal. Detta för att det klart och tydligt ska framgå för parterna deras respektive förpliktelser. Det finns inga krav på hur det individuella avtalet ska vara utformat, det kan vara mycket kort och bara ange vilka parterna är och vad huvudprestationen ska gå ut på. Vid kommersiella transaktioner vill dock parterna oftast noga precisera de respektive förpliktelserna noggrant. Köplagen är dispositiv och en köpare och säljare har frihet att avtala om att andra regler än köplagens ska gälla dem emellan. Relationen mellan parterna regleras i första hand av det individuella avtalet och i andra hand av köplagen.¹¹²

2.5.5 Standardavtal

Det finns ingen juridisk definition av ”standardavtal”. I avtalsvillkorslagen (10§ AVLK) karaktäriseras standardvillkor som ”avtalsvillkor som inte varit föremål för en individuell förhandling”. Rent språkligt sett betyder det endast att avtalet på ett eller annat sätt är standardiserat på så sätt att samma avtalstext kan användas för framtida avtal. Standardiseringen kan handla om allt ifrån ett enskilt avtalsvillkor till i stort sett det kompletta avtalet.

Inom de flesta branscher finns det upprättade standardavtal som utgör det allmänna regelverket för parternas mellanhavanden, så även i webbhandelslösningens bransch. Skillnaden mellan denna bransch och äldre etablerade branscher är att, vad vi kan se, det ännu inte bildats något regelverk. Standardavtal kan upprättas av parter på enskilt initiativ eller av organisationer¹¹³ som företräder parter inom vissa branscher. Ett standardavtal kan vara

¹¹² Tenglin, S., Pehrson, L., Stannow, H., Svensson, C., A., Kjellin, C., *Rätt i medieproduktion*, s. 26

¹¹³ Såsom till exempel PROMISE, SITO, BITOS.

ensidigt eller ömsesidigt upprättat. Det förekommer även att organisationer som företräder samtliga parter i de avsedda avtalen är delaktiga i framtagande av standardavtal. Då standardavtal utformas av organisationer som tillvaratar båda parternas intressen föreligger inte samma risk för snedvridning av avtalsskrivandet som finns om det är en intresseorganisation som står för framtagandet. När standardavtal tagits fram på detta sätt föreligger ett så kallat ”agreed document” och man kan då normalt utgå från att båda parternas intressen tillgodosetts på ett rimligt sätt.¹¹⁴ Dock bör man ha i åtanke att agreed documents inte sällan är resultatet av en maktkamp mellan två eller flera parter.¹¹⁵ Dock har vi inte funnit någon sådan organisation i den bransch vi studerar, kanske beror detta på att det är en relativt ung och snabbt föränderlig bransch. Genom intervjuer och samtal med folk i branschen har vi fått uppfattningen att det vanligtvis dock är ensidigt upprättade standardavtal. Risken med detta är att den part som utformat avtalet gjort det på ett sätt som mer eller mindre ensidigt gynnar honom och att motparten inte alltid gör klart för sig avtalsvilkorens innehåll, speciellt i de fall då de är oöverskådligt uppställda.¹¹⁶ Gemensamt för standardavtalen är att de bildar grund för hur avtal som ingås ska se ut och tolkas.

På denna avtalsmarknad förekommer än så länge inte så många rena standardavtal, för just den typ av webblösningar/produktion vi skriver om, men det har vid intervjuer framkommit att både organisationer¹¹⁷ och enskilda företag arbetar med att ta fram standardavtal. Ofta är standardavtalen formulerade av de etablerade producentföretagen, men i branschen skrivs även av de enskilda företagen standardavtal. Oavsett om dessa avtal kan tvingas på kontrahenterna på marknaden kan de komma att spela en stor roll i praktiken.¹¹⁸ Man får ha i åtanke att nya standardavtal till viss del kan skrivas med syftet att på lång sikt ändra praxis som parterna i en bransch vill lämna.¹¹⁹

Handelsbruk¹²⁰ anses generellt vara i kraft genom sin existens, detta gäller dock oftast inte standardavtal. Handelskammaren¹²¹ är obenägen att betrakta standardavtal som handelsbruk. Anledningen till detta är det sätt på vilka partsintressen och styrkeförhållanden mellan parterna spelar in gällande villkorens utformning. Partsintressena samt styrkeförhållandena mellan dessa är här av relevans, i synnerhet då en part har ett sådant läge att denne ensidigt kan utforma villkoren, se till exempel PROMISE 98. Det är här av vikt att poängtera att en helhetsbedömning i varje enskilt fall ska göras. Ett standardavtal måste även tolkas mot bakgrund av, samt utfyllas med det som utgör god sed¹²² inom branschen.¹²³

Standardavtalets funktion är att bland annat att rationalisera formerna för avtalets ingående. Ett standardavtal kan ha olika funktioner, bland annat att åstadkomma preciseringar på områden där den ifrågavarande avtalstypen är ofullständig eller kanske inte alls regleras i lag

¹¹⁴ Hultmark, C., Ramberg, J., *Inledning till avtalsrätten*, s. 65

¹¹⁵ Smitt, R., Ossmer, P., Lindberg, A., Brinnen, M *Databranschens standardavtal* s.34

¹¹⁶ Adlercreutz, A., *Avtalsrätt I*, s. 16

¹¹⁷ Bitos, SITO, PROMISE

¹¹⁸ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 19

¹¹⁹ Smitt, R., Ossmer, P., Lindberg, A., Brinnen, M *Databranschens standardavtal* s.34

¹²⁰ Med handelsbruk avses en sedvana som nått en hög grad av fasthet och stadga och som *generellt* kan ses som handelsbruk i affärlivet. Vidare krävs att det vunnit viss geografisk spridning. Från handelsbruk bör man skilja partsbruk. Med partsbruk avses den *specifika* affärssed två parter inom näringslivet kan ha utvecklat sig emellan genom tidigare affärsförbindelser. (Bernitz, U. *Standardavtalsrätt*, s. 28 ff)

¹²¹ Bevis för att handelsbruk föreligger kan åstadkommas till exempel genom uttalande av handelskammarens responsnämnd.

¹²² Angående god sed se avsnitt 2.2 Avtalsinnehållet

¹²³ Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s.31

eller genom allmänna principer.¹²⁴ Det är denna funktion vi anser att standardavtal fyller på webbhandelsområdet. Avtalstypen är komplex och regleras dåligt i lag, till stor del handlar det om att falla tillbaka på avtalsrättsliga principer.

2.6 Enskilt individuellt avtal eller standardavtal?

Huvudavtalet mellan parterna kan utgöras av såväl ett enskilt individuellt avtal som ett standardavtal. Det är inte alltid säkert att ett individuellt utformat avtal ger bättre resultat än ett standardavtal. Ett dåligt utformat avtal kan vara värre än inget avtal alls. Vanligtvis är det så att den ene av parterna är den som utformar avtalsvillkoren så att de bättre ska tillvarata denne partens intressen. I vår bransch liksom de flesta andra branscher är det leverantören/producenten som utformar villkoren. Detta medför att det inte är svårt att finna exempel på avtal som förskjuter balansen i avtalsförhållandet till kundens nackdel, se till exempel PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 3 och de däri ingående villkoren som inte alltid är direkt förmånliga för beställaren. Det är svårare att finna standardavtal som förskjuter balansen åt andra hållet, förmodligen på grund av att de flesta utarbetas av leverantörer. Fördelen som kan ses i standardavtal är att man i avtalet får villkor som är anpassade till den specifika typen av leveranser. Man får sålunda förhoppningsvis ett avtal som är väl anpassat till den aktuella leveransen. Vad parterna dock måste vara uppmärksamma på är riskerna med att använda sig av ett standardavtal som stämmer dåligt överens med den överenskomna prestationen eller att plocka in vissa klausuler som ser bra ut i det enskilda avtalet, detta då klausulerna i standardavtal konsekvent är utformade utifrån övriga klausuler i avtalet.

2.7 Hur blir standardavtalet bindande?

För att ett standardavtal ska bli bindande krävs att det görs till en del av det enskilda avtalet.¹²⁵ Dock framgår inte av lag kravet på införlivandet av standardavtal i det enskilda individuella avtalet.¹²⁶ Standardavtal har till skillnad från dispositiv rätt eller handelsbruk¹²⁷, inte verkan i kraft av sin existens. Det krävs därför av de avtalande parterna att de på ett eller annat sätt inkorporerar den standardiserade texten i det individuella avtalet. För att standardvillkoren ska anses utgöra en del av avtalet krävs att de kommer till motpartens kännedom *före* avtalslutet. Grundproblemet är dock hela tiden detsamma, nämligen att avgöra huruvida de avtalslutande parterna tagit del av och förstått den standardiserade delen av avtalet. Om parterna inte tagit del av och förstått den standardiserade delen i avtalet gäller det att avgöra om och i vilken omfattning de ska bli bundna.¹²⁸ Om parterna haft tillfälle att vid en förhandling gå igenom avtalsvillkoren ställs inte samma krav på skydd av avtalsparterna.

¹²⁴ Hultmark, C., Ramberg, J., *Inledning till avtalsrätten*, s. 67

¹²⁵ Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s.12

¹²⁶ Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s.33

¹²⁷ Se avsnitt 2.7.5

¹²⁸ Hultmark, C., Ramberg, J., *Inledning till avtalsrätten*, s. 64

Inkorporering av standardavtalet kan ske enligt följande:¹²⁹

- Att standardavtalet bifogas övrig dokumentation det vill säga att standardiserade villkor och individuellt avtalade villkor står i samma dokument. Dock krävs tydliga hänvisningar om standardvillkoren står på baksidan av dokumentet eller dylikt.
- När standardavtalen finns i en annan handling än den där de individuellt överenskomna villkoren krävs för inkorporering, att det i en referensklausul görs en tydlig och uttrycklig hänvisning till standardvillkoren. Förutsättningen är dock att villkoren finns tillgängliga på ett sådant sätt att motparten har tillfälle att ta del av dessa innan avtalet ingås. Det finns dock inget krav på att motparten faktiskt tagit del av villkoren.¹³⁰ Huvudregeln är således att det räcker med att det enskilda avtalet innehåller en hänvisning till ett tillgängligt standardformulär för att det ska anses ha blivit en del av avtalet. Den part som inte invänder mot en hänvisning till ett standardavtal riskerar att ha accepterat detta genom konkludent handlande eller realhandlande.¹³¹
- Inkorporering kan även ske genom partsbruk. Detta är något som parterna bör vara uppmärksamma på. Har parterna tidigare haft affärsförbindelser av viss omfattning är domstolarna ofta vid en tvist benägna att se avtalet ingånget på samma sätt som tidigare.¹³² Att standardavtalet har använts av samma parter i tidigare avtal (partsbruk, privat handelsbruk, se 3§ KöpL).
- Inkorporering kan även ske genom att standardavtalet är ett "agreed document"¹³³ eller annars genomgående används inom en viss bransch.

Frågan om huruvida ett standardavtal är bindande utan uttalad accept aktualiseras i HAMIT 99. När beställaren avgett en anbudsförfrågan och producenten, med utgångspunkt i beställarens behov, önskemål och krav, i sin tur svarat med en offert med bifogat HAMIT 99 samt förslag till kravspecifikation och tidigars leveranstidpunkt. med utgångspunkt i beställarens behov, önskemål och krav bör beställaren enligt oss ha viss tid på sig att godkänna eller meddela önskade förändringar. Vid förändringsförslag har producenten en vecka på sig att godkänna förslagen. Även om parterna inte kan enas och upprätta uppdragsavtal, har producenten rätt till ersättning för nedlagt arbete för upprättande av underlagshandlingar. Ersättningen får dock aldrig överstiga tio procent av det i offerten angivna priset.

Problem kan uppkomma när båda parter hänvisar till sina respektive standardavtal, så kallat battle of forms eller kolliderande standardavtal. När problem som detta uppkommer har man att bedöma avtalssituationen och försöka fastställa om parterna har hänvisat till respektive standardavtal slentrianmässigt eller om någon eller båda parter har fäst särskild vikt vid att respektive standardavtal skulle gälla i avtalsförhållandet. Förhåller det sig på detta sätt gäller det att avgöra om endera parten insett eller bort inse att den andre önskade få sitt standardavtal tillämpligt. Går det att få klarhet i detta får man ställa sig frågan vad som är normalt för avtalstypen i fråga. I detta avseende gäller att ett standardavtal som *allmänt*

¹²⁹ Hultmark, C., Ramberg, J., *Inledning till avtalsrätten*, s. 66, Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s.35

¹³⁰ Grönfors, K., *Avtalslagen*, s. 67

¹³¹ Hultmark, C., Ramberg, J., *Inledning till avtalsrätten*, s. 66

¹³² Grönfors, K., *Avtalslagen*, s. 67

¹³³ Gemensamt från både leverantörs- och beställarsidan framtaget standardavtal.

begagnas i en viss bransch accepteras lättare som avtalsinnehåll än ett standardavtal som upprättats av en enskild part. I vår kvantitativa studie framkom att det ännu inte finns något allmänt begagnat standardavtal i branschen. Parterna använder oftast individuella avtal eller avtal där man tagit in vissa bitar från standardavtal. Nackdelen med detta är att de i standardavtalets ingående klausulerna ofta är byggda på och relaterade till varandra.

2.8 Tolkning av standardavtal

2.8.1 Generellt om avtalstolkning

Det kan både för beställaren och leverantör vara av intresse att redan avtalets ingående vara medvetna om en efter vilka principer avtalstexten skulle kunna komma att tolkas vid en framtida eventuell konflikt om vad man kommit överens om. En avtalstolkning grundar sig på parternas vilja vid tidpunkten för avtalets ingående. Teoretiskt sett är det de överensstämmande viljeförklaringarna som ligger till grund för avtalets uppkomst. Men även omständigheter som inträffat före och efter avtalsögonblicket kan få betydelse¹³⁴. Detta är något som tydligt framgår av 3§ KöpL och art 8.3 CISG. 3§ KöpL hänvisar till betydelsen av den praxis som utvecklats mellan parterna. Även art 8.3 CISG hänvisar till parternas efterföljande beteende, ”subsequent conduct”.¹³⁵

2.8.2 Standardavtalstolkning

Huvudregeln för all avtalstolkning är vad parterna gemensamt åsyftat vid tidpunkten för avtalsslutet; den gemensamma partsavsikten. Dock är denna grundläggande princip inte alltid till så stor hjälp vid tolkning av allmänna avtalsvillkor i standardavtal. Vid tillämpning av ensidigt upprättade standardavtal är det mycket svårt att tala om en gemensam partsavsikt. Därför måste man ofta använda sig av andra tolkningsprinciper vid tolkning av standardavtal än vid tolkning av individuella avtal. Dock är läget ett annat om villkoren i standardavtalet varit föremål för individuella förhandlingar. I HD:s praxis finns en tendens att i högre grad än tidigare betona skillnaden mellan standardvillkor och individuellt överenskomna villkor.¹³⁶

En grundläggande tolkningsprincip är att individuellt avtalade villkor som tagits in i standardavtalet i tveksamma fall ges företräde framför allmänna avtalsvillkor. Detta medför att villkor som skrivits på eller ifyllts i anslutning till ett standardformulär normalt ges företräde framför däremot stridande bestämmelser i formuläret. Detta med grund i att det tillfogade till avtalet vanligtvis ges större uppmärksamhet och även sannolikt även bäst återger parternas avsikt. I praktiken innebär tolkningsregeln att skrivet går före tryck, det vill säga handskrivna ändringar och tillägg går före maskinskriven text. Även maskinskrivna ändringar eller tillägg går före tryckt formulärtext.¹³⁷ Normalt får även allmänna avtalsvillkor vika för särskilda muntliga utfästelser, det vill säga även muntligt går före tryck. I

¹³⁴ Såsom till exempel vad som sagts i marknadsföring och i muntliga samtal före avtalets ingående.

¹³⁵ Hultmark, C., Ramberg, J., *Inledning till avtalsrätten*, s. 63

¹³⁶ För mer uttömmande beskrivning gällande tolkningsmetoder hänvisas till Bernitz, U., (*Standardavtalsrätt*, s. 21, 43 ff)

¹³⁷ Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s. 47

tolkningsprinciperna ligger också att preciserade villkor ges företräde framför allmänt hållna klausuler.¹³⁸

Tolkningsmetoden (oklarhetsregeln) att tolka avtal mot den som formulerat det (contra stipulatorem) är inte inskränkt till att gälla endast standardavtalsrätten även om den har sin främsta tillämpning där, och då främst vid ensidigt upprättade standardavtal. Oklarheten kan ha formen av en, medveten eller omedveten, otydlighet eller svårbegriplighet, här inkluderat ett luddigt skrivsätt. Vissa typer av avtalsbestämmelser anses vara viktiga att motverka på grund av sitt innehåll, och de är vanliga i standardavtal men förekommer också i individuella avtal. Exempel på avtalsbestämmelser som anses viktiga att motverka är ansvarsfriskrivningar och skiljeklausuler.¹³⁹ En annan tolkningsregel utgör minimiregeln, vilken innebär att otydliga avtalsvillkor bör tolkas så att man väljer den för den förpliktigande parten minst betungande tolkningen.¹⁴⁰

2.8.3 Friskrivningsklausuler

Friskrivningsklausuler är klausuler som helt eller delvis reducerar ansvar och förpliktelser som annars åvilar part enligt dispositiv rätt. Friskrivningar av felaktiga prestationer kan vara antingen generella (avse alla typer av fel) eller vara konkreta (endast avse vissa typer av fel). Friskrivningar kan även begränsa de påföljder som den drabbade får göra gällande, så kallade påföljdsfriskrivningar. Avtalsfriheten inskränks genom den rättsliga kontrollen av friskrivningar.

Den rättsliga kontrollen av friskrivningar utövas på tre olika sätt, tvingande civilrättslig lagstiftning, offentlighetsrättslig lagstiftning (näringsrättslig metod), och judiciell kontroll (öppen och dold). Medan den civilrättsliga kontrollen använts mot friskrivningar i avtal mellan näringsidkare och konsument, har den knappt någon betydelse för avtal mellan näringsidkare. Den konsumenträttsliga lagstiftningen kan dock indirekt användas i förhållande mellan näringsidkare som en referenspunkt vid tolkning av 36§ AvtL. Detta gäller främst då dispositiv lagstiftning saknas och då partsbalansen liknar konsumentavtalets.¹⁴¹ Den näringsrättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler mellan näringsidkare har spelat en underordnad roll, med endast ett fåtal avgörande av Marknadsdomstolen.¹⁴²

Den metod som spelat störst roll, är den judiciella och framförallt den dolda judiciella metoden. För det första ställs det krav på att vissa kriterier ska vara uppfyllda för att klausulerna ska anses ingå i avtalet och därmed tillerkännas rättsverkan. För det andra tolkas vissa klausuler restriktivt av domstolar. Den dolda kontrollen syftar till att undgå att part blir bunden av friskrivningar som han inte känt eller borde ha känt till vid avtalets ingående och därmed inte kunnat ta ställning till. Dessutom ska metoden hindra att klausuler tillämpas vidare än vad som klart framgår av klausulernas lydelse. Kritik mot den dolda kontrollen utgår ofta från att den försämrar förutsägbarheten i avtalen.¹⁴³ Då den dolda metoden är

¹³⁸ Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s. 48

¹³⁹ Hellner, J., *Köp och avtal*, s. 182 ff

¹⁴⁰ Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s. 51

¹⁴¹ NJA 1979 s 483 s. 514 f

¹⁴² För förklaringar till detta se Lundmark, L. *Friskrivningsklausuler* s. 215

¹⁴³ Lundmark, L. *Friskrivningsklausuler* s. 216

dokumenterad i praxis borde denna inte vara svårare att förutsäga än den öppna metoden med oskälighetsbedömningen i 36§ AvtL.¹⁴⁴

Lundmark förespråkar en ordning där den dolda metoden först används och sedan den öppna. Först bör man alltså se om villkoret blivit en del av avtalet, sedan vilket innehåll villkoret har och sist om det är skäligt.¹⁴⁵ Att vid tolkningen utgå från de dispositiva reglerna (normalt Köpl) är inte alltid lyckat, då situationen är unik och det därför skapats ett avtal för att ersätta köplagens regler.¹⁴⁶ Alla tolkningsmetoder har nackdelar. Skälighetsbedömningen kan förändra innebörden och åstadkomma försämrade förutsägbarhet. En långtgående friskrivning kan ha kompenserats i priset, men att anta att så alltid är fallet är naivt, då det förutsätter att alla kriterier för en perfekt marknad är uppfyllda.¹⁴⁷ Ofta har motparten snarare accepterat friskrivningen på grund utav bristande konkurrens eller ofullständig information.

Utformningen av friskrivningen är betydelsefull i flera avseenden. Det bör kunna ställas krav på att den är klar och tydlig. De kraven är det många generella friskrivningar som inte lever upp till, då de kan bli så långtgående att man inte med säkerhet kan avgöra vad friskrivningen avser. Det är en huvudprincip, både i svensk rättspraxis och internationellt, att friskrivningsklausuler och liknande tyngande klausuler i ensidigt upprättade standardavtal tolkas restriktivt och mot den som skrivit in klausulen.¹⁴⁸

Friskrivningar från vårdslöshet tillåts normalt, men inte om konsekvenserna anses vara särskilt ingripande för motparten eller om klausulen framstår som otydlig eller missvisande. Friskrivningar från grov vårdslöshet anses däremot normalt vara oskäliga.¹⁴⁹ Friskrivningar från kvalitet kräver tydlighet för att inte sättas åt sidan. Detsamma gäller påföljdsfriskrivningar.¹⁵⁰ Påföljdsfriskrivningar får inte hindra en part från att kunna återskapa en rimlig balans i avtalsförhållandet.

Gällande felansvar får nog klausulen ”i befintligt skick” anses som den mest oförmånliga för köparen, något som förklarar varför man ansett det vara av vikt att ingripa mot denna i lag enligt köplagen.¹⁵¹ En annan anledning till att ”i befintligt skick”-klausuler och andra liknande klausuler inte godkänns är att de friskriver säljaren från ansvar för alla fel, och dessutom döljer det i vad som kan ses som oprecisa formuleringar.¹⁵²

För att en friskrivning ska kunna få full effekt krävs av säljaren att denne minimerar köparens befogade förväntningar om köpobjektets egenskaper. Ju mer konkret och tydlig friskrivningen är, desto mindre förväntningar får köparen.¹⁵³ Då avtalstexten smugits in i ett standardavtal eller annan avtalstext som motparten vanligtvis inte läser igenom, ställs hårdare krav på motparten att denne inte agerar motstridigt.¹⁵⁴ Det kan vara mycket svårt att identifiera friskrivningsklausulerna då de ofta göms under mindre passande rubriker, eller som en del i

¹⁴⁴ Hultmark, C., Ramberg, J., *Allmän avtalsrätt*, s. 250

¹⁴⁵ Lundmark, L. *Friskrivningsklausuler* s. 217

¹⁴⁶ Lundmark, L. *Friskrivningsklausuler* s. 218

¹⁴⁷ Lundmark, L. *Friskrivningsklausuler* s. 222

¹⁴⁸ Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s. 52

¹⁴⁹ Lundmark, L. *Friskrivningsklausuler* s. 220

¹⁵⁰ Lundmark, L. *Friskrivningsklausuler* s. 221

¹⁵¹ KöpL 17, 19 §§

¹⁵² Ramberg, J., *Köplagen* s. 282

¹⁵³ Hultmark, C., Ramberg, J., *Allmän avtalsrätt*, s. 253, *Inledning till avtalsrätten*, s. 113

¹⁵⁴ Hultmark, C., Ramberg, J., *Inledning till avtalsrätten*, s. 113

ett annat villkor. Det är inte ovanligt att man hittar friskrivningar under rubriken garantier.¹⁵⁵ Slutsatsen därav är att man bör vara vaksam och titta efter friskrivningar i hela avtalet, då man inte kan förutsäga var de är placerade. Ett problem är att det på grund utav branschens ungdom och snabbhet är svårt att klart se någon kommersiell praxis eller andra vedertagna sedvanor som kan tjäna som underlag för att kunna fastställa avtalsinnehållet vid webbhandelslösningssavtal. Ett lågt vite fyller troligen inte sina syften att förhindra avtalsbrott och att ersätta skada. HAMIT 99 har ett högre vite än andra standardavtal, vilket kan motiveras med att det är viktigt att färdigställande sker i tid. Det är troligt att det högre vitet resulterar i ett högre totalpris, då producenten måste räkna med den i branschen höga risken för förseningar. Enligt Hedberg¹⁵⁶ är vitet ett avtalat skadestånd, vilket innebär att skadeståndet är begränsat just till vitet. Bernitz menar däremot att vitets främsta funktion är preventivt, medan skadeståndets är reparativt. Det ena skulle därför inte nödvändigtvis utesluta det andra. Hedberg påpekar dock att om skadestånd nämns för sig i avtalet, så är skadeståndet inte begränsat till ett normalt vite, utan till visad skada. I entreprenadrätten har förseningsvitet använts för såväl hela leveransen som för olika delar.¹⁵⁷ För att Hedbergs teori om att vitet utgör själva skadeståndet och därmed utesluter en kombination ska fungera i praktiken, bör man kunna göra bedömningen att vitet i standardavtalet fyller en reparativ funktion. Enligt vår mening är vitet i PROMISE 98 så lågt och begränsat att det inte i sig bör utesluta något skadestånd i normalfallet. Man måste dock komma ihåg att tolkningen görs utifrån en helhetsbedömning där till exempel pris och andra klausuler i avtalet kan påverka bedömningen.

Desto mer välkänt och använt ett standardavtal är, desto större krav kan man ställa på parterna att de bör känna till avtalsklausulernas innebörd. Kan man anta att parterna inte blir överrumplade av undanskymda eller ovanligt hårda klausuler, kan man också förvänta sig att detta kompenseras i priset. I den mån en bransch är snedvriden vad gäller utbud och efterfrågan, märks detta i avtalen och obalans i avtalet kan då snarare vara regel än undantag. Det är då inte domstolens uppgift att justera förhållandet i branschen eller i avtalet.

3 Upphovsrättsliga aspekter på webbhandelslösningar

Kapitlet behandlar upphovsrättsliga avtalsregler samt rättigheterna av upphovsrätten till de i webbhandelslösningen ingående komponenterna.

3.1 Bakgrund

Vid framtagandet och utvecklandet av kanske helt nya konventionella lösningar för webbhandel blir det upphovsrättsliga frågorna viktigare än någonsin. Upphovsrätten säkerställer de ekonomiska investeringar som är nödvändiga för utnyttjanden av verk i de former som marknaden efterfrågar. Om parterna inte reglerat upphovsrätten, till de i webbhandelslösningen ingående upphovsrättsligt skyddade elementen, tillfaller dessa enligt

¹⁵⁵ Lundmark, T., *Friskrivningsklausuler* s. 89

¹⁵⁶ Hedberg, S., *Entreprenadkontrakt, fällor och fel* s. 196

¹⁵⁷ Hedberg, S., *Entreprenadkontrakt, fällor och fel* s. 197

huvudregeln upphovsmannen, något som kan få långtgående konsekvenser för den andre parten.

En annan anledning till att upphovsrätten kommer alltmer i fokus är att det för leverantören blir alltmer intressant att kunna erbjuda standardiserade produktioner/produkter till framtida kunder. Leverantören har med andra ord ett stort intresse av att genom avtalet skaffa sig upphovsrätten till det han producerar. Ett exempel på en standardiserad produkt Telias standardprodukt, www.startbutik.nu, en standardiserad webbhandelslösning, som Telia upplåter till sina kunder. Produkten anpassas till den enskilde kunden. Upphovsrätten innehas av Telia och beställaren erhåller endast en nyttjanderätt till denna genom ett licensavtal eller licensklausuler.

De upphovsrättsliga frågorna är både ur ekonomisk och konkurrensmässig synpunkt mycket viktiga, ändå händer det att till exempel leverantören/producenten glömt sina upphovsrätter, det vill säga inte har reglerat rätten till detta i produktionen av en av beställaren begärd produkt.¹⁵⁸

3.2 Upphovsrättslagens avtalsregler

Upphovsrätten är formlös. I den svenska upphovsrätten föreligger inga formkrav, vilket medför att rättsförvärv av de i webbhandelslösningen ingående upphovsrättsligt skyddade verken kan ske genom alla de beteenden svensk rätt accepterar som grund för en överenskommelse. Rätten uppstår samtidigt med verket och det behövs inte någon registrering eller liknande.¹⁵⁹ Upphovsrätten är som huvudregel överlåtbar. De rättigheter som finns kan sålunda överföras på annan genom avtal. Detta sker ofta genom olika former av licensavtal¹⁶⁰. Upphovsrättsliga avtal är dock i regel relativt komplicerade och svåröverskådliga. Det är mycket svårt att finna praxis på området då tvister gällande upphovsrättsliga överlåtelser ofta avgörs genom skiljedom. I både HAMIT 99 p. 19.1, 2 och PROMISE 98 Allmänna Villkor p 12.1 eller biläggs via organisationer såsom till exempel PROMISE Tekniska nämnd p. 12.2¹⁶¹.

Upphovsrättslagens avtalsregler täcker endast ett ganska begränsat utsnitt ur alla de typer av avtal som kan förekomma på upphovsrättens område. Utgångspunkten för lagstiftaren gällande upphovsrättens avtal har varit att ge kontrahenterna i avtalet full frihet att utforma villkor som de önskar med avseende på förfoganderättigheter och det immaterialrättsliga innehållet i lagen.¹⁶²

Exempel på hur parterna kan reglera nyttjanderättigheterna finns i både HAMIT 99 och PROMISE 98 Allmänna Villkor. I HAMIT 99 p. 11.5 står följande att läsa:

”...Beställaren erhåller...en icke exklusiv rätt att för eget bruk och för avsett ändamål nyttja, publicera, ändra, modifiera, vidareutveckla..”

PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 5.3 lyder:

¹⁵⁸ Framkom vid intervju med jurist Pia Nybleaus 990407

¹⁵⁹ Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 54, Jan Rosén, *Upphovsrättens avtal*, s.38

¹⁶⁰ Se avsnitt 3.4.4

¹⁶¹ Se PROMISE98 Allmänna Villkor 12.1, 12.2

¹⁶² Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 60

”Beställaren erhåller enligt detta avtal en exklusiv nyttjanderätt att använda och kopiera Innehållet inom de territorier....Beställaren äger vidare ej rätt att överlåta och/eller förändra Innehållet utan Producentens skriftliga medgivande...”

Tvingande bestämmelser förekommer dock i upphovsrättslagen som till exempel användares utnyttjande av datorprogram och sammanställningar, 26§ g 4st. URL. Reglerna om upphovsrättens övergång är samlade i 3 kapitlet URL, bestämmelserna är ganska allmänt hållna och är nästan genomgående av dispositiv natur, det vill säga att avtalsparterna har möjlighet att sinsemellan föreskriva annat.¹⁶³ I dispositiviteten ligger att man ska beakta vad som utan särskild avtalsföreskrift framstår som avsett i avtalet.¹⁶⁴

I huvudsak är 3 kapitlet URL inriktat på särskilda avtalstyper, såsom offentliga framföranden, 30§ URL, förlagsavtal, 31-38§§ URL, och filmavtal, 39-40§§ URL. Hit förs även bestämmelsen I 40 a § URL om övergången av rätten till datorprogram som skapats inom ett anställningsförhållande. 27 och 28§§ URL behandlar några för alla avtal gemensamma bestämmelser. Den grundläggande bestämmelsen finns i 27§ 1 st. URL, häri anges att rättsinnehavaren fritt kan förfoga över sin upphovsrätt genom att helt eller delvis överlåta den till andra. Upphovsmannen får helt eller delvis genom köp, byte eller gåva överlåta sin rätt att förfoga över verket, det vill säga den ekonomiska sidan av upphovsrätten, se 2§ URL. I 28§ URL stadgas att den som förvärvat upphovsrätten genom överlåtelse inte får lov att ändra verket om inte annat avtalats.

Såväl upphovsmannen, den ursprungliga innehavaren av upphovsrätten, som senare förvärvare kan föra rätten vidare i den omfattning som innehavaren bestämmer. I 27§ URL understryks även skillnaden mellan rätt till en immateriell prestation och ett fysiskt exemplar (till exempel en CD - rom skiva) överlåtelse av ett exemplar omfattar inte överlåtelse av upphovsrätt. Äganderätten till ett föremål, till exempel CD-romskivan, som är bärare av ett skyddat verk, medför inte att ägaren kan förfoga över verket på de sätt som omfattas av upphovsrättens ensamrätt. 28§ URL innehåller två helt dispositiva regler som slår fast att förvärvaren av upphovsrätt inte får ändra verket eller inte utan upphovsmannens samtycke får vidare överlåta rättigheter. Detta gäller om inte något annat avtalats.

3.2.1 Den ekonomiska och ideella rätten

Upphovsrätten brukar sägas ha två sidor. Den ena är ekonomisk och innebär att upphovsmannen har ensamrätt att utnyttja sitt verk genom att framställa exemplar av verket eller på annat sätt göra verket tillgängligt för allmänheten. Den andra sidan utgörs av den ideella rätten. Den ekonomiska sidan är med få undantag dispositiv. Genom informationsteknologin kommer de ideella rättigheterna alltmer i förgrunden. De ideella rättigheterna kan få högst betydande ekonomiska effekter. Angivande av upphovsmannen i anslutning till verket kan medföra att upphovsmannen får gott renommé och, om upphovsmannen väl har ett gott renommé kan angivandet av hans namn i anslutning till verket medföra goodwill för datorprogramföretaget.¹⁶⁵ En annan aspekt av den ideella rätten är

¹⁶³ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 60

¹⁶⁴ Prop. 1960:17, s. 389

¹⁶⁵ Olsson, H., *Copyright*, s. 106

beställarens intresse av att kunna ändra webbhandelslösningen och producentens intresse av att kunna marknadsföra sig med tidigare utförda lösningar och kunna stå för dessa. Enligt upphovsrättslagen tillhör rätten att bestämma om bearbetningar och manipulering av verket den ideella rätten. För att beställaren ska få någon möjlighet att själv ändra i prestationen/produktionen sedan den levererats krävs att beställaren har en uttalad rätt till den.

En annan anledning till att den ideella rätten kommer i förgrunden är att den nya teknologin erbjuder ökade möjligheter att utnyttja verk och andra skyddade prestationer och att digitalt manipulera dessa på ett sådant sätt att den ideella rätten riskerar att kränkas.

De parter som handlar med upphovsrättigheter är nästan helt fria att utforma de villkor som de önskar med avseende på förfoganderätten som sådan. En viktig begränsning utgörs dock av att den ideella rätten enligt 3§ URL inte kan förvärfvas genom kommersiella avtal. De ideella befogenheterna kan principiellt inte överlåtas eller upplåtas utan kan efterges med giltig verkan endast avseende en till art och omfattning begränsad användning av verket, jmf 3§3 st. URL.¹⁶⁶ Rätten kan alltså inte i generella drag efterges.

Ett intressant undantag är dock upphovsrätten till datorprogram som tillkommit i anställningsförhållande. Regeln i 40a§ URL omfattar även den ideella rättens övergång.¹⁶⁷ En anledningen till detta är bland annat att det är en förutsättning för arbetsgivarens möjlighet att exploatera sitt datorprogram att det ska kunna ändras och anpassas för att tillgodose behov som kan uppkomma vid till exempel marknadsföring av programmet. Detta kan försvåras avsevärt om de ideella rättigheterna blir kvar hos upphovsmannen.¹⁶⁸ Konsekvensen blir att datorprogram som skapats av en arbetstagare som ett led i hans arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren övergår till arbetsgivaren. Detta om inget annat avtalats.¹⁶⁹ Om arbetsgivaren sedan i sin tur överlåter eller upplåter rätten till programmet blir de ideella rättigheterna enligt huvudregeln i 3§ 3 st. URL kvar hos arbetsgivaren, det vill säga de befogenheter som en gång gått över till arbetsgivaren stannar hos denne.¹⁷⁰ Program som utvecklats av självständiga konsulter kan ha ett betydande värde och det är av stor vikt för både konsult och beställare att en rättighetsfördelning framgår av avtalet.¹⁷¹

När det gäller verk som en anställd skapat i syfte att de ska ingå i en databas anses han troligtvis ha eftergivit den ideella rätten. Men även i andra situationer kan ett tillstånd att använda ett verk/prestation i en databas innebära att rätten eftergivits. Mestadels förhåller det sig dock på så sätt att upphovsmannen har kvar sina ideella rättigheter, rättigheter som denne kan göra gällande om lagringen i databasen innebär att verket används på ett sådant sätt som är kränkande för upphovsmannen.¹⁷²

I de fall beställaren har en egen webbserver, eller annan server är det av intresse vem som har rättigheterna till programmen som leverantören tagit fram. Då anställd hos leverantören tagit fram program tillkommer dessa leverantören och även om dessa sägs ingå i köpet köper

¹⁶⁶ Prop 1960:17, *Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* s. 33, Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 128

För mer ingående resonemang om den ideella rätten och eftergift av denna se SOU 1956:25, *Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk*, s. 127 ff

¹⁶⁷ Detta gäller i vart fall om man skall fästa avseende på departementschefens uttalande i Prop. 1992/93:48, s. 117 Enligt departementschefen fanns det tungt vägande skäl för att låta även den ideella rätten övergå till arbetsgivaren.

¹⁶⁸ Prop. 1992/93:48, s.117

¹⁶⁹ Nordell, P., J., *Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden*, s.382

¹⁷⁰ Nordell, P., J., *Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden*, s. 379

¹⁷¹ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 166

¹⁷² Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 204

beställaren inte den ideella rätten. Om hela tjänsten och webbservern ligger hos leverantören finns inte samma problematik.

I allt utom den ideella rätten kan upphovsrätten, som nämnts ovan, överföras från upphovsmannen till såväl fysiska som juridiska personer. I den svenska upphovsrätten föreligger inga formkrav, vilket medför att rättsförvärv av de i webbhandelslösningen ingående upphovsrättsligt skyddade verken kan ske genom alla de beteenden svensk rätt accepterar som grund för en överenskommelse. Både muntliga och skriftliga avtal liksom överenskommelser, som till exempel följer av så kallat konkludent handlande eller branschpraxis och annan sedvana, är giltiga. Givetvis är skriftliga avtal ur bevissynpunkt att föredra. Huvudprincipen är här, som i den allmänna avtalsrätten, att avtalsbundenhet uppstår när parterna är överens, så kallade konsensualavtal.

3.2.2 Tidsaspekter

Det är ganska vanligt att avtal träffas för upphovsrättens hela giltighetstid¹⁷³. Det finns alltså en faktisk möjlighet till rättighetsförvärv för åtskilliga år framåt. Något som är typiskt för upphovsrättsavtalen är problemen med överblickbarheten och den konkreta tillämpningen av avtalade klausuler i ett snabbt föränderligt samhälle.¹⁷⁴ På de flesta områden inom denna varierande avtalsmarknad finns en påtaglig benägenhet att använda standardformulär¹⁷⁵, normalt formulerade av etablerade producentföretagen. Det är dessutom vanligt med olika intresseorganisationers¹⁷⁶ ensidigt eller tillsammans med motstående organisationer gemensamt utarbetade ramavtal, normalavtal och tariffavtal.

3.3 Upphovsrättens avtal - rätten till de ingående elementen?

Utnyttjanden av verk, som till exempel att beställaren vill ha möjlighet att själv utveckla webbhandelslösningen, förutsätter att upphovsmannen råder över sitt verk genom att ge andra rätt att utnyttja verket på ett eller flera angivna sätt eller genom att låta andra förvalta rätten att utnyttja verket. Visst finns allmänna avtalsrättsliga regler som man kan använda sig av men dessa erbjuder enligt Koktvedgaard och Levin¹⁷⁷ långtifrån alltid någon god vägledning för immaterialrätten.

Upphovsrättsliga avtal innebär liksom andra förmögenhetsrättsliga avtal att de avtalslutande parterna får en mängd ömsesidiga förpliktelser som kanske inte direkt framgår av avtalet. Genom avtalet skapas en lojalitetsplikt parterna emellan. Det finns en plikt att avstå från handlingar som kan hindra ett rättsutnyttjande. Denna plikt utgör en viktig princip inom hela immaterialrätten och inte bara för upphovsrätten.¹⁷⁸ Det förekommer många olika avtalstyper gällande handel med upphovsrätter, alltifrån de enkla tillstånden avseende enstaka utnyttjanden av ett upphovsrättsligt skyddat verk till kollektiva massöverlåtelser av ett flertal

¹⁷³ Intressant är att ur ett köprättsligt perspektiv notera är att om det är ett licensavtal och avtalet innebär att licens medges för upphovsrättens livslängd, så är avtalsverkningarna mycket lika köpets, då syftet inte är att upphovsrättsinnehavaren skall disponera över avtalsobjektet efter avtalstidens slut. Hultmark, C., *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, s. 687-701, JT 1993/94

¹⁷⁴ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 18

¹⁷⁵ Se avsnitt 2

¹⁷⁶ Se 1. Inledning

¹⁷⁷ Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 361

¹⁷⁸ Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 98

upphovsrättsliga befogenheter över lång tid.¹⁷⁹ Detta följer av det specifika hos alla slags immateriella rättigheter, nämligen att ett skyddat objekt samtidigt kan disponeras av ett i princip obegränsat antal användare, likaväl som att en ensamrätt kan förbehållas en enda person. Denna bredd utgör ett mycket framträdande kännetecken för upphovsrättens avtal.

Upphovsrättslagen omfattar i stort sett alla former av mångfaldigande och alla former av tillgängliggörande för allmänheten. Upphovsrättslagen och reglerna om ensamrättens egenheter sätter sin prägel på avtalet genom möjligheten att dela upp ensamrättens olika befogenheter på olika nyttjare. Beställaren och leverantören är i avtalsskrivandet gällande upphovsrätten i webbhandelslösningen i stort sett helt fria att sinsemellan disponera över den upphovsrättsliga förfoganderätten så som de finner lämpligt. Avtalsfriheten är även på upphovsrättens domäner en grundläggande princip.¹⁸⁰ Avtalsparternas sinsemellan utformade villkor styr innehållet och omfattningen av den upphovsrätt som avses i avtalet. Möjligheterna som ges att dela upp och avgränsa upphovsrätten leder ofta till krav på hur förfoganderätten ska utövas av rättsförvärvaren.

Detta regleras i HAMIT 99 i p. 11.1- 11.5 och PROMISE 98 Allmänna Villkor 5.1- 5.5. I HAMIT 99 p. 11.3 framgår att beställaren sedan full betalning erlagts får en exklusiv rätt att för eget bruk nyttja, ändra och vidareutveckla Webb- tjänsten.

Gällande till exempel vem som får upphovsrätten till ett verk skapat av en fristående uppdragstagare får avgöras efter en tolkning av det enskilda avtalet, därav vikten av ett väl genomtänkt avtal mellan parterna.¹⁸¹ Sammanfattningsvis kan man säga att rätten till de i webbhandelslösningen upphovsrättsligt skyddade delarna och vem som får göra ändring och utveckla dessa avgörs i avtalet.

3.3.1 Överlåtelse, upplåtelse eller övergång av rätten?

Överlåtelse av förfoganderätten utgör en avgörande förutsättning för att enskilda verk ska kunna utnyttjas och komma en bredare krets tillgodo. Av detta följer att upphovsrättsliga avtal är viktiga både för upphovsmännen själva och för samhällslivet i stort.¹⁸² Den grundläggande bestämmelsen för överlåtelse av upphovsrätten finns i 27§ 1 st. URL där det anges att rättsinnehavaren fritt kan förfoga över sin upphovsrätt genom att helt eller delvis överlåta den till andra, det vill säga den ekonomiska sidan av upphovsrätten jmf 2§ URL.

Upphovsrätten är en förmögenhetsrätt som fritt kan disponeras genom avtal. Begränsningen i förvärvarens rätt, beställarens, kan ligga i tiden eller i rummet eller hänföra sig till innehållet och i fråga om rättens exklusivitet angående ett visst förfogande.¹⁸³ Även villkor av andra slag kan uppställas. I praktiken görs dock främst endast partiella överlåtelser. Det finns inget som hindrar en total och slutgiltig rättsövergång, se 27§ 1 st. URL. Men även i sådana fall ska upphovsmannens ideella rätt enligt den tvingande regeln i 3§ 3 st. URL respekteras.

Genomgående används i URL ordet *överlåtelse* för alla de fall där upphovsmannens eller hans rättsinnehavare låter någon förvärva rättigheter till ett upphovsrättsligt skyddat verk genom

¹⁷⁹ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 15

¹⁸⁰ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 17

¹⁸¹ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 166

¹⁸² Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 12

¹⁸³ För mer ingående beskrivning hänvisas till Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 95 ff.

avtal. Ordet *övergång* används när rätten överförs till någon annan på grund av upphovsmannens död, 41§ URL eller då en arbetsgivare får rätten till ett datorprogram som en anställd skapat i ett anställningsförhållande, 40a§ URL. När det handlar om fullständiga och slutgiltiga övergångar är benämningen *överlåtelse*¹⁸⁴ enligt Rosén¹⁸⁵ väl lämpad. När det däremot handlar om temporära eller inskränkta förvärv till exempel icke exklusiva licenser menar han dock att *upplåtelse* är den korrekta termen.

Utgår man från Rosén uppfattning och ser på HAMIT 99 p- 11.2 och 11.5 där avtalsförfattarna använder sig av samtliga termer kan man ställa sig frågan om inte ordet övergång i 11.2 är felanvänt då det i nästkommande mening stadgas om överlåtelse. Troligtvis är så inte fallet utan avtalsförfattarna menar att rätten i sin helhet ska övergå till beställaren.

Av lagen följer att upplåtelse ofta är den korrekta termen med grund i att upphovsrätt aldrig kan förvärfas från upphovsmannen själv med sitt ideellrättsliga innehåll. Den ideella rätten kan upphovsmannen endast välja att efterge. Upphovsmannen bevarar således en koppling mellan sig och sitt verk även efter ett förvärv. Det är därför det från leverantörens sida är viktigt att reglera vilka ändringar beställaren får vidta när webbhandelslösningen är klar.¹⁸⁶

Med andra ord är det av stor vikt att leverantören och beställaren eftersträvar ett så tydligt språkbruk som möjligt vid avtalsskrivandet. En felaktigt använd terminologi kan medföra att innehållet och omfattningen av ett förvärv inte stämmer överens med parternas avsikter. Att lagstiftaren inte klarare utformat terminologin står till stor del att finna i att man lämnat åt avtalets parter att själva formulera och utforma sina avtal. Ordet överlåtelse i upphovsrättslagen har därför fått omfatta alla former av rättsförvärv med grund i en överenskommelse.

3.3.2 Specifikationsprincipen

Upphovsrättsliga överlåtelser ska vara noga specificerade. Det bör i avtalet mellan beställaren och leverantören klart framgå vilka befogenheter som övergår med förvärvet. Om det senare uppstår frågor om utnyttjande av verket på sätt som var okända eller oöverbädda vid avtalstidpunkten, kommer avtalet regelmässigt att tolkas restriktivt.¹⁸⁷ Detta är något som följer av allmänna upphovsrättsliga tolkningsprinciper. Förvärvaren får endast de särskilda befogenheter som uttryckligen tillkommer honom¹⁸⁸. Fullständiga och generella överlåtelser är inte ogiltiga per automatik. Men det finns en presumtion emot att överlåtelser anses vara fullständig om det inte klart framgår av avtalet.

Avtal gällande rättigheter till upphovsrättsligt skyddade verk och överlåtelserns omfattning kan vålla vissa tolkningsproblem. Framförallt handlar det om att bedöma vilka rättigheter som har övergått till förvärvaren genom avtalet och vilka som finns kvar hos överlåtare.¹⁸⁹ Avgörande för tolkningarna av avtalet blir givetvis formuleringarna i avtalet och det är här

¹⁸⁴ Rosén definierar en överlåtelse av upphovsrätten som en transaktion som är inriktad på en definitiv och slutgiltig överföring av alla med upphovsrättens förenliga befogenheter, sådana de föreligger i rättighetsinnehavarens hand. (*Upphovsrättens avtal*,) s. 66

¹⁸⁵ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 66

¹⁸⁶ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 66

¹⁸⁷ Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 97

¹⁸⁸ Se här till exempel HAMIT 99 p. 11.1- 11.5

¹⁸⁹ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 283

specifikationsprincipen kan vara av betydelse. Man talar inom upphovsrätten i den internationella doktrinen om den så kallade upphovsrättsliga specificeringsgrundsatsen som ställer sig kritisk eller direkt avvisande till diffusa eller generella överlåtelse.¹⁹⁰ Vid diffusa eller oklara skrivningar föreligger en presumtion för en mer begränsad övergång av rättigheterna. Principen innebär att de delar av rätten som inte enligt vad som framgår av avtalet har överlåtits eller upplåtits anses stanna kvar hos upphovsmannen. I PROMISE 98 Allmänna Villkor finns lite oklarheter gällande källkoden vad som övergår på beställaren. Detta beror på att man inte har någon klar och tydlig definition av vad begreppet betyder i Villkoren.

Befogenheter som inte är klart angivna och som förvärvaren/beställaren inte har ett aktuellt och påtagligt behov av anses ofta stanna kvar hos överlåtaren, vid webbhandelslösningar leverantören. Det föreligger sålunda en presumtion för att rättigheterna stannar kvar hos upphovsmannen. Specifikationsprincipen finns uttryckt i de danska och norska upphovsrättslagarna.¹⁹¹ Till skillnad från norsk och dansk rätt finns dock principen inte inskriven i den svenska upphovsrättslagstiftningen, utan den anses vara underförstådd.¹⁹²

3.4 Övergång av upphovsrätt vid anställnings- och uppdragsförhållande

Skyddade verk tillkommer inom ramen för högst skiftande avtalsformer, till exempel i uppdrag, anställning eller i beställningsarbeten och utnyttjas vid till exempel exemplarframställning, framförande eller visning. Enligt huvudregeln tillkommer upphovsrätten den som skapat verket. Detta gäller även då någon utför verket på beställning eller i anställning hos annan. Gällande beställningar innebär beställningsavtalet ofta att rätten direkt går över från upphovsmannen till beställaren.¹⁹³

När en beställare anlitar en utomstående konsult att utföra en webbhandelslösning är det viktigt att parterna är medvetna om vad som händer med upphovsrätten till verk som skapas i anställnings- eller konsultförhållanden/uppdragsförhållanden. Det finns i upphovsrättslagen inte någon direkt generell reglering av dessa situationer. Detta regleras dock i de standardavtal vi studerat. När en konsult på uppdrag av en beställare skapar de olika elementen som ingår i en webbhandelslösning som till exempel webbsida, databas eller ett datorprogram ses konsulten oftast inte som anställd hos beställaren. Upphovsrätten presumeras i dessa fall, när inget annat avtalats, tillkomma leverantören. Beställaren kanske vill förvärva upphovsrätten till vissa av de i produktionen ingående delarna, till exempel rätten att utan särskilt tillstånd förändra verket. Enklast gör man detta genom att man låter huvudavtalet reglera även vem som har upphovsrätten. Detta är något beställaren bör vara medveten om.

3.4.1 Anställningsförhållande

Har inte annat avtalats mellan arbetsgivaren och den anställde gällande rätten till ett verk skapat i ett anställningsförhållande tillkommer de immateriella rättigheterna enligt

¹⁹⁰ Kockvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 364

¹⁹¹ Olsson, H., *Copyright*, 1994, s. 148

¹⁹² SOU 1956:25, s. 310

¹⁹³ Olsson, H., *Copyright*, s. 216

huvudregeln den kreatören/anställda. I övrigt är parterna i stort sett, vid en tvist gällande vem rättigheterna tillkommer, hänvisade till en bedömning utifrån subjektiva och objektiva kriterier. Till de subjektiva kriterierna räknas förhållandena på arbetstagarens sida såsom *vad arbetstagaren kände till om arbetsgivarens verksamhet* och *vad arbetstagaren uppfattat som ändamål med anställningen*. Om en upphovsman anställts för att producera alster för vissa bestämda ändamål bör arbetsgivaren inte utan vidare ha rätt att använda dem för annat ändamål. Gällande de objektiva kriterierna ser man till *villkoren i anställningsavtalet*. Den allmänna karaktären av avtalet kan ha betydelse för att fastställa vad som är förutsatt i fråga om överlåtelse av upphovsrätten. Vidare ser man till *arten och omfattningen av arbetsgivarens verksamhet* samt till *sedvänja* i branschen.¹⁹⁴ Någon omfattande domstolspraxis på området finns inte tillgå.¹⁹⁵ Generellt sett saknas regler inom immaterialrätten om rätten till arbetstagarnas immaterialrättsligt skyddade prestationer. Saknas uttryckliga regler i anställningsförhållandet eller kollektivavtal, får man göra en tolkning av själva anställningsavtalets innehåll och syfte. Kanske är det därför som både HAMIT 99 och PROMISE 98 Allmänna Villkor uttryckligen stadgar vad för typ av avtal som gäller mellan parterna. I både avtalen är det reglerat som uppdragsavtal.

När det gäller datorprogram skapade av arbetstagaren som ett led i dennes arbetsuppgifter eller efter instruktion av arbetsgivaren gäller att upphovsrätten övergår till arbetsgivaren om inte annat avtalas (40§ URL). Regeln innebär att samtliga rättigheter¹⁹⁶ till programmen övergår till arbetsgivaren, fullständigt och slutgiltigt. Förutsättningen är dock att programmet ska vara skapat av en arbetstagare som ett led i hans/hennes arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren.¹⁹⁷ Dock kan man avtala om annat. Det är här intressant att notera PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 1 där det klargörs att ett uppdrag inte konstituerar något anställningsförhållande. Man tydliggör på detta sätt att ett anställningsförhållande inte föreligger. Huruvida upphovsrätten till ett verk, till exempel ett datorprogram, skapat av en fristående uppdragstagare övergår till beställaren eller inte, får avgöras efter en tolkning av det enskilda avtalet.¹⁹⁸

I PROMISE 98 Allmänna Villkor framgår av p. 5.1 som definierar Programprodukter och 5.2 att:

”Producenten förbehåller sig upphovsrätten och samtliga övriga rättigheter till Programprodukterna.”

Beställaren behöver således för förvärv av upphovsrätten (det vill säga möjligheten att utan särskilt tillstånd till exempel förändra och utveckla verket) i avtalet reglera upphovsrätten. Därav återigen vikten av väl genomtänkt och tydligt avtal mellan parterna.

För andra typer av verk som skapats i anställningsförhållandet får man istället göra en tolkning av det enskilda anställningsavtalet. Är det inget särskilt avtalat beror en eventuell rättsövergång av anställningsförhållandets art samt branschens allmänna villkor och sedvänjor. Avgörande borde vara hur normalutnyttjandet av verk av det aktuella slaget

¹⁹⁴ Peyron, U., Det upphovsrättsliga anställningsförhållandet, s.149, Nordell, P. J., *Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden*, s.377

¹⁹⁵ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 227, Nordell, P. J., *Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden*, s.377

¹⁹⁶ Om den ideella rättens övergång gällande datorprogram, läs 3.2.1 Ideell rätt

¹⁹⁷ Olsson, H., *Copyright*, s. 219

¹⁹⁸ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 166

förutsetts ske med hänsyn tagen till företagets verksamhet.¹⁹⁹ Utnyttjandeformer som faller inom dessa gränser tillkommer företaget (om inte annat avtalats) övriga rättigheter stannar i princip kvar hos arbetstagaren.²⁰⁰ (Den anställda får dock inte bedriva konkurrerande verksamhet med arbetsgivaren.) Det finns sålunda en principiell regel som skulle kunna formuleras enligt följande: Upphovsrätt övergår inte på arbetsgivaren i vidare utsträckning än vad som är nödvändigt med hänsyn till företagets normala verksamhet.²⁰¹

3.4.2 Uppdragsförhållande

Hur det förhåller sig angående rättigheterna i anställningsförhållandet är intressant även ur ett uppdragsavtalsperspektiv då man många gånger enligt Levin och Nordell²⁰² tolkar ett uppdragsavtal på samma sätt som ett anställningsavtal. Om arten och omfattningen av rätten till det som avtalet gäller inte klart har definierats får avtalets art, syfte och varaktighet sätta gränserna. Den grundläggande utgångspunkten är dock att såväl anställningsavtal som uppdragsavtal bör tolkas restriktivt till förmån för uppdragstagaren. Avsaknaden av precisa regler på upphovsrättens område har medfört att vissa tumregler/tolkningsregler har kommit att utvecklas och manifesteras i den juridiska doktrinen. Enligt dessa tumregler presumeras en rad av de befogenheter som upphovsmannen har till verket övergå till arbetsgivaren i ett anställningsförhållande. *På liknande sätt får man tolka ett uppdragsavtal.*²⁰³ Kanske är det därför som både HAMIT 99 och PROMISE 98 Allmänna Villkor uttryckligen stadgar vad för typ av avtal som gäller mellan parterna. I både avtalen är det reglerat som uppdragsavtal.

Det är inte lätt att definiera begreppet uppdragsavtal närmast av den anledningen att det inte finns någon definition som är någorlunda allmängiltig.²⁰⁴ En definition som nog ger det bästa avstampet är avgränsningen mellan arbetsrätt och uppdragsrätt, där det som inte kan hänföras till det arbetsrättsliga området då faller utanför och måste hänföras till det ganska konturlösa regelsystemet som avser uppdrag. Genom att se närmare på arbetsrättens gränser kan man till viss del få en negativ bestämning av uppdragsavtalet.

I uppdragsavtal ges någon i uppdrag att framställa något, i vårt fall handlar det om en webbhandelslösning. Beställaren har inför en satsning på försäljning av företagets produkter via webben att välja mellan att anställa någon/några inom vars tjänst det faller att framställa webbhandelslösningen eller att avtala med någon utomstående om produktionen.

När det gäller de immateriella rättigheterna i ett uppdragsavtal kan man enligt Nordell och Levin²⁰⁵ tolka uppdragsavtalet på samma sätt som anställningsavtalet. Har inte annat avtalats mellan arbetsgivaren och den anställda gällande rätten till ett verk skapat i ett

¹⁹⁹ Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 103

²⁰⁰ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 166

²⁰¹ Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 103

²⁰² Levin, M., Nordell, P. J., *Handel med immaterialrätt*, s. 23.

²⁰³ Levin, M., Nordell, P. J., *Handel med immaterialrätt*, s. 23.

Man skall dock vara medveten om att det i doktrinen finns olika uppfattningar om huruvida man skall tolka ett uppdragsavtal på liknande sätt. Jan Rosén menar (*Upphovsrättens avtal*, s. 226-227) att tumregeln/tolkningsregeln som säger att en arbetsgivare i avsaknad av en klar reglering med annat innehåll endast "förvärvar den upphovsrätt till verk som den anställda presterar i anställningsförhållandet, eller som ett särskilt åtagande gentemot arbetsgivaren, som krävs för arbetsgivarens normala verksamhet." bara kan ses som rimlig gällande fasta och varaktiga anställningsförhållanden.

²⁰⁴ Grauers, P., H., E- post 991029

²⁰⁵ Levin, M., Nordell, P. J., *Handel med immaterialrätt*, s. 23.

anställningsförhållande, är parterna i stort sett hänvisade till sedvänja i branschen.²⁰⁶ Någon omfattande domstolspraxis på området finns inte tillgå.²⁰⁷ Generellt sett saknas regler inom immaterialrätten om rätten till arbetstagarnas immaterialrättsligt skyddade prestationer. Saknas uttryckliga regler i anställningsförhållandet eller kollektivavtal, får man göra en tolkning av själva anställningsavtalets innehåll och syfte. Kanske är det därför som både HAMIT 99 och PROMISE 98 Allmänna Villkor uttryckligen stadgar vad för typ av avtal som gäller mellan parterna. I både avtalen är det reglerat som uppdragsavtal.

I PROMISE 98 finns en mall för uppdragsavtal, vari regleras vilka parterna är, pris, vad som ligger till grund för avtalet såsom till exempel specifikation och tidsplan. Även i HAMIT 99 klargörs att uppdraget mellan parterna ska klargöras i ett uppdragsavtal. När en uppdragstagaren/leverantören utför ett uppdrag ska han göra det omsorgsfullt. Skyldigheten att visa omsorg krävs inte bara vid själva utförandet utan kan även omfatta slutförandet av uppdraget det vill säga att bli klar i rätt tid.²⁰⁸ Skyldigheterna för ett specifikt avtal beror till stor del på uppdragets innehåll. De uppdrag av webbhandelslösningstyp är ofta mycket komplexa och kraven som kan ställas på uppdragstagaren är relativt höga till exempel avseende tidsfrister²⁰⁹ som måste hållas.

Leverantören ska i uppdraget prestera något, allt från att kanske till exempel utforma en webbsida för en elektronisk marknadsplats till att vara huvudansvarig vid webbupphandlingen.

I så gott som samtliga uppdragsförhållanden uppkommer frågan om vem som ska erhålla rätten till det som skapats. Bägge parter har ofta ett stort intresse av att få exklusiva rättigheter till resultatet. Som nämnts ovan gäller att upphovsrätten till ett verk skapat av en fristående uppdragstagare avgörs efter en tolkning av det enskilda avtalet, därav vikten av ett väl genomtänkt avtal mellan parterna.²¹⁰

Gällande uppdragsavtal är det tveksamt vilka rättsliga regleringar som är tillämpliga vid den typ av produktioner uppsatsen behandlar. Det finns i svensk rätt inte någon lag som tar sikte på den typ av uppdragsavtal det handlar om. Den grundläggande utgångspunkten är dock att såväl anställningsavtal som uppdragsavtal bör tolkas restriktivt till förmån för uppdragstagaren.²¹¹ Således är man i stor utsträckning hänvisad till allmänna civilrättsliga principer. Vad dessa betyder för det enskilda avtalet kan många gånger vara osäkert. Dock anses att köplagen till stora delar ger uttryck för allmänna civilrättsliga principerna och denna lag kan därför ofta tillämpas analogt. Om till exempel ersättningen inte reglerats i avtalet borde köplagens regler kunna tillämpas.²¹²

3.5 Licensavtal

²⁰⁶ Nordell, P. J., *Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden*, s.377

²⁰⁷ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 227, Nordell, P. J., *Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden*, s.377

²⁰⁸ Hellner, J. *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt*, s. 193

²⁰⁹ Att inte leverera i tid är i branschen snarare regel än undantag.

²¹⁰ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 166

²¹¹ Levin, M., Nordell, P. J., *Handel med immaterialrätt*, s. 24.

²¹² Tenglin, S., Pehrson, L., Stannow, H., Svensson, C., Kjellin, C., *Rätt i medieproduktion*, s. 26

Upphovsrätten är, med undantag för det ideella rätten, som huvudregel överlåtbar. Licensavtal är det vanligaste sättet att tillgodogöra sig immaterialrätter.²¹³ De rättigheter som finns kan överföras på någon annan genom avtal. Detta sker ofta genom olika former av licensavtal. Syftet med licensavtalet är att det så tydligt som möjligt ska lägga ramarna för licenstagarens rätt att förfoga över licensobjektet, till exempel att rätt att ändra och utveckla en webbsida eller ett program i webbhandelslösningen. Avtalet berättigar licenstagaren att utnyttja licensobjektet²¹⁴ enligt avtalet. I licensavtal har båda parter ett intresse av att avtalsrelationen ska bestå då båda ofta har ett stort ekonomiskt utbyte av avtalet. Genom licensavtalet behöver inte innehavaren avhända sig hela rättigheten utan endast en nyttjanderätt.

Den rätt förvärvaren får, kan avse såväl enkla medgivanden till nyttjande, så kallade enkla licenser eller icke exklusiva licenser,²¹⁵ som ensamrätt, exklusiva licenser²¹⁶. Licensavtalet som avtalsform möjliggör således för en innehavare av en rättighet att helt eller delvis upplåta denna till någon annan. Licensgivaren överlåter mot någon form av ersättning rätten att utnyttja något till en licenstagare. Oftast är det fråga om en upplåtelse av en rättighet och inte en överlåtelse. Inom immaterialrätten har upplåtelse²¹⁷ många fördelar. Dessutom kan inte alla immaterialrätter överlåtas i sin helhet.²¹⁸

En upplåtelse eller överlåtelse av upphovsrätt kan, som nämnts ovan, begränsas på fyra sätt. Begränsningen kan ske i tid eller i rum eller med avseende på förfogandeformer eller med avseende på styrkan hos den rätt som någon förvärvat. Styrkan beror givetvis på huruvida förvärvaren får en fullständig ensamrätt eller en till viss del inskränkt rätt, till exempel i förhållande till tredje man eller till andra konkurrenter på marknaden.²¹⁹

Ett problem för både producenten och beställaren är att man vid konstruerandet av webbsidor till webbhandelslösning kan ha sett text och bilder som man inte själv har skapat men av olika anledningar vill ha med. Beställaren kan till exempel ha skaffat fram bilder som han vill ha med på sajten. I HAMIT 99 regleras detta i p. 10.2 som stadgar att:

”Beställaren ansvarar för att han äger förfoga över upphovsrättsligt och på annat sätt skyddad information han önskar få införd i Webb- tjänsten”

och i art 10(3) som stadgar att:

”Producenten ansvarar å sin sida för att Producenten äger förfoga över upphovsrättsligt eller på annat sätt skyddad information som Producenten skaffar in till Webb- tjänsten”

²¹³ Levin, M., Nordell, P. J., *Handel med immaterialrätt*, s. 149

²¹⁴ I webbhandelslösningar är licensobjektet bland annat programprodukter såsom programmoduler (Modul = ett underprogram i ett större program. I doktrinen finns ibland uppfattningen att för att skydd skall föreligga så krävs inkapsling i modul.) i objektodsform, källkod, ljud, musik, bilder, text samt programprodukter till vilka upphovsrätt eller andra rättigheter tillkommer annan än producenten.

²¹⁵ Den upphovsrättsliga ensamrätten behöver inte exklusivt övergå på annan, utan en överlåtelse eller upplåtelse kan ske genom enkla tillstånd, för en person att parallellt med andra framföra, sprida, mångfaldiga eller visa ett verk. Detta brukar kallas **enkel licens/icke-exklusiv**, en rätt som kan delas med andra. (Rosén, J., *Upphovsrättens avtal* s. 101)

²¹⁶ Man pratar här om **exklusiv licens** som ger förvärvaren olika grad av exklusivitet att med skydd mot andra utöva upphovsrätt. (Rosén, J., *Upphovsrättens avtal* s. 101) Ensamrätten medför även att den som fått upphovsrätten upplåten på sig kan hindra andra från att utnyttja verket på det sätt som anges i avtalet. Han kan dessutom föra talan mot den som obehörigen utnyttjar verket. (Olsson, H., *Copyright*, s. 214)

²¹⁷ Överlåtes rätten endast med nyttjanderätt benämns detta som en upplåtelse.

²¹⁸ se 3.2.1 om Ideell rätt

²¹⁹ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 101

Ett liknande stadgande står att finna i PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 6.1. Det kan dock vara problematiskt att identifiera samtliga rättighetsinnehavare och komma överens med dem om att deras prestationer mot viss ersättning får användas. I avtalet bör det finnas en bestämmelse som reglerar nyttjanderätten. I de standardavtal vi studerat från branschen ingår ofta klausuler gällande upphovsrätten till produkten och produktionen samt vem det åligger att teckna nödvändiga licensavtal:

”..Beställaren erhåller enligt detta avtal en icke- exklusiv nyttjanderätt som innefattar en rätt att använda och kopiera...”²²⁰

”Beställaren erhåller enligt detta avtal en exklusiv nyttjanderätt att använda och kopiera...”²²¹

”...Det åligger Beställaren att teckna och upprätthålla licensavtal eller på annat sätt skaffa medgivande för nyttjande av sådant²²² skyddat material”²²³

Således verkar det förhålla sig på så sätt att det inte alltid är så att separata licensavtal skrivs utan att licenser bakas in i huvudavtalet. På goda grunder kan det enligt Levin och Nordell²²⁴ hävdas att överlåtelser och upplåtelser av immaterialrätter är så speciella att det är fråga om en avtalsform Sui Generis²²⁵. Det framgår inte alltid klart om avtalet avser en överlåtelse eller en upplåtelse, i fall som dessa ser man till avtalets ordalydelse för att kunna klargöra avtalets karaktär.²²⁶ Köplagens regler är inte direkt tillämpliga på upplåtelseavtal. Detta framgår redan av 1§ som säger att lagen gäller köp och byte av lös egendom. Däremot är köplagens regler många gånger analogt tillämpliga även på avtal om nyttjanderätt till lös egendom.²²⁷ Ramberg menar att det kan finnas gränsfall då nyttjanderättsavtal ska anses som köp nämligen om det redan vid avtalets ingående kan avgöras att avsikten med avtalet är att nyttjanderättsinnehavaren ska bli ägare till prestationen (Observera dock den ideella rätten). Således anser Ramberg²²⁸ att en analog tillämpning av köplagens regler vid nyttjanderättsavtal kan vara möjlig. Även Hultmark anser att detta bör vara fallet.²²⁹

3.6 Skyddet för webbsidan

Upphovsrätten är ett formskydd, den bakomliggande idén skyddas inte. Detta är viktigt att ha i åtanke om man ser på vad som kan skyddas i en webbhandelslösning. I USA har företaget Pricelin patenterat en affärsmodell på webben, i ett så kallat affärsmodellpatent. Vad man gjorde, som vi kan förstå det, var att patentera den bakomliggande idén. Så långt har man dock ännu inte kommit i Sverige.

Webbhandelslösningar innehåller förmodligen, förutom hårdvara i form av lagringsutrymme och en server, även mjukvara i form av datorprogram, gränssnitt, webbsidor, innehåll och

²²⁰ PROMISE98 Allmänna Villkor p. 5.2

²²¹ PROMISE98 Allmänna Villkor p. 5.3

²²² Upphovsrättsligt skyddat material som tillkommer annan än beställaren.

²²³ HAMIT99 p. 10.4

²²⁴ Levin, M., Nordell, P. J., *Handel med immaterialrätt*, s. 29

²²⁵ Med detta menas att avtalet är av en sådan speciell natur att det inte kan inordnas under någon känd avtalstyp, utan är av sitt eget slag. Se även Adlercreutz, A., *Avtalsrätt I*, s. 26

²²⁶ Gozzo, G., *Företagens immaterialrätter och licensavtal*, s. 86

²²⁷ Hultmark, C., *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, JT 1993/94, s. 687-701

²²⁸ Ramberg, J., *Köplagen*, s. 53

²²⁹ Hultmark, C., *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, JT 1993/94, s. 687-701

databaser. Både för leverantör och beställare är viktigt att reglera rätten och nyttjandet till de i webbhandelslösningen ingående delarna. Beställaren kan ha ett stort intresse av att själv kunna gå in i lösningen och vidta nödvändiga ändringar som uppgraderingar. För leverantören finns det ofta ett starkt intresse att få rätten att disponera rättigheter till kodning och program för eventuell användning i efterkommande projekt. En väl framtagen lösning som kan återanvändas i framtida projekt kommer att betala sig många gånger om. Med andra ord har båda parter ett stort intresse av att reglera vem rättigheterna tillkommer. Att leverantören har ett stort intresse av att förvärva rättigheterna framgår i både HAMIT 99 p. 10.1- 10.4, 11.1- 11.5 och PROMISE 98 Allmänna Villkor p. 5.1- 5.5, 6.1- 6.2.

Ur ett immaterialrättsligt perspektiv har vi ansett det vara av vikt att i generella drag redogöra för vad för skydd ovan nämnda delar i produktionen har. Vi kommer däremot inte att behandlas skyddet för ”look and feel”²³⁰ gällande datorprogram och webbsidor. För den som är intresserad av skärmbildsskyddet hänvisas bland annat till Bender²³¹ och Nordell²³².

3.6.1 Webbsidan

Skydd av en i webbhandelslösning ingående webbproduktionen av webbsidor borde kunna delas upp i skydd för text, bild, musik, skyddet för den programvara som används som motor i produkten samt skyddet för produktionens layout.

En genomgående och generell förutsättning för alla verkstyper (bilder, text, musik med flera) för publicering på Internet är att verket är utgivet och att upphovsmannen givit sitt uttryckliga eller underförstådda samtycke till publiceringen. Ett problem för både beställare och producenten är att man ofta i en webbhandelslösning kan vilja ha med material från ett flertal källor. Det kan dock vara svårt att identifiera samtliga rättighetsinnehavare och komma överens med dem om att deras prestationer mot viss ersättning får användas.

Det är av mycket stor vikt att de som skapar resurser på Internet, till exempel grafiker och layoutare, inhämtar behövliga tillstånd om de ska skapa en digital marknadsplats där vissa av de ingående delarna inte är skapade av dem själva. Det är viktigt att de inte begår upphovsrättsliga intrång genom att lägga in andras skyddade verk i de egna alstren. Att lägga in till exempel andras fotografier, bilder, sammanställningar och texter är så gott som alltid förbjudet utan tillstånd (se avsnitt 3.10.1 om vattenstämplar och skyddsprogram).²³³

3.6.2 Skydd av webbsidas layout

Redan vid utredningsarbetet med upphovsrättslagen 1956 diskuterades skyddet för layout i reklamalster och om katalogskyddet skulle omfatta även detta. Auktoritetskommittén som drev frågan blev dock ifrågasatta av lagutskottet som ifrågasatte om det verkligen behövdes

²³⁰ ”Look and feel” handlar om i hur stor utsträckning ett datorprogram kan åtnjuta upphovsrättskydd inte bara mot ren kopiering av helheten, moduler eller större delar av programmet utan också mot ett övertagande av programmets utformning: datorns användargränssnitt, strukturelement, organisation, logik.

²³¹ Bender, H., *Ophavsret til brugergrænseflader ”Look and Feel”*, NIR 1997, s. 69-79, *EDB- rettigheder*

²³² Nordell P. J., *Upphovsrättsligt skydd för datorprograms användargränssnitt- utvecklingen i amerikansk praxis*, s. 37-52,

²³³ Carlén-Wendels, T., *Nätjuridik- lag och rätt på Internet*, s. 82 För mer vad för skydd som gäller olika verkstyper läs sid. 69 ff

ett skydd av layout i reklam. Diskussionen utmynnade i att det inte infördes någon regel om layout.²³⁴

Om webbsidans layout (det vill säga dess placering och utformning av text och annat material) är av ett sådant avancerat slag och av sådan särprägel att den kan anses uppnå verkshöjd,²³⁵ kan den skyddas som konstnärligt verk enligt upphovsrättslagen.²³⁶ HAMIT 99 skyddar i p. 11.1 grafiska utformning och stadgar att rätten till denna tillkommer producenten. När man ser till den snabba utvecklingen på Internet kan det kanske vara där antalet webbsidor bara ökar kan frågan ställas hur kravet på verkshöjd ska kunna uppnås. Bedömningen av verkshöjden är en objektiv bedömning som inte ska påverkas av att antalet verk ökar. Om webbsidans layout kan skyddas och anses uppnå verkshöjd bör dock skyddsomfånget enligt Nordell²³⁷ bli tämligen begränsat, skyddet kommer kanske i praktiken att endast täcka mer eller mindre identiska efterbildningar. Det blir alltså gränssnittet som kan skyddas som konstnärligt verk. Det finns olika uppfattningar huruvida en webbsidas layout kan skyddas eller inte. Carlén –Wendels²³⁸ anser till exempel inte att webbsidans layout kan skyddas då den enligt honom inte uppnår verkshöjd. Han menar istället på att de ingående delarna kanske skyddas var sig. Det är mycket svårt att veta hur man ska bedöma om intrång på en webbsida föreligger. På en webbsida är oftast de dominerande elementen texter och bilder, dessa åtnjuter skydd var för sig. Skall en helhetsbedömning av webbsidan göras kommer denna enligt Nordell²³⁹ att utgå från sidans layout och inte de enskilda delarna. Det är dock genom layouten och webbsidans funktioner som företaget marknadsför sig och ger besökaren på webbsidan en känsla för produkten och företaget. Man bör således enligt oss kunna utgå från en helhetsbedömning och om det, enligt Nordells resonemang, föreligger en mer eller identisk efterbildning så bör webbsidans bakomliggande kod skyddas genom dess layout kunna skyddas.

Huruvida man får kopiera någon annans hemsida för att sen använda sig av den för att utforma en egen så gäller att man givetvis får låta sig inspireras av andras webbsidor, idén som sådan skyddas ju inte, upphovsrätten är ett formskydd.²⁴⁰ Men att direkt bearbeta någon annans material kräver upphovsmannens tillstånd och denne kan, i enlighet med skyddet för den ideella rätten i 3§ URL, motsätta sig eventuellt omarbetande om hon/han finner det kränkande.

3.7 Skyddet för kod och databaser

²³⁴ Nordell, P. J., *Rätten till det visuella*, s. 79, SOU 1956:25, s. 22, 394

²³⁵ Med verkshöjd menas att verket skall uppfylla vissa krav på egenart. Verket skall vara ett resultat av ett individuellt andligt skapande och ha en sådan individuell särprägel att det skall vara praktiskt sett uteslutet att två personer som arbetar oberoende av varandra åstadkommer något som är nära överensstämmande, detta kallas även dubbelskapandekriteriet. Olsson, H., *Copyright*, s. 54, Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immaterialrätt* s. 35

²³⁶ Nordell, P. J., *Rätten till det visuella*, s. 83, Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 208

²³⁷ Nordell, P. J., *Rätten till det visuella*, s. 49 ff. s. 60

²³⁸ Carlén-Wendels, T., *Nätjuridik- lag och rätt på Internet*, s. 61

²³⁹ Nordell, P. J., *Rätten till det visuella*, s. 79

²⁴⁰ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 161. Sveriges medlemskap i EES har även medfört en anpassning av det svenska skyddet för datorprogram enligt EG:s direktiv 91/250/EEG.

Vid framtagandet av en webblösning kan det både för leverantören och beställaren vara av intresse att veta vad för skydd framarbetade HTML-kod, datorprogrammets källkod och databaser har. Det ligger ofta ett stort arbete bakom framtagandet av en väl genomtänkt webbsida för digital handel. Den känsla beställaren vill att kunden ska ha gentemot produkterna och företaget ska helst avspeglas i sajten och sajten ska vara anpassad till den målgrupp beställaren vänder sig till. När leverantören väl tagit fram en bra lösning gällande till exempel HTML-kod, källkod kan denne bitvis vilja använda sig av denna i efterkommande produktioner. Det är därför från leverantörens sida intressant att veta vilket skydd dessa har.

De skyddsformer/verkstyper som kan vara aktuella kommer nedan i avsnitt 3.8 att redogöras för. Hur HTML-kod upphovsrättsligt karaktäriseras är i dagsläget osäkert men vi vill ändå försöka redogöra för vad för upphovsrättsliga skyddsformer som kan vara aktuella.

3.7.1 Datorprogram

Datorprogram skyddas²⁴¹ enligt 1§ URL som litterära verk. Även om datorprogram faller inom de krav som ställs för skydd av litterära verk, skiljer de sig från andra alster som skyddas av upphovsrätten. Deras huvudfunktion inte är att tillföra en människa känsloupplevelser, information eller anvisningar utan istället ge instruktioner till en maskin.²⁴² Exempel av datorprogram får, till skillnad från övriga verkskategorier, inte heller framställas för enskilt bruk.²⁴³ Innehavaren av ett datorprogram får dock framställa säkerhetskopior och kopior som är nödvändiga för att använda programmet eller rätta fel i detta (26g§ URL). Vidare framgår att innehavaren av ett datorprogram enligt 26g och 26h §§ URL har en begränsad rätt till dekompilering av datorprogrammet för att uppnå kompatibilitet med andra program, samt även en begränsad rätt att undersöka programmet för att fastställa de bakomliggande principerna till programmet.

Anledningen till dessa paragrafer är att de bakomliggande idéerna och principerna till datorprogram inte åtnjuter upphovsrättsligt skydd. I traditionella upphovsrättsligt skyddade verk kan man få tillgång genom till de bakomliggande idéerna genom att ta del av själva verket. Men det går som regel inte att ta del av de bakomliggande idéerna och principerna som ligger till grund för datorprogrammet genom att endast se hur datorprogrammet arbetar. För att man ska kunna göra detta krävs att programmets objektkod²⁴⁴ omvandlas till källkod²⁴⁵, förfarandet kallas dekompilering.²⁴⁶ Upphovsrätten till datorprogram i anställningsförhållanden regleras i 40a§ URL. (läs i avsnitt Ideell rätt)

Angående den begränsade rätt som 26h§ URL och 26g§ URL ger till dekompilering och reversed engineering, är det intressant att läsa HAMIT 99 och det som stadgas i p. 11.4:

”...Beställaren äger inte rätt att genom reversed engineering, dekompilering eller liknande förfaringssätt skaffa sig åtkomst till Webb- tjänstens programkod.”

(Vår understrykning)

²⁴¹ Av EG direktivet 91/250/EEG *Rättsligt skydd för datorprogram* art. 1(2) framgår att datorprogram skall skyddas oberoende av dess uttrycksform.

²⁴² SOU 1985:51, s.88

²⁴³ 12 § 2 st. URL

²⁴⁴ Den maskinläsbara versionen av programmet.

²⁴⁵ Den skrivna versionen av programmet.

²⁴⁶ Prop. 1992/93:48 s. 131

I 26g§ URL fjärde stycket stadgas att:

”...Den som har rätt att använda ett datorprogram får iaktta, undersöka eller prova programmets funktioner för att fastställa de idéer och principer som ligger bakom programmets olika detaljer.....”

I sista stycket framgår att:

”Avtalsvillkor som inskränker användarens rätt enligt andra, fjärde eller femte stycket är ogiltiga.”(Vår understrykning)

I 26h§ URL sista stycket stadgas att:

”Avtalsvillkor som inskränker användarens rätt enligt denna paragraf är ogiltiga.”

Av Direktiv 91/250/EEG Rättsligt skydd för datorprogram art 6 framgår en tvingande rätt för en behörig användare av ett datorprogram att under vissa förutsättningar, utan rättighetsinnehavarens samtycke, återge eller översätta ett programs kod för att erhålla en sådan information som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga mellan två eller flera program så kallad reverse engineering.

Punkt 11.4 i HAMIT 99 kan inte anses som överensstämmande med den tvingande rättsom framgår av 26h§ och 26g§ URL, därför anser vi att beställaren trots stadgandet, har en begränsad rätt till dekompilering och reversed engineering. Rätten till viss dekompilering är tvingande för användaren.

3.7.2 Källkod

Det finns en mängd datorprogram i olika former. Programmen skrivs i så kallad källkod²⁴⁷ i någon form av programmeringsspråk. Detta kan vara ett högnivåspråk till exempel Java eller C++. Detta språk ligger ganska nära det mänskliga språket. Det kan även vara ett assemblerspråk, som av användaren kräver mer djupgående kunskap om datorns grundfunktioner. Källkoden kompileras (omvandlas) därefter till objektkod.²⁴⁸ Det av stor vikt att reglera hur källkoden ska hanteras. Om leverantören inte ska ha tillgång till denna efter avlämnandet gäller det, enligt oss, att i avtalet skriva in mycket hårda påföljder om denne ändå behåller en kopia och den dokumentation man har gällande källkoden. Anledningen till att man ska ha kännbara påföljder är för att risken att upptäckas är mycket små. Det går inte att utan en närmare undersökning fastställa om det är leverantörens framtagna källkod som används eller någon annans. I PROMISE 98 Allmänna Villkor framgår av p. 5.4 att producenten förbehåller sig upphovsrätten och samtliga övriga rättigheter till källkoden. Dock framgår det (som nämnts under 3.4.1) att det i villkoren inte finns någon definition av vad som inbegrips i begreppet ”källkod”. Även om ett verk är upphovsrättsligt skyddat, har man möjlighet att låta sig inspireras av det genom att kanske till exempel studera källkoden. Man har dock ingen rätt att kopiera rätt av.

²⁴⁷ Källkod är vad programmeraren skriver in.

²⁴⁸ Objektkoden utgör den maskinläsbara formen av programmet.

Det upphovsrättsliga skyddet gäller oavsett i vilken form programmet förekommer. Det saknar för skyddets del även betydelse i vilket medium (till exempel hårddisk eller papper) koden lagrats i.²⁴⁹

Upphovsrättslagen innehåller inte någon definition av vad ett datorprogram är. Vanligtvis avses helt enkelt den serie av instruktioner som behövs för att datorn ska arbeta. I förarbetena²⁵⁰ har man utgått från WIPO²⁵¹:s definition av datorprogram som lyder:

”För de ändamål som angår det upphovsrättsliga skyddet skall som datorprogram anses utformningen av en serie av instruktioner eller anvisningar, oberoende av den uttrycksform eller den anordning vari den är nedlagd, avsedd att förmå en dator att direkt eller indirekt ange eller utföra en speciell funktion eller uppgift eller uppnå ett speciellt resultat.”

Verkshöjdskravet²⁵² gäller för datorprogram på samma sätt som det gäller för andra litterära verk. På frågan om vilket originalitetskrav som kan ställas på datorprogram finns inga svar varken i lagtext eller allmänna motivuttalanden. I prop. 1988/89:85 uttalas att:

*”Kravet på verkshöjd på detta område bör alltså i princip ställas förhållandevis högt. I likhet med vad som gäller för andra verkstyper bör verkshöjdskravet innebära att det endast undantagsvis kan inträffa att två personer oberoende av varandra skapar identiska program. Verkshöjd bör däremot inte anses föreligga när situationen är sådan att endast en eller ett fåtal tänkbara lösningar kan användas för att nå ett avsett resultat med ett program. I sådant fall är resultatet givet av de yttre faktorerna, och något utrymme finns knappast för den originalitet som krävs för att ett upphovsrättsligt verk skall föreligga.”*²⁵³

Datorprogrammets roll i en webbproduktion (i en multimedieproduktion) varierar. I en del produktioner används enkla standardprogram för att göra det möjligt med en orientering av informationsinnehållet.²⁵⁴ Ur ett upphovsrättsligt perspektiv ska man dock ha klart för sig att det är programmet som sådant som ska bedömas, att den funktion programmet ska utföra kan framstå som enkel är utan betydelse.²⁵⁵

²⁴⁹ Bing, J., *Opphavsretten og ny informasjonsteknologi: Noen spredte notater*, s. 604

²⁵⁰ SOU 1985:51, s.87

²⁵¹ World Intellectual Property Organization

²⁵² Prop. 1988/89:85, s. 27 Av lagtext och allmänna motivuttalanden framgår inte vilken grad av originalitet som bör krävas för att ett datorprogram skall uppnå verkshöjd. Av allmänna bedömningskriterier följer dock att enkla och okomplicerade program vanligtvis inte kan uppnå verkshöjd.

²⁵³ Prop. 1988/89:85, s. 27. Prop. 1992/93:48, s. 113. Koktvedgaard och Levin (*Lärobok i immaterialrätt*) s. 85 och Olsson (Copyright) s. 62 ställer sig dock tveksamma till om denna inställning i propositionen fortfarande gäller. Enligt direktiv 91/250/EEG *Rättsligt skydd för datorprogram* art 1 (3) framgår att *”Ett datorprogram skall skyddas om det är originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Inga andra bedömningsgrunder skall tillämpas vid fastställandet av om det skall komma i åtnjutande av skydd.”* Genom direktivet grundas således URL på ett rent originalitetskrav i subjektiv bemärkelse och inte på ett traditionellt verkshöjdskrav. Direktivet innebär att något strängare krav på verkshöjd inte får användas. Författarna pekar på det faktum att det framöver kommer att vara den europeiska praxisen som blir styrande, inte de svenska förarbetena. Det skall dock understrykas att de som konstruerar ett datorprogram måste utföra en verkligt andligt skapande verksamhet för att ett skydd skall uppstå. Enligt Olsson (*Copyright*, s. 62) är denna förutsättning uppfylld. Skyddet gäller enligt honom oavsett programmet ställt samman av ett antal moduler eller om ett helt nytt program skapas.

Det är intressant att läsa depchefens resonemang (prop. 1992/93:48, s. 114) kring prop 1988/89:85, *Upphovsrätt och datorer*, och det där strängare uttryckta svenska verkshöjdskravet på program. Han uttrycker i prop. 1992/93:48, s. 114 att det inte skall ställas strängare krav på verkshöjd avseende datorprogram utan att det på dessa skall ställas samma krav som på i 1§ URL övriga angivna verk.

²⁵⁴ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 208

²⁵⁵ Prop. 1988/89:85, s. 28

3.7.3 Databas

Genom databaser kan beställaren bland annat identifiera och rangordna de kunder som är mest värdefulla. Denna typ av sammanställningar, med ett stort antal uppgifter, representerar nästan alltid ett stort värde om man ser till det arbete och de kostnader som framställaren måste lägga ned för att samla in och strukturera uppgifterna. Skyddet av, de ofta inom webbhandel nödvändiga databaserna, är mycket viktigt. Vad har den i databasen ingående informationen för skydd? Vem har rätt till informationen?

Information samlad i databaser är ett mycket grundläggande inslag i webbhandelssystem. Här lagras på beställarsidan bland annat data om kunder, varor, leverantörer och försäljning. På leverantörssidan lagras och struktureras till exempel bilder, text och musik. Med andra ord rör det sig konkurrensmässigt om ett mycket känsligt område. Många gånger ligger betydande investeringar bakom databaser. För att definiera, uppdatera och kontrollera en databas används normalt ett databasstyrningssystem. Om detta ingår eller inte i webbhandelslösningen beror på det enskilda fallet.

Definitionen av databas är ganska otydlig och har ännu inte fått några tydliga ramar. Genom direktivet 96/9/EG om rättsligt skydd för databaser etablerades det upphovsrättsliga skyddet för databaser i EU. I direktivet definieras databas i p. 1 (2) som :

”a collection of independent works, data or other materials arranged in a systematic or methodical way and individually accessible by electronic or other means”²⁵⁶

Definitionen ter sig vid en snabb genomläsning vid men begränsas av att det ska röra sig om en ”samling” av ”självständiga element”. Som exempel på detta kan tas upphovsrättsligt skyddade verk (bilder, text) och faktauppgifter. De självständiga elementen ska vara ”var för sig tillgängliga”. I den svenska upphovsrättslagen finns ingen bestämmelse som direkt tar sikte på databaser. Begreppet databas är inte infört i den svenska upphovsrättslagen då begreppet av bland annat remissinstanserna ansågs för snävt. Istället är det begreppet sammanställning som används när det gäller digitala databaser.²⁵⁷ Vid implementeringen av databasdirektivet valde man i Sverige att använda ordet ”sammanställningar” för att beteckna systematiska samlingar av verk, uppgifter eller annat material.

Databasen kan skyddas på ett flertal sätt, dels indirekt genom att de ingående prestationerna (texter, bilder, ljud) åtnjuter skydd som *fristående verk*, dels genom att databasen åtnjuter självständigt skydd som *sammanställning* (i samlingsverk (5§ URL) eller katalogskydd (49§ URL)). Vidare kan databasens *strukturelement* skyddas som självständigt verk (1§ URL).²⁵⁸

I databasdirektivet²⁵⁹ finns två skyddsformer för databaser. Skyddet i art. 3-6 som avser ett skydd av det slag som ges för sammanställningar av verk i 5§ URL. Det andra skyddet är sui generis rätten i art. 7-11 för sammanställningar oavsett skyddet i sig för innehållet, det vill säga ett skydd av det slag som ges enligt 49§ URL.²⁶⁰

²⁵⁶ Direktiv 96/9/EG Rättsligt skydd för databaser, art 1 (2)

²⁵⁷ Prop. 1996/97:111, s. 27

²⁵⁸ Seipel, P., *Databasrätt*, s. 34

²⁵⁹ Direktiv 96/9/EEG Rättsligt skydd för databaser

²⁶⁰ Nordell, P. J., *Rätten till det visuella*, s. 183

Databaser som består av verk som var för sig är upphovsrättsligt skyddade betraktas som samlingsverk medan de databaser där ett stort antal oskyddade uppgifter sammanställts eller är resultatet av en väsentlig investering ska betraktas som ett sui generis – verk. Utöver det upphovsrättsliga skyddet ska medlemsländerna även se till att det finns en slags närstående rätt, sui generis för de databaser som inte kan åtnjuta upphovsrätt.²⁶¹

Enligt direktiv 96/9/EG om rättsligt skydd för databaser framgår att datorprogram som ingår i databasen inte omfattas av databasskyddet, art. 1 (3) samt preambeln st. 23.

Fristående verk som kan ingå i en databas kan vara av flera slag till exempel tidningsartiklar eller rättsfallsreferat. Frågan huruvida det ska anses vara ett skyddat verk påverkas inte av att skyddsobjektet ingår i en databas. Man utgår från upphovsrättens sedvanliga krav på originalitet, kravet på ett visst mått av självständighet, originalitet och en personligt skapande insats för verkets tillkomst. Faktadatabaser kan skyddas om de är av en sådan volym och komplexitet att presentationen av materialet lämnar rum för den variation som grundlägger upphovsrättskyddet.²⁶²

Databaser kan om sammanställningen avser upphovsrättsligt skyddade verk eller delar därav betraktas som *samlingsverk*, 5§ URL. Skyddet för en databas som samlingsverk är dock begränsat då skyddet i princip endast tar sikte på utnyttjandet av basen i dess helhet eller på en så stor del av basen att den delen i sig själv kan ska betraktas som ett som ett samlingsverk. Innehållet i sammanställningen ska ha valts ut eller arrangerats på ett sätt som gör att sammanställningen är särpräglad. För att ett utdrag ur databasen ska anses vara ett intrång i upphovsrätten till samlingsverket krävs att utdraget innehåller de särpräglade element som är utmärkande för sammanställningen. Detta borde medföra att endast kopiering av hela eller mycket stora delar av databasen kan utgöra intrång i upphovsrätten till samlingsverket.²⁶³ Det är den som sammanställer verket eller delar av verk i ett samlingsverk som har upphovsrätten till detta.

En databas som inte är uppbyggd av andra verk, eller delar av verk, utan av enskilda informationselement kan inte skyddas som samlingsverk, därmed inte sagt att inte andra skyddsformer kan komma ifråga. Utöver det upphovsrättsliga skyddet finns för sådana databaser som inte kan åtnjuta upphovsrätt de så kallade *närstående rättigheterna* och sui generis²⁶⁴ skyddet i 5 kap URL. I detta sammanhang är katalogskyddet i 49§ URL av särskild betydelse.

Skyddet i 49§ URL avser alster av ett visst slag som inte når verkshöjd.²⁶⁵ Katalogskyddet i 49§ URL gäller oavsett verkshöjd och är ett skydd mot utdrag (tillfällig överflyttning) och återanvändning (det vill säga tillgängliggörande genom spridning, uthyrning, on-line överföring eller överföring på annat sätt) av material som är resultatet av en väsentlig investering. Det som skyddas enligt prop. 1996/97:111 på grundval av direktiv 96/9/EG *Rättsligt skydd för databaser* är den egna *sammanställningen* (databaser, kataloger, tabeller) *av ett stort antal uppgifter* eller som utgör resultatet av en *väsentlig investering* i ekonomiska

²⁶¹ Kockvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 61

²⁶² Seipel, P., *Databasrätt*, s. 35

²⁶³ Kockvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 61, SOU 1985:51 s. 51 ff.

²⁶⁴ En slags närstående rätt

²⁶⁵ Nordell, P. J., *Rätten till det visuella*, s.184

och andra insatser som ligger bakom anskaffningen, presentationen och granskningen av uppgifterna i arbetet.²⁶⁶

Bestämmelsen i 49§ URL skyddar inte de uppgifter som har samlats i arbetet utan att det är själva arbetet, sammanställningen, eller en väsentlig del av detta som är föremål för skyddet.²⁶⁷ Katalogskyddet i 49§ URL ger producenten en uteslutande rätt till exemplarframställning och spridning av kataloger, inklusive databaser, tabeller eller liknande arbete som innefattar ett stort antal uppgifter, eller som är resultatet av dennes väsentliga investering.

Om databasen innehåller material som i sig är oskyddat som till exempel numeriska uppgifter, lagtext, hindrar inte detta att basen som sådan åtnjuter upphovsrättsligt skydd enligt 1§ URL. Databasens *strukturelement* kan skyddas som självständigt verk enligt 1§ URL. Liksom för sui generis databaser innebär detta skydd inget skydd för de enskilt ingående uppgifterna. I detta fallet är det sättet att organisera databasen som skyddas, databasens strukturelement. Seipel²⁶⁸ pekar dock på att det inte är helt klart vad som menas med ”sättet att organisera en databas” Det kan till exempel innebära en hierarkisk eller annan systematisk ordning av databasens beståndsdelar t. ex. efter ämnesord. Det kan även innebära en komplex ordning där de ingående elementen kombineras med varandra, ämnesord, datafält och sammandrag. Det är databasens strukturella originalitet, organisationsprincip, som åtnjuter skydd. Detta medför att en databas med en enkel organisationsprincip, som är strukturerade i alfabetisk ordning eller nummerordning inte uppnår verkshöjdskravet. Den alfabetiska ordningen kan varken skyddas i sig eller ge skydd åt databasen som helhet.²⁶⁹ Om databasen skyddas enligt 1§ URL är det tillåtet att utnyttja exempelvis enskilda faktauppgifter ur basen, men det är inte tillåtet att mångfaldiga den. Enligt Seipel²⁷⁰ råder det osäkerhet gällande vilket skydd en databas kan anses ha när det gäller strukturelementen.

Vem är det då som har rätten till databaserna? Upphovsrätten är en rätt som tillkommer den som skapat verket. Rätten uppstår i och med verkets tillkomst. Rätten tillkommer enligt 49§ URL den som framställt verket. Rätt till samlingsverk tillkommer enligt 5§ URL den som sammanställt verket. Med andra ord så tillkommer rätten producenten.

3.7.4 Kan webbsidan skyddas som databas?

Enligt Lindberg/Westman²⁷¹ kan själva webbproduktioner i webbhandelslösningen ofta hänvisas till någon av de skyddsformer som gäller för databaserna. Författarna²⁷² anser att katalogskyddet i 49§ URL passar länksamlingar på en webbsida där osäkerhet kan råda om huruvida kraven på verkshöjd är uppfyllda. Som producent är det viktigt att veta att även om webbsidan skulle anses utgöra en databas enligt URL, skyddas inte de i databasen ingående individuella verken mot digital kopiering då databasskyddet endast skyddar databasens form och struktur och inte de ingående verken.²⁷³

²⁶⁶ Prop. 1996/97:111 s. 55

²⁶⁷ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 193

²⁶⁸ Seipel, P., *Databasrätt*, s. 37-38

²⁶⁹ Seipel, P., *Databasrätt*, s. 37

²⁷⁰ Seipel, P., *Databasrätt*, s. 37

²⁷¹ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 208

²⁷² Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 207

²⁷³ Prop. 1996/97:111, s. 22, 36

Lindberg och Westman men även Olsson är av uppfattningen att multimedieverk skyddas som databaser.²⁷⁴ Olson pekar på att webbsidor ofta räknas som multimedia²⁷⁵ och att multimedia i doktrinen anses kunna utgöra databaser. Utifrån detta resonemang drar han slutsatsen att en webbsida skulle kunna skyddas som databas. Även om antalet uppgifter kanske inte alltid är så stort borde webbsidan ofta vara resultatet av en väsentlig investering. Av denna mening är dock inte Carlén- Wendels²⁷⁶ som menar att det sällan är så att webbsidan kan skyddas som en sammanställning då han anser att den inte kan utgöra en sammanställning av ett stort antal uppgifter. Vår uppfattning är att webbsidan borde kunna skyddas som sammanställning. Antingen enligt 5§ URL eller enligt 49§ URL, detta då vi liksom Linberg och Westman är av uppfattningen att webbsidors länksamlingar borde vara att anse som en sammanställning av ett stort antal uppgifter.

3.8 Skyddet för HTML-kod

Genom den mycket snabba tekniska utvecklingen har det uppkommit vissa problem med att skilja mellan vad som ska anses utgöra ett datorprogram och vad som ska anses vara en annan typ av verk. Gränsdragningen är mycket svår. För att överhuvudtaget kunna avgöra vilken skyddskategori HTML-koden tillhör måste man avgöra om verk som lagrats i digital form (grundade på digital kod) ska anses utgöra datorprogram eller om de ska åtnjuta skydd enligt någon annan verksform. Hur HTML-koden upphovsrättsligt ska karaktäriseras är i dagsläget ännu inte klarlagt. Vi kommer nedan (3.10.1) att försöka göra en bedömning av hur HTML-kod kan skyddas.

3.8.1 Kan HTML-kod skyddas som datorprogram?

Det föreligger idag ett upphovsrättsligt problem gällande de mellanformer²⁷⁷ som varken kan anses vara digitalt lagrade verk eller programkod. Det finns element som inte ingår i en direkt dialog med brukaren men mellan programmen och maskinen, dessa element är inte någonstans klart definierade.²⁷⁸ Något som kan ses som ett mellanting mellan vanliga textfiler och datorprogram i traditionell mening är webbsidor, skapade i HTML-kod²⁷⁹ som används vid programmering av hemsidor på Internet. Koden ger instruktioner till datorn/ webbläsaren men liknar annars till stora delar en vanlig ordbehandlingsfil.

Använder man sig av WIPO- definitionen²⁸⁰ av vad som ska anses utgöra ett datorprogram borde HTML-kod ses som ett datorprogram då HTML-koden är en serie anvisningar som indirekt, med hjälp av en webbläsare, får datorn att utföra en speciell uppgift nämligen att kombinera text och bild till en webbsida och sedan visa denna på skärmen. Problemet är

²⁷⁴ Lindberg, A., Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, s. 208, Olsson, H. *Copyright* s. 44

²⁷⁵ Multimedia används ofta som beteckning för produkter eller produktioner av information i form av bilder, text, ljud och film, ett särdrag för denna typ av produktioner är även att de ofta bygger på en viss grad av interaktivitet. (Tenglin, S., Pehrson, L., mfl , *Rätten i medieproduktion*, s. 65)

²⁷⁶ Carlén-Wendels, T., *Nätjuridik- lag och rätt på Internet*, s. 61

²⁷⁷ Bender skriver på s. 74, *EDB rättigheter*, om ett mellanspråk som ej är att ses som ett rent programmeringsspråk men som kan ses som ett kommandospråk.

²⁷⁸ Bender, H., *EDB rättigheter*, s. 90

²⁷⁹ Hemsidor/webbsidor skapas även i Java script, CGI och andra standardiserade program såsom Dream Weaver.

²⁸⁰ Se 3.8 Datorprogram

enligt Wagle och Odegaard²⁸¹ att WIPO definitionen är mycket vid och om man går på denna definition kan säkerligen det stora flertalet verk såsom till exempel musik- och bildfiler anses utgöra datorprogram, då de innehåller anvisningar till ett program att utföra en specifik uppgift. I SOU 1985:51 diskuteras verk skapade med hjälp av en dator och det upphovsrättsliga skyddet till dessa, om verket tillhörde upphovsmannen till datorprogrammet eller upphovsmannen till verket. Vidare fastslogs att verk skapade med hjälp av en dator kunde klassificeras som konstnärliga verk. Av utredningen kan slutsatsen dras att inte alla verk som består av digital kod är att karaktäriseras som datorprogram och i sådana fall skulle även HTML-kod kunna räknas hit. Ett annat sätt att se det på är att sådana element som direkt kommunicerar med användaren såsom till exempel gränssnittet kan ses som digitala verk. Och att se de element vars primära funktion är att kommunicera med maskinen som datorprogram.²⁸²

Vid en jämförelse av HTML-kod och datorprogram framkommer vissa tekniska skillnader. Datorprogram i traditionell bemärkelse fungerar genom att koden interpreteras eller kompileras av en interpretator eller en kompilator²⁸³, dessa moment saknas vid läsningen av en webbsida. Wagle och Odegaard²⁸⁴ anser inte att webbsidor skrivna i HTML-kod ska anses vara datorprogram i upphovsrättslig mening då de inte är uppbyggda enligt samma principer som datorprogram. De pekar på att HTML-kodens funktion är att ange layout för webbsidan, och att den endast bestämmer hur webbsidan ska se ut på skärmen. Ett dataprogram har möjlighet till villkorsstyrning där input- funktioner ger olika output- funktioner, HTML-koden resulterar endast i en död skärmbild.

Konsekvensen av författarnas resonemang blir att HTML-kod endast kan bedömas vara ett digitalt verk som läses med hjälp av ett datorprogram. HTML-koden skyddas i sådant fall upphovsrättsligt som ett digitaliserat litterärt verk. Det upphovsrättsliga skyddet av HTML-koden som litterärt eller konstnärligt verk beror på dess originalitet. Grunden för verkshöjd är att det ska vara resultatet av ett skapande.

Det finns idag för upphovsmannen möjlighet att skydda webbsidans underliggande kod genom program såsom till exempel Flash, likväl som det genom vattenstämplar/tatuering finns möjlighet att skydda digitala dokument. Tekniken fungerar såväl i text och bilder som i ljud och film. Gällande bilder löser man det genom att man ingraverar en personlig id-kod genom luximering av pixlarna (pixels utgör bildens minsta informationsbärare). Ljusförändringen påverkas inte av kopiering, scanning, utskrift eller manipulering.²⁸⁵ Även om bilden omredigeras kommer vattenstämpeln att finnas där. Märkningen finns även kvar om bilden skulle skrivas ut för att sedan åter digitaliseras genom till exempel scanning.

Det är ytterst osäkert om HTML-kod kan sägas utgöra ett datorprogram. Ett ytterligare argument till att inte se HTML-kod som datorprogram är att många av de regler som finns för datorprogram inte passar för HTML-kod. Vi anser dock att man eventuellt kan se länkning från webbsidan som program. Även om HTML-koden inte kan skyddas som datorprogram eller kanske som litterärt verk innebär det att den inte kan skyddas som någon annan typ av

²⁸¹ Wagle, A., Odegaard, M., *Opphavsrett i en digital verden*, s. 80 ff

²⁸² Bender, H., *EDB rettigheter*, s. 76

²⁸³ En kompilator är ett program som översätter program skrivna i ett maskinberoende högnivåspråk (ett programmeringsspråk med en relativt avancerad struktur) till maskinspråk. Lundell, H. *Datalogi- en inledande översikt*, s.125

²⁸⁴ Wagle, A., Odegaard, M., *Opphavsrett i en digital verden*, s. 80 ff

²⁸⁵ Nordell, P. J., *Rätten till det visuella*, s. 117 ff.

verk kanske som konstverk eller filmverk. Den snabba tekniska utvecklingen kan mycket väl leda till att ovanstående kapitel måste omprövas.

3.9 Om leverantören har hela upphovsrätten, vilka blir konsekvenserna för beställaren?

Av 1§ URL framgår att upphovsrätten tillkommer den som skapat verket eller dennes anställda, vilket enligt 40a§ URL jämställs med leverantören (det handlar i paragrafen om rätten till datorprogram i anställningsförhållande). I både HAMIT 99 och PROMISE 98 Allmänna Villkor finns klausuler som säger att om inte annat avtalats, upphovsrätten och annan rätt tillkommer producenten.

”Producenten förbehåller sig upphovsrätt och samtliga övriga rättigheter till Programprodukterna.....”²⁸⁶

”Rätten till den tekniska och grafiska utformningen av webbtjänsten tillhör Producenten.”²⁸⁷

”....Beställaren erhåller dock ingen äganderätt till Webbtjänstens programkod, d vs vare sig till käll- eller objektкод.”²⁸⁸

Det framgår av ovanstående att om en beställare vill ha en möjlighet att själv vidareutveckla och ändra de i webbhandelslösningen upphovsrättsligt skyddade delarna, krävs att han avtalar sig till detta. Om inte kommer konsekvensen att bli att han inte får vidta några som helst ändringar i produktionen, till exempel i webbsidan. Det är både tidskrävande och kostsamt att skaffa sig rättigheterna i efterhand. Det bästa är att redan vid ingåendet av avtalet om webbhandelslösningen avtala om de rättigheter man anser sig ha behov av.

Man kan ställa sig frågan om vilka argumenten är för att leverantören ska ha kvar äganderätten och upphovsrätten till något som beställaren har betalt för. Den som bekostar framtagandet bör enligt oss kunna få del av en eventuell vidareanvändning av produktionen. En väl framtagen lösning som kan återanvändas i framtida projekt kommer att betala sig många gånger om, därav leverantörens intresse att ha de totala rättigheterna. Men vad är det som säger att den prestation som beställaren betalt för ska tillfalla leverantören? Frågan kan lösas på så sätt att leverantören tillförsäkras en nyttjanderätt till den produkt/produktion den tagit fram. Konsekvenserna för beställaren om leverantören avtalar sig till upphovsrätten till vissa delar i webbhandelslösningen kan bli att beställaren inte kan vidta förändringar eller vidareutveckling utan leverantörens medgivande, något som inte är att eftersträva.

Givetvis bör även priset vara beroende av de rättigheter beställaren ges i avtalet. Att det är på detta sätt framgår av HAMIT 99 p. 11.2.

3.9.1 Köprätten och immaterialrätt

²⁸⁶ PROMISE 98 Allmänna villkor, p. 5.2

²⁸⁷ HAMIT99, p. 11.1

²⁸⁸ HAMIT99, p. 11.3

Formellt sett anses köplagen vara tillämplig även på immateriella rättigheter, lagen omfattar inte bara lösa saker utan även annan lös egendom. Dock kan man konstatera att de köprättsliga reglerna inte i praktiken inte passar speciellt väl för immaterialrättslig handel.²⁸⁹ En immaterialrätt kan inte i köprättslig mening överlämnas, det är ganska svårt att komma i dröjsmål med överlämnandet av en immaterialrätt, dock kan dröjsmål i undantagsfall komma ifråga vid uppdragsavtal. Vissa av de köprättsliga principerna kan lämpa sig för tillämpning på immaterialrätterna. De principer det gäller är främst de allmänna principerna om avtalsförpliktelser och ansvarsbrott som kan appliceras på detta område. Konklusionen torde dock kunna bli att köprättens roll på immaterialrättsområdet främst är att tjäna som utfyllnad vid avtalstolkning. Man ska ha klart för sig att det är svårt att bygga handel med immaterialrätt på köprättslig grund.

²⁸⁹ Hultmark, C., *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, s. 687-701

4 Köprättsliga aspekter på webbhandelslösningar

I detta kapitlet behandlar vi köprättsliga aspekter på webbhandelslösningar. Vi granskar köplagens tillämplighet på webbhandelslösningar och jämför sanktionerna med relevanta avtal, främst PROMISE 98 och HAMIT 99. Kapitlet ger förståelse för vilka områden som skiljer sig från traditionella köpavtal och jämförelsen tillsammans med empiri leder oss till tankar om hur olika frågor kan och bör regleras i olika fall.

4.1 Tillämpning

4.1.1 Gränsdragningar

- **Helhets eller delbedömning**

Ingredienserna kan vid stora webbhandelssatsningar bestå av förstudier, rådgivning, licenser, hårdvara, tillverkning, utbildning, integrering av system, testning, installation, drift, uppdatering, marknadsföring, och utveckling. I vissa fall köps allt och i andra endast själva tillverkningen. Vanligtvis köps allt av en huvudleverantör som ansvarar inför beställaren, men det händer att delarna köps direkt av beställaren. Förstudier, utbildning, uppdatering och utveckling är kompletterande tjänster som det ofta skrivs separata tjänsteavtal om. Ser vi på delarna var för sig är köplagen direkt tillämplig på köp av hårdvara, medan den är analogt tillämplig på övriga delar. En sådan uppdelning är framförallt av intresse om beställaren använder olika leverantörer. Vanligtvis används en huvudleverantör och då bör man titta på helheten vid bedömningen om det handlar om ett köp eller en tjänst. Här går åsikterna isär om det är köp eller tjänst.

I köplagen²⁹⁰ anges tillämpningsområdet genom begreppet ”lösöre”, ofta omnämnt som ”lös sak”²⁹¹. Köplagen är tillämplig vid köp av all lös egendom vilket inkluderar köp av rättigheter.²⁹² Det kan tyckas vara oklart om det vid webbhandelslösningar, rör sig om köpeavtal, tjänsteavtal eller något annat. Webbhandelslösningsavtal är komplexa i olika utsträckning beroende på vilka element som ingår i de specifika lösningarna. Det är endast i undantagsfall som man bör titta på delarna för sig. Ju närmare koppling det är mellan delarna desto viktigare är det att bedöma hela avtalet på ett och samma sätt. Detta framgår även av kommentarerna till CISG.²⁹³

- **Tillhandahållande av en väsentlig del av materialet**

Variationen av ingredienser är typisk för beställningsköp, då anpassning till kundens behov är möjlig på ett helt annat sätt. För att köplagen ska vara tillämplig vid beställningsköp, krävs bland annat att beställaren inte tillhandahåller en väsentlig del av materialet. Enligt vår mening tillhandahåller beställaren inte (i vart fall som huvudregel), en väsentlig del av

²⁹⁰ Norsk rätt innehåller gemensam lag för nationella och internationella köp, utan särskild regel om köp av varor, varför norsk tillämpning inbegriper flera fall än i andra länder.

²⁹¹ Smitt, R., Ossmer, P., Lindberg, A., Brinnen, M *Databranschens standardavtal* s.36

²⁹² Ramberg, J, *Köplagen*, s. 136-137

²⁹³ Ramberg, J. *Köplagen* s. 151

materialet. I HAMIT 99 förutsätts att webbtjänsten ska drivas ifrån beställarens disk, men det är ett standardavtal som tar sikte på webb-tjänster. Vi vet inte om server ingår eller om den köps separat, men den utgör troligen en mindre del av satsningen. Det material som krävs för tillverkningen har troligen producenten i form av olika utvecklingsmiljöer.²⁹⁴ Viss information som ska publiceras på webbsidan, lär beställaren tillhandahålla. Många producenter har i sin tur köpt licenser till utvecklingsverktygen, vilket även inskränker beställarens immateriella rättigheter till datorprogrammen.²⁹⁵ Det vanligaste är att producenten står för en övervägande del av materialet och därför är materialtillhandahållandet inget hinder för köplagens tillämplighet. I många fall står beställaren endast för ren information om sina varor.

- **Tillverkningen/produktionen är en del av varan**

Frågan om det rör sig om köp eller tjänst bedöms utifrån vilken del som utgör den övervägande delen.²⁹⁶ Lindberg och Westman²⁹⁷ menar att utvecklingsavtal är tjänsteavtal, i likhet med till exempel rådgivningsuppdrag. Deras förklaring av utvecklingsavtal är att det ”kännetecknas av att leverantören får i uppdrag att genomföra ett arbete som ska resultera i en viss produkt, som inte är en ren standardprodukt. Utvecklingsavtalet är således ett avtal om utförande av en tjänst”²⁹⁸. Detta tycks strida mot vad som står i förarbetena till köplagen om gränsdragningen mellan köp och tjänst. Vad som ska ses som tjänst eller annat arbete, är prestationer som typiskt sett sker i samband med eller efter leveransen av varan och som syftar till något annat än själva produktionen av varan. Själva produktionen av varan ses istället som en del av varan.²⁹⁹ I nordisk doktrin ges samma tolkning³⁰⁰, vilket innebär att vi vågar påstå att arbete/tjänst i 2§ 2st KöpL undantar tillverkningsarbetet/produktionen vid bedömningen. Varan är en webbhandelslösning av okänd omfattning. Vad som direkt är relaterat till produktionen av webbsidan och eventuella tillhörande databaser bör därmed knytas till varan, medan själva installationen, testningen, utbildningen och annat som sker i samband med leveransen bör ses som tjänst. När vi tog upp detta med Daniel Westman³⁰¹, gav han oss rätt i att det strikt juridiskt är fråga om köp. Han spekulerade även i om det hade någon betydelse att branschen ofta ser det som tjänster och använder sådana termer.

- **Standardprodukt eller specialutvecklad**

Specialiserade produkter kräver större insatser i utveckling, rådgivning och testning. Därmed får de mera drag av tjänst. Hur mycket som behöver utvecklas och anpassas bör man inte uttala sig om generellt. Det beror på vad beställaren vill och hur beställarens verksamhet, organisation och IT-miljö ser ut. Producenterna strävar efter att kunna återanvända sina lösningar. Tittar man på webbhandelslösningar, finns det standardlösningar³⁰², som utvecklas gentemot kundens behov och önskemål. I längden kan även beställaren tjäna på det. Om till exempel Framtidsföretagen levererar två webblösningar till Volvo och till Ikea som ser olika ut, men som är uppbyggda med samma bakomliggande struktur och verktyg, kan beställarna köpa produktionen billigare och få bättre service då leverantören kan mer om systemet.

²⁹⁴ i vart fall har de större producenterna alltid tillgång till utvecklingsverktyg

²⁹⁵ Se avsnitt 3.10

²⁹⁶ Prop. 1988/89:76 s 64

²⁹⁷ Lindberg, A., Westman, D. *Praktisk IT-rätt* 1997 s. 225-227

²⁹⁸ Lindberg, A., Westman, D. *Praktisk IT-rätt*, s. 333

²⁹⁹ Prop. 1988/89:76 s 65

³⁰⁰ Bergem, J., E., Rognlien, S., *Kjöpsloven Kommentarsutgåve* s 43

³⁰¹ Intervju med Daniel Westman 000330

³⁰² Telia säljer standardiserade webbhandelslösningar, <http://www.telia.se>

- **Köplagens tillämpning i de fall när helhet eller delar ses som tjänst**

I de fall tjänstedelen trots allt anses överväga, och i de fall det anses röra sig om flera mindre avtal av olika karaktär, kan man inte räkna med en analog tillämpning av köplagen på alla delar av avtalet. Ramberg menar att framförallt frågorna om kontrollansvar och skadestånd inte kan tolkas enligt köplagen om den inte är direkt tillämplig.³⁰³

- **Köplagen direkt tillämplig**

Vi ser det i huvudfallet som ett köpeavtal med tillhörande tjänster och eventuella nyttjanderätter. Det är dock svårt att uttala sig generellt när det är osäkert vilka komponenter som ingår i lösningen. Ramberg menar att det inom ”databranschen” uppkommer speciella svårigheter med gränsdragningen mellan licenser (nyttjanderätter) och köp av funktioner. Rambergs resonemang leder vidare till att det köparen efterfrågar är en funktion och att funktionen som helhet kan ses som köp.³⁰⁴ Ytterligare stöd för köplagen tillämplighet kan vi finna hos Torvund³⁰⁵ som menar att ett enstaka program kan ses som lösöre medan själva programmet som sådant kan ha ett upphovsrättsligt skydd. Han anser vidare att betalningsformen för användandet av ett enskilt exemplar av ett program avgör om det bör ses som köp eller hyra. Därför är det enligt vår mening som huvudregel vid webbhandelsavtal, fråga om köp. Sidoavtal om förstudie, support och dylikt är däremot tjänsteavtal.

4.1.2 CISG som tolkningsunderlag

De flesta beställare av webbhandelslösningar i Sverige, väljer inhemska leverantörer, vilket gör att CISG i denna uppsats mest är intressant som tolkningsunderlag till Köplagen.

CISG använder två begränsningsmetoder för tillämpningen. För det första anges en begränsning till köp av ”goods” (varor), vilket innebär en begränsning till fysiska varor, (utesluter till exempel immateriella rättigheter).³⁰⁶ För det andra uppräknas vissa fall som undantas från tillämpning.³⁰⁷ Av detta följer att köplagen med köp av lösöre har ett mera vidsträckt tillämpningsområde. Att köplagen på olika håll nämner köp av vara, förhindrar inte denna vidsträckt tillämpning, då vara i de fallen endast bör ses som exemplifierande med den vanligaste prestationen. Därmed kommer den svenska köplagen att bli tillämplig även i flera fall av internationella köp, då svensk lag är tillämplig, antingen på grund av parternas lagvalsregler eller på grund utav internationella privaträttsliga regler. I vår uppsats är CISG därför mest intressant som tolkningsunderlag till de paragrafer i köplagen, som har skrivits med CISG som mall. På de paragrafer i Köplagen som behållits eller skrivits med syftet att bevara vissa spår och idéer från den gamla köplagen är CISG inte ett relevant tolkningsunderlag.

Köplagen från 1990 skapades i nordiskt samarbete med ambitionen att i så hög utsträckning som möjligt uppnå samstämmighet med CISG och med övrig nationell köprätt.³⁰⁸ I denna strävan efter harmonisering, följer även att CISG vid tillämpning, ska tolkas enhetligt. Tolkningen av CISG bör därför ske utifrån alla konventionsstaternas ledande prejudikat och doktriner. I förlängningen innebär detta att även tolkningen av den nationella köplagen måste

³⁰³ Ramberg, J *Köplagen* s. 151

³⁰⁴ Ramberg, J., *Köplagen* s. 138

³⁰⁵ Torvund, O., *Kontraksregulering-IT-kontrakter*, s. 142

³⁰⁶ CISG art 1.1

³⁰⁷ CISG art. 2

³⁰⁸ SOU 1976:66 s.137

ske med beaktande av prejudikaten och doktrinerna i de andra konventionsstaterna.³⁰⁹ I vilken utsträckning detta sker i praktiken är en helt annan fråga. Dock resulterar resonemanget ut i att man med kunskap om skillnaderna, kan argumentera med CISG i de fall detta är det mest gynnsamma. Ett av de fall då köplagen inte är tillämplig, är då CISG är direkt tillämplig.³¹⁰

CISG gäller vid köp mellan parter vars företagssäten finns i olika stater, då staterna är konventionsstater eller då internationell privaträtt leder till CISGs tillämpning via en konventionsstat. Att parterna har sina säten i skilda stater ska lämnas obeaktat i de fall detta inte framgått i kommunikationen parterna emellan. Vid prövning av CISGs tillämplighet ska parternas nationalitet såväl som företagsformen lämnas obeaktat. CISG gäller inte vid auktioner, värdehandlingsköp, köp av luft och vattenfartyg eller vid el-köp.³¹¹ Såväl köplagen som CISG ger parternas avtal samt branschpraxis och sedvänja företräde framför lagen.³¹²

4.1.3 Avtalsfrihet

En av grundtankarna i en marknadsekonomi är avtalsfrihet. Vissa begränsningar för avtalsfriheten finns dock till exempel i 36§ AvtL, med vilken oskäligen avtalsvillkor kan ogiltigförklaras eller modifieras i det enskilda avtalet. Även 19§ KöpL är en tvingande regel mot ansvarsfriskrivningar. För ett mer generellt angripande av oskäligen avtalsvillkor finns lagarna om avtalsvillkor.³¹³ Ansvarsfriskrivningar är vanliga, men köplagen och CISG är likväl intressanta då de används som tolkningsunderlag och utfyllnad till avtalen. Köprätten har därför en stor betydelse för kontraktsrätten. PROMISE 98 och HAMIT 99 använder sig av köprättsliga termer till exempel direkt skada, vilket innebär att tolkningen och gränsdragningen i de fallen sker med hjälp utav köplagen. Beställarens uppgifter består förutom av att betala, även av att stödja och hjälpa leverantören med information och kontakter.

*”Vad som står i avtalet, vad som med hjälp av avtalstolkning kan tolkas in, partsgemensam praxis och branschens handelsbruk går före köplagen i nämnd ordning.”*³¹⁴

Något ledande gemensamt bruk vid webbhandelslösningssavtal är svårt att finna. Även om branschen är ung, bör man dock ta vara på den sedvänja som hunnit utvecklas.

Viktigt i sammanhanget är att det med avtalstolkning inte endast avses svensk avtalstolkning, utan även sådan som behandlas i CISG art. 8. Av CISG art 8 1 st. följer att yttringar och handlingar ska tolkas³¹⁵ för att få fram parternas avsikter i den mån motparten kände till eller inte kunnat vara ovetande om avsikterna. Kravspecifikationen och handlingarna vid framtagandet av den är därmed av mycket stor betydelse.

³⁰⁹ Ramberg, J., *Köplagen*, s. 37

³¹⁰ KöpL 5§

³¹¹ CISG art. 2 b-f

³¹² KöpL 3§, CISG art. 4, art.8, art. 9

³¹³ *lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare*

³¹⁴ KöpL 3§

³¹⁵ are to interpreted vilket vi tolkat som, are to be interpreted, för att meningen skall få den innebörd den har i paragraferna före och efter

Köplagen från 1990 behöll en hel del tankar och uttryck från 1905 års köplag. Olika branscher behöver mer detaljerade och specifika regleringar än de som finns i köplagen och som inte heller är skapad som ett substitut till avtalen. I mycket hög utsträckning används därför individualiserade avtal och standardavtal skrivna av enskilda företag och av branschorganisationer.³¹⁶ Beroende på parternas förhandlingsposition kan de sedan välja att använda ett för sin sak mer eller mindre gynnsamt avtal. Så fungerar det även i webbhandelslösningens branschen.

4.2 Leverans

4.2.1 Varans avlämnande

Köplagens bestämmelser om hämtningsköp³¹⁷ och transportköp³¹⁸ är skrivna för en annan tid och för andra typer av produkter. När det handlar om undervisning, programmering och design, är den fysiska leveransen mindre intressant. Det är enligt vår mening vid installationen och vid publiceringen på Internet som den avgörande prestationen skett vid webbhandelsproduktion.

Varans avlämnande är däremot ett centralt köprättsligt begrepp då en mängd rättsverkningar är knutna därtill. Platsen för varans avlämnande är ingen självklarhet. Program och innehåll sänds ut från en server till Internet. Det innebär att det finns två olika leveranser. Servern och webbsidorna. Medan webbsidorna är immateriella är servern fysisk och den ligger allt oftare hos beställaren, men det förekommer att leverantören behåller servern i de fall där de skrivit ett service- eller driftavtal³¹⁹.

Ska servern³²⁰ levereras är det till beställaren som leveransen ska ske. Detta bör även vara fallet när inget skrivits om var servern ska stå. Därför kan avtalstolkning enligt ovan i de enskilda fallen ge olika utslag.

Om tiden för avlämnandet inte regleras i avtalet ska varan avlämnas inom skälig tid.³²¹ Vad som är skälig tid beror på en mängd olika omständigheter, bland annat på om varan ska tillverkas först efter köpslutet, anskaffas från en tredje man eller tas från säljarens lager.³²² I de fallen vi behandlar finns det en mängd sådana omständigheter som skulle kunna förlänga den skäliga tiden. Det är dock i praktiken sällsynt att tid för avlämnande inte anges.

Avlämnande behöver inte ske förrän betalning skett, vilket ger säljaren en säkerhet. När det gäller webbhandelslösningar är denna rätt av mindre betydelse, då man inte kan sälja samma lösning till andra kunder. Den bakomliggande principen om samtidig utväxling av prestationerna³²³, innebär därför vid webbhandelsproduktioner en större säkerhet för köparen

³¹⁶ Detta följer av såväl litteraturstudierna som av våra kvantitativa intervjuer

³¹⁷ Köpl 6§

³¹⁸ KöpL 7§

³¹⁹ Se kapitel 5 Drift utveckling och övriga tjänster

³²⁰ en dator som sänder information

³²¹ KöpL 9§

³²² prop. 1988/89:76

³²³ Zug um Zug

än för säljaren. Säljaren svarar för alla kostnader fram tills avlämnandet i den mån de inte beror förseningar till följd av förhållanden på köparens sida.³²⁴ Därmed har i köplagen gjorts en uppdelning av vem som ska bära vilka kostnader. I branschavtalen talas om installation och aktivering vilket i de avtalen har den traditionella avlämningstermens rättsföljder.

4.2.2 Risken för varan

Huvudregeln är inom köprätten att risken går över vid avlämnande. Det gäller även vid leveranser av webbhandelslösningar. Regeln fungerar så länge vi behandlar de fall där kunden är ansvarig för installation och för att olika komponenter fungerar ihop, men i de fall där leverantören är ansvarig för installationen, har besittningen redan övergått. Daniel Westman³²⁵ anser att beställarna bör avtala om att risken ska stå på leverantören, fram tills att systemet fungerar hos kunden. Visserligen kan det komma att kosta mer i betalning, men då det ofta är väldigt komplexa system som ska fungera ihop med andra hos kunden befintliga system, kan det komma att kosta betydligt mer totalt, att ha en tidigare riskövergång. Försök har gjorts att lösa detta genom att använda installationsdagen som riktmärke för riskövergången. Torvund³²⁶ menar dock att bytande av riskövergång är onödigt.

Riskövergångsfrågan handlar om vem som ska stå för försäkringarna, under tidsperioden mellan leveransen och installationen. Därför går risken över även om avlämnande inte skett, i de fall detta beror på förhållanden på köparens sida. Då huvudregeln är att beställaren tar över risken vid leveransen eftersom besittningen övergår vid leveransen, är denna lösning den som är närmast till hands. Den merkostnad det innebär att riskövergången sker vid ena tillfället jämfört med det andra, utjämnar parterna lätt genom att räkna med det, och justera det sammanlagda priset. Att risken övergår förhindrar inte att såväl kunden som leverantören är ansvariga för sina egna och sina anställdas handlingar. De indirekta förluster som kunden kan bli drabbad av genom att systemet inte fungerar i tid, är dröjsmål i de fall det beror på leverantören.

Då det inte är bäraren (hårdvaran) av programmen, som till exempel hårddisk, disketter eller cd-rom skivor som är dyr, utan programvaran, är inte risken för skada särskilt allvarlig om man har vidtagit skyddsåtgärder³²⁷. Det man betalar för är oftast en licens att använda, men inte för att kopiera vidare programmen och den licensen kan ju inte brinna upp eller förstöras genom någon olycka då den är immateriell. Då kunden redan betalt för licensen och det är billigt att tillverka ett nytt program, anser Torvund att leverantören bör ge beställaren ett väldigt billigt pris för ominstallation/kopiering i de fall något oförutsett händer under mellantiden. Han anser också att lagarna borde förtydliga det fallet, så att kunden slipper betala två gånger för en licens, bara för att till exempel CDR-skivan är förstörd.³²⁸ I de fall då systemet/programmen är speciellt utvecklade till en specifik kund och kunden tagit över källkoden och alla rättigheter är det mera rimligt att kunden får bära hela risken själv.³²⁹ Dock bör leverantören ändå hjälpa sin kund i den mån han kan. Dels för att behålla affärsrelationen och goodwill, dels för att uppfylla sin lojalitetsplikt. I det första fallet är det

³²⁴ KöpL 11§

³²⁵ Intervju med Daniel Westman 991025

³²⁶ Torvund, O. *Kontraktregulering IT-kontrakter* s. 109

³²⁷ för backup och driftsäkerhet se Kap.6

³²⁸ Torvund, O. *Kontraktregulering IT-kontrakter* s. 109

³²⁹ Torvund, O. *Kontraktregulering IT-kontrakter* s. 110

leverantörens plikt att stödja, säkra och hjälpa kunden, medan det i det andra fallet endast kan begäras om det skulle underlätta mycket för kunden utan att orsaka leverantören bekymmer.

Efter leverans har risken gått över till kunden och efter installationen ansvarar leverantören endast för fel som fanns eller uppstod före installationen eller i vissa fall till följd av icke kompatibla element. Det normala är dock att man redan i köpeavtalet utvecklat frågorna om service, uppdateringar och andra långsiktiga lösningar. Vi webbhandelslösningar består leverans och installation, av att produktionen installeras på en hårddisk och att webbsidan aktiveras. Man kan tänka sig att producenten arbetat mot hårddisken en längre tid och att installationen skett gradvis. Då är det enligt vår mening lämpligt att använda en definition för avlämnande som tar sikte på aktiveringen av hemsidan, efter test och godkännande. Det sättet att reglera avlämnandet används i HAMIT 99 och PROMISE 98. Vid webbhandelslösningar är det inte säkert att det sker någon avlämning. Det kan hända att allt sköts hos leverantören på dennes servrar. I de fallen har service/driftavtal skrivits och därmed kommer även risken att kvarstå på leverantören i normalfallet. Om vi antar att hela systemet skall levereras till kunden, är det enligt vår mening lämpligast att risken inte övergår förrän installation och testningar gjorts.

4.2.3 Varans beskaffenhet

”Varan skall i fråga om art, mängd, kvalitet, andra egenskaper och förpackning stämma överens med vad som följer av avtalet.”³³⁰

Denna bestämmelse kompletteras med att varan om inte annat avtalats, skall tjäna det ändamål för vilket dylika varor normalt används, eller det särskilda ändamål köparen avsett i de fall säljaren måste ha insett detta och köparen inte haft en rimlig anledning att förlita sig på säljarens bedömning. Dessutom ska varan ha de egenskaper som säljaren hänvisat till och vara förpackad på ett vanligt eller annars försvarligt sätt, om förpackning behövs för att bevara eller skydda varan. Vid webbhandelslösningar är det ofta kravspecifikationen som är utgångspunkten vid felbedömningen. I köplagen behandlas faktiska fel och rättsliga fel³³¹ Däremot tas inte rådighetsfel eller immaterialrättsliga fel upp i köplagen. Då detta är intressant i vårt fall, det inte skrivs mycket om det i avtalen och sedvänja knappast har hunnit utvecklas, ska vi titta på vad det innebär. När det gäller rådighetsfel, har HD i en mängd domar klargjort att köplagens bestämmelser om faktiska fel analogt kan användas vid rådighetsfel.³³² I CISG framgår det av art 42.1 att varan vid leverans ska vara fri från immateriella anspråk från tredje man. En förutsättning för säljarens ansvar är att han känt till eller borde ha känt till att det ifrågavarande anspråket kunde grundas i det land där avlämnande skulle ske. Bestämmelsen syftar till att få säljaren att spela med öppna kort. Då det framförallt är upplysningsplikten man vill stödja, bär säljaren inte ansvar i de fall köparen kände till eller borde ha känt till anspråket.

Ramberg drar slutsatsen att säljaren ansvarar för immaterialrättsliga fel på samma grunder som vid rådighetsfel. Då köparen inte kan använda produkten på det avsedda sättet och den därmed inte motsvarar vad han med fog kunnat förutsätta, ges ansvaret genom 17§ 2 st p1-2 KöpL. Att CISG:s bestämmelse inte togs med i köplagen tolkar Ramberg som att säljaren enligt köplagen har ett större ansvar, då begränsningarna i CISG art. 42 inte finns i 17§ KöpL.

³³⁰ KöpL 17§ 1 st

³³¹ Köpl 41§

³³² NJA 1991 s. 808, NJA 1961 s.330

Dock bör man vid den friare bedömningen enligt köplagen ta hänsyn till de förhållanden som anges i CISG.³³³ Rådighetsfel och rättighetsfel behandlas i standardavtalen, och eftersom Köplagen är dispositiv går avtalen före lagen.

19§ KöpL ogiltigförklarar friskrivningsklausuler av typen ”i befintligt skick” och liknande begrepp. I standardavtalen används dock andra typer av friskrivningar.³³⁴ Fel får inte åberopas om köparen borde upptäckt dem vid köpet, vilket innebär att köparen bör kontrollera och testa produkten vid avlämnandet. Säljaren svarar för fel i varan fram tills att risken går över. För fel som fanns i varan redan vid tidpunkten för riskövergången, men som köparen inte kunnat upptäcka vid en normal testning, ligger ansvaret kvar på säljaren.³³⁵ Genom att göra utfästelser om varans beskaffenhet ökar leverantören sitt ansvar och minskar beställarens kontrollansvar.

I 18§ KöpL finns en regel som innebär att produkten oavsett om kraven uttalats eller inte, ska ha de egenskaper som man normalt kan förvänta sig av den typen av varor. Annars är det alltså fel i vara, och då blir avtalets klausuler om fel i vara aktualiserade och om sådana inte finns, blir köplagens klausuler tillämpliga. Vid webbhandelslösningar finns det inte mycket till praxis och erfarenhet att gå på vid bedömningen av vad som normalt sett förväntas ingå i leveransen. En utförlig kravspecifikation blir då ofta utgångspunkten. Konsulter inom den aktuella branschen har ofta både en roll som rådgivare och en roll som leverantör. Det ansvar en rådgivare har är dock inte samma som det en leverantör har och detta gör ansvarsfrågorna betydligt mer svårlösta.

Rådgivare är ansvariga för vårdslös rådgivning om de inte vidtagit vedertagen metodik inom branschen. Inom IT-branschen, är det inte helt givet vad som är vedertagen metodik, men i grova fall är det möjligt att göra bedömningen. Vid resultatuppdrag är kravspecifikationen desto viktigare vid bedömningen av fel i vara. Då avtal skrivs är det dessa som gäller. Köplagens bestämmelser tjänar dock en utfyllande och tolkande funktion. Innan beställaren kan kräva skadestånd är påföljden prisavdrag relevant. Förutsättningarna för hävning gäller även prisavdrag.³³⁶

4.3 Påföljder vid dröjsmål

*”Framfab försenar hemsida”*³³⁷

Kunde man läsa som en rubrik i Sydsvenskan för ett tag sedan. Förseningarna är vanliga och mycket kostsamma. I praktiken är det de sociala sanktionerna som spelar störst roll i avtal mellan näringsidkare. Good-will, relationen till motparten och relationen till andra parter på marknaden är alla exempel på saker som en part kan förlora om man inte spelar sina kort rätt. Att ett företags namn kommer ut i dagspressen i sådana sammanhang som ovan, är minst sagt skadligt för företaget.

I standardavtalen vi tittat på är omfattande ansvarsfriskrivningar vanligt förekommande.³³⁸

³³³ Ramberg, J., *Köplagen* s. 258-259

³³⁴ se 2.10.3

³³⁵ KöpL 21§

³³⁶ KöpL 37§

³³⁷ Sydsvenskan C-delen 991201, s. 1

³³⁸ För mer om HAMIT 99 och PROMISE 98 se kap 2.7

Köplagen och CISG tar upp samma sanktioner vid förseningar.³³⁹ Ytterst små skillnader finns vad gäller de juridiska sanktionerna vid fel och dröjsmål.³⁴⁰ Som säljarens ansvarsområde räknas hans inre sfär. Med inre sfär förstås här hans eget verksamhetsområde, vilket omfattar hans organisation av verksamheten och de åtgärder han vidtar för fullgörande av det särskilda avtalet, hans företag och tillverkning, hans lager, transporter som utförs av hans anställda och andra han anlitar. Det som sker inom den inre sfären ansvarar säljaren normalt för, då han får anses ha kontroll över vad som tilldrar sig inom den. Att säljaren inom denna sfär ansvarar för sina anställda är självklart, men han bör dessutom svara för handlingar av ickeanställda som han ger tillträde till för att utföra arbete.³⁴¹ Vid dröjsmål, om varan inte avlämnas eller om den inte avlämnas i tid, ansvarar säljaren inte bara för orsaker beroende på hans sida utan även för orsaker som inte kan härledas till någon av parterna.³⁴² Ansvaret träder ikraft samtidigt som avtalet sluts. Säljaren kan inte gå fri från ansvar på grund av att han koncentrerat sina uppfyllelseåtgärder på ett speciellt objekt som slagit fel så att det vid den överenskomna leveranstidpunkten är omöjligt att leverera vad som avtalats. Endast om anledningen till att prestationen inte kan utföras ligger utanför säljarens kontroll, kan säljaren bli helt ansvarsbefriad. Den avgörande frågan vid en ansvarsbedömning blir vanligen vad som ligger inom och vad som faller utanför säljarens kontroll.

Det skulle kunna hävdas att man bör göra skillnad mellan vad som beror av säljaren själv (och för de han ansvarar för) och vad som beror av orsaker som påverkar utifrån. Normalt måste dock även sådant som kommer utifrån hänföras till säljarens kontrollsfär. Detta kan jämföras med de i standardavtal så vanliga *Force Majeure*- klausuler³⁴³, som friskriver från ansvar då hinder inträffat som part inte kunnat hindra. Ibland är det tidfaktorn som avgör ansvarsfrågan. Om en händelse utanför parternas kontroll inträffar är den ansvarsbefriande om händelsen inträffar under tiden före avtalad leveranstidpunkt och om säljaren inte skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit hindret genom åtgärder före avlämningsstidpunkten. I ett sådant fall måste hänsyn tas till den tid som förlöper från det att hindret inträdde till dess avlämnandet ska ske.

Om det är möjligt att utan alltför stora ansträngningar skaffa en annan vara som uppfyller avtalets krav, är säljaren inte befriad. Att skaffa en ny vara är mycket svårt när varan är webbhandelslösningar. Däremot kan man ha en identisk vara om backup har gjorts. Det är dock inte säkert att backup kan användas om hindret påverkar även den.

4.3.1 Fullgörelse, hävning och prisavdrag

Köparen får kräva fullgörelse när det föreligger dröjsmål.³⁴⁴ En rimlighetsbedömning av parternas intressen avgör sedan om säljaren är skyldig att leverera. Väntar köparen för länge med att kräva fullgörelse, mister han den rätten.

Hävning är en klassisk sanktion när part inte erhållit önskad prestation i tid. Hävning syftar till att upphäva avtal vad gäller parternas förpliktelser utöver den ekonomiska regleringen som

³³⁹ KöpL 34-40§§ och CISG art. 45-52

³⁴⁰ Prop 1988/89:76, s. 128

³⁴¹ Hellner, J., *Kontrakt och avtalsrätt*, s. 133

³⁴² KöpL 22§

³⁴³ Betyder högre kraft och syftar på att orsakerna är utanför vad parterna kan påverka och kontrollera

³⁴⁴ KöpL 23§

ändå kan bli aktuell. Med andra ord kan hävning kombineras med krav på skadestånd.³⁴⁵ En förutsättning för hävning förutom att avtalsbrottet varit av väsentlig betydelse³⁴⁶, är att reklamation skett i enlighet med 39§ 2 st. KöpL.³⁴⁷ I huvudfallen krävs det att säljarens dröjsmål varit av väsentlig betydelse för köparen och att säljaren insett eller borde ha insett det. Har köparen förelagt säljaren en skälig tilläggstid och leveransen inte skett inom tilläggstiden kan beställaren häva utan kravet på väsentlig betydelse.³⁴⁸ Om det finns starka skäl att anta att motparten inte kommer att kunna prestera, kan parten stoppa och häva så länge inte motpart ställt en säkerhet.³⁴⁹

Vid webbhandelsavtal rör det sig om specifika varor som ska tillverkas och anpassas till kundens behov. Det är därför inte möjligt att sälja produkten till andra kunder utan justeringar. För dylika fall gäller hårdare krav på dröjsmålets betydelse för att hävning ska få genomföras.³⁵⁰

4.3.2 Ersättning/Skadestånd vid dröjsmål

Den allmänna principen för ersättning vid dröjsmål är följande:

*”Köparen har rätt till ersättning för den skada han lider genom säljarens dröjsmål, om inte säljaren visar att dröjsmålet beror på ett hinder utanför hans kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit.”*³⁵¹

Det är sålunda fyra olika omständigheter som alla ska vara uppfyllda för att säljaren ska undgå skadeståndsskyldighet:

- Dröjsmålet ska bero på ett hinder
- Hindret ska vara utanför säljarens kontroll
- Säljaren ska inte skäligen kunna förväntats ha räknat med hindret vid köpet
- Säljaren ska inte skäligen kunnat ha undvikit eller övervunnit hindret och dess följder³⁵²

Något som återkommer i standardavtalen är innehållet i 27 § KöpL om att huvudleverantören inte ansvarar gentemot beställaren i högre utsträckning än underleverantörerna ansvarar mot honom. Detta verkar rimligt i de fall beställaren fått tillfälle att godkänna valet av underleverantör. I standardavtalen används vitesklausuler som har två olika syften, ett preventivt och ett reparativt.³⁵³

Kraven på upplysningar från köparen är störst i början av relationen, då kravspecifikationen ska utformas.³⁵⁴ För säljaren finns även skyldigheter att meddela köparen om förhinder att

³⁴⁵ SOU 1976:66 s 144

³⁴⁶ väsentligt kontraktsbrott var den förutsättning som föreslogs i SOU 1976:66 för att göra köprätten mer enhetlig, se s. 137 SOU 1976:66

³⁴⁷ KöpL 37§-39§

³⁴⁸ KöpL 25§ 1 –2 st

³⁴⁹ KöpL 61§

³⁵⁰ KöpL 26§ hävning endast om syftet väsentligen blivit förfelat

³⁵¹ KöpL 27§ 1 st.

³⁵² Hellner, J., *Köp och avtal*, s. 130

³⁵³ Detta behandlas närmare under jämförelsen av standardavtal i kapitel 2.

³⁵⁴ Hellner, J., *Köp och avtal* s. 247

avlämna felfri vara i tid.³⁵⁵ Upplysningspliktens praktiska aspekter är viktigare vid förseningar än vid fel, då säljaren sällan är medveten om felet men troligen kan förutse förseningen. Enligt 40§ 2 st. KöpL ersätts inte indirekt förlust i fall som detta. Anledningen till det är att det är svårt att inse vilken direkt förlust som det uteblivna meddelandet ska kunna förorsaka. Meddelanden måste göras inom skäligen tid, annars kan det bli aktuellt med skadestånd uträknat efter den extra förlust som kunde undvikits genom meddelanden.³⁵⁶

4.3.3 Vite och detention

Vite är en penningssumma som det i förväg bestämts, ska erläggas som särskild påföljd om viss förpliktelse åsidosätts. Denna sanktion är till för att få parterna att verkligen göra det de åtagit sig. Till exempel kan vite vara aktuellt för att förhindra alltför långt dröjsmål eller vid fel för att få felet åtgärdat. Enligt folk i branschen³⁵⁷ bör vitet dock vara betydligt högre än vad det normalt sett är, om avsedd effekt ska uppnås. I annat fall kan motparten börja prioritera andra nya projekt som drar in mera pengar. Poängen med vitet generellt är prevention och skadelindring. Den preventiva funktionen i vårt fall är att få en produkt prioriterad och levererad till beställaren. Vitet har alltså främst en preventiv funktion. Vite verkar vara en av de vanligare klausulerna vid försening i standardavtalen. Vitets funktion är inte att återställa avtalsituationen utan att få parterna att prioritera de prestationer man utlovat.

Detention innebär innehållande av den egna prestationen i avvaktan på att motparten presterar. Detention är på gränsen mellan att vara en sanktion och en åtgärd för säkerhet. Köplagens bestämmelse riktar sig både till köpare och säljare. Den är dock mest intressant ur köparens perspektiv. Vid många andra köp kan säljaren innehålla produkten för att i värsta fall sälja den till en annan kund. Det är normalt inte möjligt vid webbhandelslösningar, och i de fall det är möjligt att leverera samma lösning är den immateriell och innebär ingen merkostnad. Detention är därför mest intressant för beställaren som inte betalar (hela eller sista delbetalningen), förrän produkten är installerad/aktiverad och motsvarar kravspecifikationen.

4.4 Påföljderna vid fel i vara enligt köplagen

Liksom vid dröjsmål ansvarar säljaren för det fallet att han åtagit sig större förpliktelser än han i slutändan klarar av att fullgöra, att han satt igång med arbetet för sent samt att det förekommit oaktsamhet i arbetet.³⁵⁸ Då samma regler gäller för fel som vid dröjsmål blir ansvaret detsamma som om en säljare kommer på att han till exempel inte hinner kontrollera kvaliteten i produkten och att han i denna situation väljer att vänta med leveransen tills han hunnit med kontrollen.³⁵⁹ Det som i köplagen avviker från CISG är systematiken, vissa förutsättningar och vissa relationer mellan påföljderna. Undersökning efter avlämnandet ska ske så snart som omständigheterna medger det.³⁶⁰ Om köparen underlåter att utföra

³⁵⁵ KöpL 28 § och 40 § 1 st 2 m

³⁵⁶ KöpL 28-29§§

³⁵⁷ Intervju med jurist Niklas Lundqvist 990922

³⁵⁸ KöpL 30§

³⁵⁹ Hellner, J., *Köp och avtal*, s. 243

³⁶⁰ KöpL 31§

undersökning kan ha gå miste om rätten påtala fel. För rätten att åberopa fel krävs att reklamation sker inom skälig tid och att det gjorts högst två år efter köpet.³⁶¹

4.4.1 Omleverans/avhjälpande

Producenten kan välja avhjälpande om det inte ger köparen oskäligen kostnader. Omleverans är ett alternativ som ter sig märkligt vid webbhandelslösningar.³⁶² Har leverantören en backup installerar man den. Omleverans eller avhjälpande är en sanktion som säljaren har rätt att utföra (för att slippa de för honom sämre alternativen), om detta kan ske utan oskäligt dröjsmål, olägenheter eller osäkerhet drabbades köparen.³⁶³ Detta är de primära påföljderna vid fel och dröjsmål. Om inte omleverans eller avhjälpande sker i tid eller avtalsbrottet var av väsentlig betydelse för köparen och säljaren insett eller borde insett detta, kan hävning bli aktuellt.³⁶⁴

4.4.2 Ersättning/Skadestånd

I Köplagen 40§ 3 st. stadgas att ”Köparen har alltid rätt till ersättning om felet eller förlusten beror på försummelse på säljarens sida eller om varan vid köpet avvek från vad säljaren särskilt har utfäst.”. Med andra ord får säljaren som huvudregel ersätta köparen för fel i vara. Direkt skada kan ersättas på många sätt där hävning, nedsättning av pris, skadestånd, reparation och omleverans är de traditionella lösningarna. Det som vållar problem i sammanhanget är gränsdragningen mellan direkt och indirekt skada. För indirekt skada gäller att denna typ av förlust inte ens delvis kan ersättas genom någon annan påföljd än skadestånd (vite ses dock av många som en form av skadestånd). De indirekta förlusterna är vid fel ofta både betydande och svårbedömda.³⁶⁵ Gränsdragningen mellan direkt och indirekt skadestånd följer av i 67§ KöpL, vilken även används vid tolkning av standardavtal med begreppen direkt och indirekt skada. Genom åtskillnaden direkt och indirekt skada bryter köplagen mot CISG.

Köplagen delar in skadestånd i ersättning för direkt skada och skadestånd för indirekt skada. Beräkningarna av skadestånd har ofta betydelse även vid användning av standardavtal då avgränsningen direkt och indirekt skada bedöms enligt köplagen.³⁶⁶ Både PROMISE 98 och HAMIT 99 använder begreppen direkt och indirekt skada. Samma förutsättningar som gäller för hävning, gäller även för prisavdrag enligt köplagen³⁶⁷ och CISG.³⁶⁸

4.5 Köparens skyldigheter

Om beställaren inte betalar i rätt tid på rätt sätt och på rätt plats, kan sanktionerna bli tillämpliga mot honom istället. Krav på fullgörelse, hävning och skadestånd är de vanligaste

³⁶¹ KöpL 32§

³⁶² KöpL 36§

³⁶³ KöpL 37§ och CISG art 48 (1)

³⁶⁴ Torvund har en klar uppfattning om att producenten skall ha en back up

³⁶⁵ Herre, J., *Ersättningar i köprätten, särskilt om skadeståndsberäkning* s. 411 ff, och Hellner, J., *Köp och avtal*, s. 241

³⁶⁶ KöpL 67§

³⁶⁷ KöpL 37§

³⁶⁸ CISG art. 50 art.48.

vid dröjsmål med betalning. Förutom betalningen är köparen även skyldig att medverka till köpet före avlämnandet genom att tillhandahålla avtalat material och information och genom att ta emot varan. I webbhandelsavtal är det av stor vikt att tillhandahålla producenten med information och material. Samarbete och kommunikation är viktigare ju större och känsligare projekt det rör sig om, men behandlas inte i denna uppsats.

Köparens främsta skyldighet är att betala köpesumman i tid. Har ingen köpesumma avtalats, ska säljarens normala pris vara normerande. Om priset inte går att fastställa på det sättet heller, ska köparen betala vad som är skäligt med hänsyn till varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet samt omständigheter i övrigt.³⁶⁹ Betalningen ska ske hos säljaren eller där överlämnandet sker. Betalning ska om inte annat anges ske när säljaren kräver det. Köparen behöver dock inte betala förrän överlämnandet av varan och undersökning gjorts.³⁷⁰

Enligt 60§ KöpL ska köparen specificera varans form, mått och andra egenskaper. Om detta inte är gjort i avtalad tid eller efter tilläggstid får säljaren utföra specifikationen utifrån vad som kan antas vara i köparens intresse. Detta utesluter inte andra påföljder. Efter att köparen tagit del av specifikationen bör denne vidta förändringar inom skälig tid om han inte vill bli bunden av specifikationen.³⁷¹ Kravspecifikationer behandlas utförligare i kap 2.

4.6 Övriga bestämmelser

Det finns många bestämmelser i köplagen som vi inte anser vara relevanta vid webbhandelslösningar. Andra skulle kunna bli relevanta i vissa situationer. I 63§ KöpL finns en bestämmelse om konkurser som kan vara intressant då dessa inte är ovanliga i branschen, och dylika bestämmelser inte återfinns i standardavtalen PROMISE 98 och HAMIT 99. Vid försenade betalningar hänvisar köplagen till räntelagen.³⁷² Detta är ett förtydligande. Räntelagen gäller om inget annat anges. Sådana förtydliganden är bra att ha även i standardavtal, för att undvika missförstånd och tvister. Bestämmelserna om vård av vara i köplagen³⁷³ tar sikte på fysiska varor, men kanske kan man tolka in olika säkerhetsåtgärder som att ta backup-kopior på lösningen. Frågan om avsändning med e-post är att räkna som ett tillförlitligt sätt är inte heller en frågeställning som är typisk för webbhandelslösningsköp.

³⁶⁹ Håstad, T., *Den nya köprätten* s.158

³⁷⁰ KöpL 48-49 §§

³⁷¹ Se 2.3 om kravspecifikationer

³⁷² KöpL 71§

³⁷³ KöpL 72-75 §§

5 Andra tjänsteaspekter på webbhandelslösningar

Då uppsatsen behandlar webbhandelslösningsavtal, uppkommer frågor om driftsäkerhet, service, uppdatering, utveckling och om detta skall skötas inom eller utom företaget. Dessa frågor är inte centrala i uppsatsen men ger en ökad förståelse för komplexiteten och nödvändigheten av en långsiktig planering redan vid offertskrivandet och vid valet av leverantörer man skickar offerten till. Med driftsäkerhet avser vi den säkerhet som finns för att en organisations datorbaserade informationssystem nu och på längre sikt är tillgängligt för användarna, i den utsträckning och på det sätt som det är planerat. PROMISE 98 behandlar inte viktiga frågor som drift, uppdatering, nya versioner och utbildning.³⁷⁴

I en webbhandelslösning ska slutanvändare kunna nå hemsidan och göra en beställning (i vissa fall även betalning och leverans). Beställaren kan då ställa specifika och mätbara krav på produkten. Några exempel på sådana mätbara krav är sökbarhet³⁷⁵, hastighet³⁷⁶, tillgängligheten³⁷⁷, säkerhet³⁷⁸, kapacitet³⁷⁹, support³⁸⁰ och användarvänlighet³⁸¹. Dessa krav bör enligt våran mening skrivas in i kravspecifikationen. I de fall tjänsterna är uppdelade på en producent och andra ansvariga för marknadsföring, drift och testning kan man fortfarande ha kvar kraven i kravspecifikationen under förutsättning att man har en huvudansvarig leverantör. Har man olika avtal får man försöka dela på kraven gentemot de olika parterna. Ansvarsfrågorna blir mer komplicerade om man har många leverantörer utan en huvudansvarig. Till exempel kan det bli svårt att avgöra om systemet ligger nere på grund av dåligt genomförd dokumentation vid produktionen eller otillfredsställande drift/support. För att kunna återanvända programkod, utveckla den och rätta fel i den är det viktigt att löpande dokumentation förs redan vid produktionen.

Vill man kunna rätta till, uppdatera och övervaka webbhandelslösningen, bör man behandla detta i avtalet eller i ett annat avtal om det rör sig om olika leverantörer. Detsamma gäller utbildning av personal för skötande av drift.³⁸² En grundutbildning bör ske redan innan webbhandelslösningen skapas för att få en bättre dialog mellan beställare och leverantör. När det gäller uppdatering av innehållet på en webbhandelsplats lär det ske ofta, och ganska okomplicerat, vilket innebär att detta lämpligen sköts på beställarens sida efter en kortare utbildning. Uppdatering av systemet, inkl databaser är mera komplicerat och till det kan det vara lämpligt att ha knutit ett supportföretag eller leverantören av själva systemet. Om man endast har nyttjanderätt och producenten inte står för driften, bör man reglera en eventuell källkodsdeponering i syfte att säkerställa tillgång till support utan att överträda producentens immateriella rättigheter.

³⁷⁴ PROMISE 98 UPPDRAGSAVTAL p.2. hänvisar kompletterande tjänster till separata individuell avtal
³⁷⁵ med hjälp av bland annat sk META-taggar i HTML-kod och anmälningar till sökkataloger kan sidan göras sökbar för sökmotorer

³⁷⁶ genomsnittlig tid det tar att ladda en sida med olika uppkopplingar

³⁷⁷ hur stor del av tiden systemet är i gång och fungerar felfritt enligt

³⁷⁸ bland annat kryptering för att identifiera användare och eventuellt betalning

³⁷⁹ antal operationer som kan utföras samtidigt, antal användare som kan besöka sidan och beställa samtidigt

³⁸⁰ inom hur lång tid skall fel vara rättade

³⁸¹ en viss andel förstagångs användare som klarar av att använda sidan utan att manövrera fel

³⁸² Alter, S., *Information systems, a management perspective*, s. 656

De flesta företag kopplar ihop webbhandelssystemet med order, övervaknings och faktureringsystem, då sammankopplande IT-lösningar ger stora rationaliseringsvinster. Frakt, order och fakturering behöver inte ingå i systemet utan kan vara ett självständigt system eller inte ens vara uppbyggt med hjälp av IT. Nackdelen med sammankoppling är ökad sårbarhet, vilket dock kan lösas med olika säkerhetsrutiner. De största serviceföretagen har hand om kundens totala IT-satsningar och på det sättet får man stordriftsfördelar, smidigare kommunikation mellan informationssystemen, i den mån serviceföretagen klarar av det. Poängen med de totala lösningarna är att webbhandelssidan med tillhörande databaser behöver kopplas ihop med ett order, frakt och faktureringsystem för att minska pappersarbetet. Kontroll och styrsystem behövs också kopplas ihop för att få bättre flöde och identifiera möjligheter till förbättringar.

5.1 Outsourcing av drift och service

Låg tillgänglighet leder till besvikna användare, vilket i vårt fall innebär att beställarföretaget går dåligt och får dåligt rykte. I förlängningen borde detta även leda till att producenten får dåligt rykte. Det är inte självklart att producenten är ansvarig för driften då vissa företag sköter drift, service och uppdatering internt medan andra har lagt ut delar eller hela driften på ett eller flera serviceföretag. De större serviceföretagen erbjuder allt från produktion till drift, service och uppdateringar. Genom att ta en leverantör tar hand om kundens totala IT-satsningar uppnås stordriftsfördelar och smidigare kommunikation mellan informationssystemen, i den mån serviceföretagen klarar av sina omfattande åtaganden. Poängen med de totala lösningarna är att webbhandelssidan med tillhörande databaser behöver kopplas ihop med ett order, frakt och faktureringsystem för att minska pappersarbetet. Kontroll och styrsystem behövs också kopplas ihop för att få bättre flöde och identifiera möjligheter till förbättringar.

Under produktionen är det av mycket stor vikt att noggrann dokumentation förs, då det är en nödvändighet för driftsäkerheten. Dokumentationen underlättar felrättning, uppdatering och utveckling. En tydlig ansvarsfördelning och en uttalad säkerhetspolicy med backup³⁸³, antivirus och antispam lösningar är av största vikt för driftsäkerheten.³⁸⁴ I en total lösning vet kunden vilket företag som bär ansvaret och det är lättare för serviceföretaget att föra en komplett dokumentation, se kopplingarna och hitta felen. I den mån beställaren är medveten om de här faktorerna kan de tas med redan i offerten. I branschen finns det en kommunikation mellan beställaren och de leverantörer som fått offertunderlaget. Genom den kommunikationen får beställaren kunskap om olika lösningar som passar i hans situation.

På ett företag brukar det finnas en webbmaster eller administratör med en rad uppgifter som ansvarar för den kontinuerliga driften och uppdateringen av webbhandelslösningen. Genom att sköta den dagliga driften av systemet, tar webbmastern även på sig att ge stöd och hjälp till användarna, rätta eller rapportera fel i systemet att hänga med i tekniska utvecklingen på relaterade områden. Inför en satsning på webbhandel bör beställaren tänka efter om servicen ska vara förebyggande service, löpande service och av vem uppdateringar och felavhjälpning ska göras. Dessutom bör beslut tas för hur servicen ska skötas, via hembesök, telefon, utskick av hårdvara eller via Internet.

³⁸³ Alter, S., *Information systems, a management perspective* s.169

³⁸⁴ Se köprätten om backup ansvar

5.2 Utbildning

Hur organisationslösningen ser ut beror på företagets struktur, storlek och verksamhet. Medan vissa beställare av webbhandelslösningar är små och endast vill ha en extra kanal att nå kunder med, ser andra större möjligheter i att integrera webbhandeln i den totala verksamheten. Köparen behöver normalt utbildning för att kunna fatta motiverade beslut. Att säljaren ska utbilda köparen före köp ger upphov till intressekonflikter då köparen då inte nödvändigtvis får en objektiv grund för beslutsfattande.

Sådan utbildning tillhandhålls också av särskilda utbildningskonsultföretag.

Även om man inte själv sköter driften är utbildningsfrågan intressant för beslutsfattande.

Ofta förekommer mindre serviceavtal med viss tidsfrist angiven i köpeavtalen. Långsiktiga serviceavtal sluts annars för sig. Att leverantören är den mest insatta i systemet, talar för att använda leverantören även för drift och service. Efter en längre tid finner dock ofta leverantörerna att det kostar för mycket att upprätthålla kunskapen om gamla system inom företaget, då man fortsätter att utveckla nya.³⁸⁵ Efter ett tag kan det bli billigare att köpa ett nytt system än att dra till sig kunnig personal på ett gammal system om man är ensam om att använda det då personalkostnaderna stiger snabbt för personal med specialistkompetens. Som beställare ska man kunna lita på att serviceföretaget har och även i framtiden kommer att ha kunnig personal.³⁸⁶ Webbhandelslösningar bygger på någorlunda samma byggklossar och databaser, vilket innebär att det kommer att ta längre tid innan det blir nödvändigt att skaffa specialkompetens.

Vissa serviceföretag har detta som en del av deras verksamhet och fördelen med det är att de genom erfarenhet är bättre på att testa och snabbare kan rätta till fel. Nackdelen har med outsourcing att göra. Ett annat företag har inte lika mycket motivation för att beställarens verksamhet ska gå bra.

5.3 Hot mot tillgängligheten

Genom att identifiera de viktigaste hoten mot tillgängligheten kan dessa sedan behandlas i avtalet.

5.3.1 Databaser

Orsakerna till att ett datorbaserat informationssystem inte är tillgängligt i önskad utsträckning, alltså att det inte går att använda på det sätt som verksamheten kräver, kan vara många.

En eller flera databaser är ett mycket grundläggande inslag i webbhandelssystem. Här lagras till exempel data om kunder, varor, leverantörer och försäljning. För att definiera, uppdatera och kontrollera en databas används normalt ett databasstyrningssystem. Huruvida detta ingår eller inte i webbhandelslösningen beror också på det enskilda fallet. Intressant ur driftssäkerhetssynpunkt är att ett DBMS³⁸⁷ kan styra hur och när filer eller poster i databasen

³⁸⁵ Torvund, O., Kontraktregulering- IT-kontrakter, s. 87-90

³⁸⁶ Torvund, O., Kontraktregulering- IT-kontrakter, s. 94

³⁸⁷ Database Management system är integrerade program för definiering, uppdatering och kontroll av databaser, Alter, S., Information Systems, a management perspective s.709

är tillgängliga för användarna (för att förhindra stockningar eller felaktiga värden på data) och att det innehåller funktioner för back-up och återskapning av data. Som sagts ovan ligger databasen ofta på en stordator och i den mån databasstyrningssystem finns, ligger det på samma stordator. Databasen är ofta extremt viktig för ett företags verksamhet. Fel eller driftsstopp i denna del av systemet kan få enorma konsekvenser.³⁸⁸

5.3.2 Mjukvaran

Virus av olika slag kan mycket väl drabba systemets tillgänglighet, genom att angripa dess mjukvara. Ett virus är en bit exekutiv programkod som kan kopiera sig själv till andra program och orsaka skador på dessa, eller utföra någon annan ”intern” attack i datorn, till exempel radera allt som finns på hårddisken, inklusive operativsystemet. På så sätt kan ett virus påverka driften och prestandan i systemet, framför allt om det drabbar en filserver eller liknande.³⁸⁹ De vanligaste vägarna för virus in i systemet är via piratkopierade program eller via nedladdning av filer från Internet.

De viktigaste skydden mot datorvirus är antivirusprogram, regelbunden frekvent säkerhetskopiering och att se till att det inte hamnar piratkopierade program eller filer från Internet på arbetsdatorernas hårddiskar. Dessutom är alla skydd mot oönskad trafik till och från Internet viktiga för att eliminera virus. Hot mot mjukvara innefattar också hackers som antingen förändrar data eller till exempel saboterar operativsystemet. Även här är Internet en indirekt källa till skador.³⁹⁰

Ett strömavbrott kan också orsaka allvarliga skador på data. Sådant som inte hunnit sparas kan gå förlorat totalt, och det kan ta lång tid innan systemet fungerar normalt igen. För att klara av strömavbrott kan man överväga att installera avbrottsfri kraft, en så kallad UPS (Uninterruptable Power Supply). Till denna bör också finnas programvara som kan stänga ner systemet automatiskt om strömmen går när ingen är där. För att kunna hålla igång nätet under längre avbrott krävs dock en mer permanent lösning, till exempel att ha någon typ av generator som startar när den behövs. Detta kostar en hel del pengar och är kanske inte aktuellt utom i mycket lönsamma eller större webbhandelslösningar.

Övriga hot mot tillgängligheten

Inkompatibilitet mellan applikationer och operativsystem drar ofta ner tillgängligheten för användarna. Detta är dock något som är svårt att komma till rätta med fullt ut så länge tillverkarna av applikationerna inte vill anpassa sig till varandra.

Ett annat vanligt problem, som ser ut att bli vanligare, är överbelastning av någon del av systemet. Det finns nästan alltid en ”flaskhals” någonstans, som inte klarar av de riktiga topparna i trafiken. Ett vanligt exempel är förbindelsen till filservern, som kanske ibland används av alla användare samtidigt. En överbelastning kan leda till att allting bara står still en stund, eller att systemet stänger av sig själv automatiskt. Det sistnämnda kan orsaka mycket allvarliga skador. Överbelastningar av nätförbindelser kan ha flera orsaker, men en övergripande grund till återkommande överbelastningar är att servern/nätverket inte är utformat på ett sätt som klarar en snabbt ökande trafik.

³⁸⁸ Alter, S., *Information systems, a management perspective* s 148

³⁸⁹ Alter, S., *Information systems, a management perspective* s. 650

³⁹⁰ Fitzgerald & Dennis, *Business data communication and networking* s. 55

Vid uppkoppling mot Internet kan tillgänglighetsproblem uppkomma på flera sätt.³⁹¹ För det första kan förbindelsen till webbservern bli en "flaskhals" som lätt överbelastas. För det andra kanske det laddas ner filer från olika webbsidor som innehåller virus, eller tar upp så stor plats på hårddiskarna att prestandan går ner. För det tredje är en Internetuppkoppling den vanligaste vägen för hackers att ta sig in i system. Förutom att orsaka skador på data och/eller mjukvara kan en hackers genomföra andra typer av attacker som minskar tillgängligheten. Vanliga exempel är "IP-spoofing" och "denial of service".³⁹²

En brandvägg är det vanligaste sättet att försöka eliminera Internet-relaterade hot av olika slag. En brandvägg är ett program knutet till en hårdvara, som undersöker alla datapaket som är på väg in i eller ut, och som sällar bland paketen enligt vissa kriterier.³⁹³

Sist men inte minst ska nämnas de i mjukvara "inbyggda" felkällor, som kan ställa till grava tillgänglighetsproblem, nämligen buggar. I stort sett all ny mjukvara innehåller buggar i högre eller mindre utsträckning. Ett bra sätt att undvika buggar är att vänta ett tag med att uppgradera sin mjukvara. När en applikation först kommer ut, så är buggarna ofta många. De exemplar som säljs brukar sedan innehålla färre och färre buggar, eftersom tillverkaren förhoppningsvis försöker justera de fel som finns.

³⁹¹ Fitzgerald & Dennis, *Business data communication and networking* s. 55

³⁹² Fitzgerald & Dennis, *Business data communication and networking* s. 446

³⁹³ Fitzgerald & Dennis, *Business data communication and networking* s. 446-447

6 SLUTSATSER

I kapitlet redogörs för våra slutsatser och de viktigaste kritiska punkterna inför avtalskrivandet, gällande webbhandelslösningar. Slutsatserna följer den ordning i vilken vi behandlat frågorna i uppsatsen.

Grunden till lyckade webbhandelslösningar står att finna i väl genomtänkta, definitioner, balanserade avtal med tydliga kravspecifikationer och en tydlig rättighetsfördelning. Detta i sig skiljer sig inte från vad som gäller för avtal i allmänhet. Beställaren bör försäkra sig om att ha tillgång till den expertis som krävs för att specificera kravspecifikationen. Annars kan den okunnige beställaren i slutänden finna att han satsat stora belopp i en webbhandelslösning som kanske inte alls har de egenskaper och funktioner han tänkt sig.

Särskiljande av webbhandelslösningar

Uppsatsen behandlar webbhandelslösningssavtal. Efter att ingående ha studerat webbproduktionsavtal och samtalat med bransch-kunniga inom webbhandelsområdet framgår skillnaderna klart mellan webbproduktion och leverans av webbhandelslösningar. Skillnaderna ligger i att en webbhandelslösning normalt sett är mer omfattande och betydligt dyrare till följd av att support, utbildning, drift, databasuppbyggnad, vidareutveckling och integrering i redan befintliga system. Därmed får avtalen i stor utsträckning drag av systemleveransavtal.

Avtal i branschen

Av våra intervjuer framgår att det i branschen används ett gytter av olika avtalskonstruktioner, branschorganisationernas standardavtal, egenkonstruerade standardavtal och enskilda individuella avtal där man plockar klausuler från olika källor. Vidare visar intervjuerna att det till största delen är enskilda avtal som används. Standardavtalen verkar, enligt oss, vara utformade för att parterna ska kunna utgå ifrån dem snarare än för tillämpning rakt av.

Standardavtalets funktion

De i standardavtalen ingående klausulerna utgör av varandra beroende byggstenar. Därför är det riskabelt att konstruera ett avtal byggt på klausuler från olika standardavtal. Risken är att ett alltför friskt blandande av standardavtalsklausuler kan leda till obalans och konflikter. Standardavtal har olika funktioner. En är att åstadkomma preciseringar på områden som ofullständigt eller kanske inte alls regleras i lag eller genom allmänna principer. En annan funktion, som vi anser ligger bakom intresseföreningarnas framtagande av standardavtalen på området är att åstadkomma en standard för affärsrelationerna och därigenom ökad förutsägbarhet.

Immateriella rättigheter

Det är av flera skäl av stor vikt för både beställare och leverantör att reglera de immateriella rättigheterna. Till exempel är beställarens rätt att vidta ändringar samt rätten till framtagna produktioners underliggande kod av stor vikt för denne. Medan producenten har intresse av en grafisk profil, vilken delvis skyddas med den ideella upphovsrätten, har beställaren ett intresse av rätten att göra ändringar. Utan rätten att få göra ändringar är värdet av en

webbhandelslösning mycket begränsat, då vare sig utveckling eller felrättning är möjligt utan den underliggande koden. Vi fann när vi studerade HAMIT 99 och upphovsrätten till datorprogram att det förelåg en diskrepans mellan 26h§ URL och p.11.4 HAMIT 99. Att avtala bort en tvingande rättighet, som *viss* dekompilering och reversed engineering utgör,³⁹⁴ är inte möjligt och beställaren har därför likväl en viss rätt att skaffa sig åtkomst till koden.

Skyddet av HTML- kod

En fråga vi ställt oss är hur man kan skydda HTML-koden. I doktrinen råder oenighet om hur HTML-kod ska skyddas. Argument mot att det skulle skyddas som program är bland annat att HTML-kod inte är ”if”- baserad.³⁹⁵ Ett motargument är att utvecklingen går mot att programmeringsspråken blir alltmer lika de naturliga språken.³⁹⁶ Vi anser att HTML- kod idag är alltför standardiserad för att kunna uppnå skydd som program. Om HTML-koden inte kan ses som datorprogram eller skyddas som en databas kan webbsidans layout, om den är av ett sådant avancerat slag och av sådan särprägel att den kan anses uppnå verkshöjd, skyddas som konstnärligt verk enligt upphovsrättslagen. HTML-koden skyddas då indirekt genom layouten.

Köplagens tillämplighet

Vi anser att köplagen som huvudregel är direkt tillämplig på webbhandelslösningar och analogt tillämplig på tilläggstjänster. Detta har vi stöd för enligt köprättslig doktrin som bland annat säger att själva tillverkningen inte skall ses som tjänst utan som en del av varan. I systemleveranslitteraturen är dock vissa av författarna av en annan åsikt och klassar systemleveranser som tjänst. Webbhandelslösningar är dock av en annan karaktär och även författare som hävdar annat om systemleveranser, anser att Köplagen normalt sett är direkt tillämplig på webbhandelslösningar. Då parterna normalt sett skriver avtal och köplagen är dispositiv är bestämmelserna i köplagen framförallt av intresse som utfyllnad och tolkning av avtalet. Framförallt är köplagen av intresse vid felbedömning och tolkning av sanktioner. Vid gränsdragningen mellan direkt och indirekt skada utgår man även i standardavtal från 67§ KöpL. Då friskrivningar och andra ansvarsbegränsningar är vanliga är sanktionerna ofta väldigt begränsade. Dessa friskrivningar kan dock sättas ur spel, jämkas eller tolkas mycket restriktivt om de är oskäligen, alltför generella, begränsar skadeståndsmöjligheten i alltför stor utsträckning eller dolts för motparten. Att vi kunnat konstatera att köplagen är tillämplig är väldigt intressant då det ofta uppkommer situationer som det inte avtalats om. Därmed kan Köplagen användas som utfyllnad till webbhandelslösningens avtal.

Försenade leveranser

Av samtal och intervjuer med personer i branschen framgår att orsaken till försenade och misslyckade leveranser inte sällan ligger i ett dåligt förarbete hos kunden. En annan anledning till försenade leveranser kan vara ett lågt vite, se Vitesklausuler nedan. I huvudavtalet ska parterna skriva in definitioner, pris, leverans och vad som gäller vid en eventuell tvist. Om inte testningen av webbhandelslösningen regleras i huvudavtalet eller kravspecifikationen, ska detta regleras i en testspecifikation som anger hur deltesterna under arbetets gång ska genomföras. Att låta köpet gå tillbaka vid leveransförsening, är ofta ingen bra lösning för köparen. Eftersom han då kommer i tidsnöd och drar på sig stora kostnader på grund av problemen. Men om detta är enda vägen måste avtalet kunna hävas snabbt för att minska skadan för kunden så mycket som möjligt.

³⁹⁴ Se avsnitt 3.9

³⁹⁵ med ”if”-baserad avses villkorsbaserade satser

³⁹⁶ Alter, S., *Information Systems, a management perspective* s. 444

Vitesklausuler

För att tidigt skilja ut vilka leverantörer som verkligen kan utlova leverans i rätt tid, felrättning och uppdatering med kvalitet är vite ett bra utsorteringsredskap. De som inte har kvaliteten kommer att avstå från att offerera, eller försöka ta bort vitet. Medan de som har rätt stöd kommer inte att känna att vite är något problem. Vitet måste vara väl tilltaget så att det fördelar riskerna mellan köpare och leverantör på ett rättvist sätt. Vitesklausulerna i avtalen inom branschen är inte tillräckliga för att leverantören ska känna sig motiverad att avsluta påbörjade projekt. Leverantören kan gå vidare till nästa projekt utan att avsluta det pågående. Som exempel på detta kan vi ta PROMISE 98. PROMISE 98 har ett lågt vite och utesluter annat skadestånd vid försening. Eftersom det uttryckligen står i avtalet är det i vart fall en giltig klausul mellan jämnstarka parter. Är inget avtalat, är skadestånd rimligt så länge vitet inte kan bedömas fylla en reparativ funktion enligt vår mening, vilken vi har stöd för i litteraturen. Om leverantören inte klarar uppdraget måste köparen utan oskälig väntan få hjälp av annan leverantör för att lösa problemet. Den nuvarande leverantören måste hjälpa till så att detta blir möjligt. Detta kommer leverantören att göra om vitet är tillräckligt högt.

Friskrivningar

I avtalet PROMISE 98 finns för producenten en ansvarsfriskrivning från både direkt och indirekt ansvar, i de fall försening orsakats av fel i av branschen ”vedertagna utvecklingsverktyg”³⁹⁷. Vi finner det märkligt att beställaren enligt PROMISE 98³⁹⁸ ska bära risken för att vedertagna utvecklingsverktyg fungerar på avsett sätt då producenten valt verktygen. Risken och ansvaret bör läggas på den som har störst chans att kontrollera och hindra oönskade effekter. En rad friskrivningar i standardavtalet PROMISE 98 är sammantaget på gränsen till att kunna bedömas vara oskäliga.³⁹⁹ Dessutom tenderar ansvarsfriskrivningarna i PROMISE 98 att vara dolda. Det är en huvudprincip, både i svensk rättspraxis och internationellt, att friskrivningsklausuler och liknande tyngande klausuler i ensidigt upprättade standardavtal tolkas restriktivt och mot den som skrivit in klausulen.⁴⁰⁰ Det ställs krav på att friskrivningsklausuler är klara och tydliga. Hävning är vid denna typ av avtal mindre lyckade då samma lösning inte kan säljas rakt av till andra. Vi anser att standardavtalet PROMISE 98:s olika ansvarsfriskrivningar tillsammans kan utgöra otillbörliga villkor om parterna inte är jämnstarka. Att uttala sig generellt kan man inte göra eftersom bedömningen sker i det enskilda fallet.

Utifrån slutsatserna och uppsatsen i övrigt har vi försökt att identifiera de kritiska punkterna inför avtalsskrivandet. Det är inte vår avsikt att de kritiska punkterna ska fungera som en detaljerad vägledning vid utformning av den konkreta avtalstexten.

6.1 Kritiska punkter för en lyckad webbhandelslösning

Det är för de inblandade parterna mycket påfrestande med missförstånd och konflikter som har sitt ursprung i något som kunde undvikits redan på ett tidigt stadium genom klara riktlinjer och definitioner. Detta kan åstadkommas om man följer en juridisk problemlösningsmodell som inte bara sparar tid och pengar utan som dessutom ökar kvaliteten och kreativiteten genom att parternas energi inte försvinner i onödiga konflikter.

³⁹⁷ PROMISE 98 Allmänna Villkor p 9.2

³⁹⁸ PROMISE 98 Allmänna Villkor p 9.2

³⁹⁹ PROMISE 98 Allmänna villkor, p. 7, 8 och 9

⁴⁰⁰ Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, s. 52

Enligt vår uppfattning ökar en inarbetad arbetsmetod förutsättningarna för lyckade webbhandelslösningar. Det finns ett antal kritiska punkter parterna bör arbeta utifrån och reglera sinsemellan.

- **Definitioner- definiera mera**

Genom att tidigt framarbete definitioner⁴⁰¹ av relevanta begrepp och termer i affärsrelationen kan man eliminera eventuella framtida missförstånd mellan parterna. Har leverantören väl en gång ordentligt gått igenom de för branschen typiska termerna och den innebörd de har för leverantören kan denne använda sig av definitionerna i framtida webbhandelslösningssavtal. Sedan är det upp till beställaren att godkänna eller omförhandla definitionerna. Vikten av väl genomtänkta definitioner kan även ses ur ett ”god sed” – perspektiv. God sed kan sägas innebära att parterna eftersträvar tydlighet och lättförståeliga avtal.

Undvik generella definitioner då det kan ge parterna intryck av samstämmighet i sakfrågor utan att det är fallet.

- **Kravspecifikation- specificera mera**

Det är av mycket stor vikt att redan vid framtagandet utforma en kravspecifikation. Alla begrepp som ingår i specifikationen ska vara klart och tydligt definierade enligt ovan. I branschen är det vanligtvis leverantören som skriver kravspecifikationen utifrån beställarens offertförfrågan. För att denna ska vara anpassad till beställarens behov och önskemål, krävs antingen att beställaren är delaktig i framtagandet eller att producenten är väl kunnig om beställaren, beställarens kund, beställarens affärsstrategi, beställarens organisation och IT arkitektur. Detta är mycket omfattande och tidskrävande. Ju större satsning desto viktigare är det därför med en gemensamt framtagen kravspecifikation. Vid mindre satsningar kanske det är mer kostnadseffektivt att basera kravspecifikationen på offerten eller en standardiserad specifikation. Av kravspecifikationen följer även definitionen av fel. Beställaren kan i kravspecifikationen i webbhandelslösningssavtalet ställa specifika och mätbara krav på produkten.

Beställaren bör se upp vid en eventuell omarbetning av kravspecifikationen. För att undvika att kravspecifikationen ska bli en fälla för beställaren bör denne kräva att leverantören uppger vilka punkter i den ursprungliga specifikationen som inte tillfullo kan uppfyllas i den slutligen överenskomna kravspecifikationen.

Några exempel på sådana mätbara krav är sökbarhet, hastighet, tillgängligheten, säkerhet, kapacitet, support och användarvänlighet. För att lyckas med en webbinvestering måste den kontinuerligt underhållas och uppdateras. Hemsidan måste fungera effektivt och inte skapa problem för besökaren. Den får aldrig vara nere. Därför är det viktigt att köparen kalkylera med och avtala om underhåll. Leverantören måste inom ett visst antal timmar, till exempel fyra arbetstimmar, kunna stå till tjänst med telefonsupport och/eller support på plats för att åtgärda driftsstopp/störningar och stå till tjänst med förändringar och uppdateringar. Man bör även reglera en maximitid inom vilken leverantören skall ha åtgärdat felet samt testat detta. Avtalet bör även reglera följande frågor: Vilka funktioner ska lösningen innehålla? Hur ska lösningen fungera? Vad har beställaren för tidigare system? Vad för typ av operativsystem ska användas? Vilken kapacitet systemet ska ha? Vilken skärmupplösning ska webbläsare optimeras för? Vilken webbläsare webbplatsen ska optimeras för?

⁴⁰¹ Som exempel kan tas definitionen av ”innehåll”, ”produkt”, ”leveransdag”, ”försening”, ”fel”, ”bug”, ”test” och ”källkod”.

- **Dokumentation- dokumentera mera**

För driftssäkerhet, återanvändbarhet och utveckling är dokumentation nödvändig. Därför bör man i avtalet skriva in krav på dokumentation och ange vilket språk den ska ske på. För uppdatering är det även viktigt att dokumentera typsnittsval och andra designelement. Vilka kommentarer ska göras i programkoden/HTML-koden? Hur ska databaskonstruktionen dokumenteras? När ska dokumentationen levereras?

- **Betalning**

Givetvis bör man i avtalet reglera pris och betalningsvillkor. Ska betalning ske efter ett fast pris eller efter löpande räkning? När och hur ska den erläggas? När har leverantören rätt till annan ersättning, till exempel reseersättning och ersättning för tillägsarbete?

- **Installation- leverans av prestationen**

Det är viktigt att i avtalet reglera leveranstidpunkt/installationstidpunkt/aktivering, riskövergång, test av produktionen och godkännande. Härav följer definitioner av dröjsmål.

- **Sanktioner**

Parterna bör noga reglera frågor gällande ansvarsbegränsning och force majeure. Vilka sanktioner ska användas och i vilken utsträckning. Exempel på sanktioner är vite, skadestånd, felrättning och hävning. Sanktionerna bör utformas med respektive sanktions syfte i bakhuvudet. Skadestånd skall vara reparativt, vite preventivt, felrättning och hävning skall minimera beställarens skada. Hävning är dock det minst aktuella alternativet gällande webbhandelslösningar. Ett väl tilltaget vite är vid webbhandelslösningar mer effektivt.

- **Immateriella rättigheter**

För båda parter är det av stor vikt att reglera vem de immateriella rättigheterna tillfaller. Vilken användning som är tillåten, den ideella rätten och rätten att vidta förändringar i levererat upphovsrättsligt skyddat material. Vad är det som överlåts? Vilken rätt erhåller beställaren? Har beställaren rätt att själv vidta ändringar? Leverantören vill å sin sida behålla de immateriella rättigheterna frö att kunna sälja den framtagna lösningen eller delar av den flera gånger. Beställaren å sin sida vill kunna vidareutveckla och uppdatera.

- **Utbildning**

Behovet av utbildning står i relation till i vilken utsträckning beställaren vill outsourca. Parterna bör därför reglera kundens rätt till utbildning av det levererade. Hur mycket och vilken utbildning behövs av beställarens personal? För att svara på denna fråga bör beställaren ställa sig följande frågor: Vilken kompetens krävs för systemet? Vilken kompetens finns innan? Vad gäller för framtida utveckling, ska beställaren utveckla själv?

- **Twistereglering**

Beställare och leverantör bör även reglera hur tvister ska lösas och med vilket lands lag. Parterna bör noga överväga för- och nackdelarna med skiljedomstol. Fördelarna är att förfarandet är snabbare och sekretessbelagt, nackdelarna är att det kan bli i stort sett hur dyrt som helst.

7 Käll- och litteraturförteckning

LITTERATUR

- Adlercreutz, Axel *Avtalsrätt I*, Tionde uppl., Juristförlaget, Lund 1995
- Alter, Steven, *Information systems- a management perspective*, andra uppl., The Benjamin/Cummings Publishing Company, Inc, United States of America, 1996
- Andersen, Mats, Bryde *EDB-ret*, Jurist og Ekonomforbundets forlag, Danmark, 1991
- Bender, Hanne *EDB- rettigheder*, Första uppl., Jurist og Ekonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 1988
- Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, Sjätte uppl., Stockholm, Juristförlaget, 1993
- Bernitz, Ulf
Karnell, Gunnar
Pehrson, Lars
Sandgren, Claes *Immaterialrätt*, Elanders Gotab AB, Stockholm 1998
- Bergem, John, Egil
Rognlien, Stein *Kjøpsloven, kommentarutgave*, Juridisk forlag A.S. Norge, 1991
- Carlén- Wendels, Thomas *Nätjuridik, Lag och rätt på internet*, Juristförlaget, Stockholm 1997
- Clark, Melvin *Så köper du lönsamma datorsystem*, Graphic Systems, Stockholm, 1993
- Fitzgerald, J., Dennis, A. *Business data communications and networking*, Femte uppl., WILEY, USA, 1996
- Grönfors, Kurt *Avtalslagen*, Tredje uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1995
- Gozzo, Giovanni *Immaterialrätter och licensavtal*, Tuna Tryck AB, Eskilstuna 1998
- Hed, O., Munukka, J. *Standardavtal en formulärsamling*, Juristförlaget JF AB, Stockholm, 1993
- Hedberg, Stig *Entreprenadkontrakt fällor och fel*, Svenskt Tryck AB, Stockholm, 1996
- Hellner, Jan *Köp och avtal*, Juristförlaget, Stockholm, 1992
- Hellner, Jan *Speciell avtalsrätt II Kontraksregulering*, Juristförlaget, Stockholm, 1993
- Herre, Johnny *Ersättningar i köprätten*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1996
- Hultmark, Christina *Upplyningsplikt vid ingående av avtal*, Juristförlaget, Stockholm, 1993
- Hultmark, Christina
Ramberg, Jan *Inledning till avtalsrätten*, Norstedts Juridik, Stockholm 1998

- Hultmark, Christina
Ramberg, Jan *Allmän avtalsrätt*, Fjärde uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1996
- Håstad, Torgny *Den nya köprätten*, Fjärde uppl., Iustus Förlag AB, Uppsala, 1998
- Janson, Ingmar *Den elektroniska marknadsplatsen*, Stockholms Universitet, Stockholm, 1997
- Kjellin, Clas
Pehrson, Lars
Stannow, Henrik
Svensson, Carl Anders
Tengelin, Sten *Rätt i medieproduktion*, Smedjebackens Grafiska AB, Smedjebacken 1996
- Levin, Marianne
Koktvedgaard, Mogens *Lärobok i immaterialrätt*, Femte uppl., Norstedts Juridik AB Stockholm, 1997
- Levin, Marianne
Nordell, P. J. *Handel med immaterialrätter*, Juristförlaget, Stockholm 1996
- Liman, Lars-Otto *Entreprenad och konsulträtt*, Femte uppl., Svenskt Tryck AB, Stockholm, 1997
- Lindberg, Agne
Westman, Daniel *Praktisk IT-rätt*, Andra uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1999
- Lindman, Bo *IT handboken*, andra upplagan, Graphic Systems AB, Göteborg 1996
- Lundmark, Thorsten *Friskrivningsklausuler giltighet och ansvar*, Iustus förlag, Göteborg, 1996
- Lunell, Hans, *Datalogi- en inledande översikt*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund 1985
- Norager- Nielsen, Jacob *EDB- kontrakter*, GAD, Köpenhamn, 1987
- Nordell, P. J. *Rätten till det visuella*, GOTAB, Stockholm, 1997
- Olsson, Agne Henry, *Copyright*, Sjätte uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998
- Oskarsson, Östen *Programutveckling i liten skala*, Studentlitteratur, Lund, 1994
- Peyron, Ulf *Det upphovsrättsliga anställningsförhållandet*, Lunds offset AB, Lund, 1985
- Ramberg, Jan *Inledning till Köprätten*, Första uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1995
- Ramberg, Jan *Köplagen*, Fritzes Förlag, Göteborg, 1995
- Rosén, Jan *Upphovsrättens avtal*, Norstedts Juridik, Stockholm 1998
- Seipel, Peter *Databasrätt*, Stockholms Universitet, Stockholm, 1990

Torvund, Olav *Kontraksregulering- IT kontrakter*, AiT Enger AS, Oslo, 1997

Wagle, Anders Mediaas *Opphavsrett i en digital verden*, Cappelen Akademisk Forlag,
Ostergaard, Magnus Fagernes, 1997

ORDBÖCKER

Bonniers svenska ordbok, Bonniers förlag, Finland, 1988

PLUS, svensk ordbok + uppslagsbok, Språkdata och Norstedts förlag AB, Italien, 1997

JURIDISKA TIDSSKRIFTER

Juridisk Tidskrift 1993/94, s. 687-701, *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, Hultmark, C.

Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 1999, s. 37-52, *Upphovsrättsligt skydd för datorprogramms användargränssnitt- utvecklingen i amerikansk praxis*, Nordell P. J.

Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 1998, s.167-173, *Upphovsrättsliga avtal i förändring*, Hillerström, H.

Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 1995, s 595- 615, *Opphavsretten og ny informasjonsteknologi: Noen spredte notater*, Bing, Jon

Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 1997, s. 69-79, *Ophavsret til brugergrænseflader "Look and Feel"*, Bender, H.

Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 1993, s. 374-382, *Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden*, Nordell, Per Jonas

ÖVRIGA TIDSKRIFTER

Computer Sweden, 990107 *"Webbranschen vill ha kunder med kunskap"*

Computer Sweden, 990809 *"Köparna måste rycka upp sig"*

Sydsvenska Dagbladet 991201 *"Framfab försenar hemsida"*

IT- affärer 991126, *"Sajtprovning efterfrågad tjänst"*

RÄTTSFALL

NJA 1991 s. 808,

NJA 1961 s.330

NJA 1979 s 483

OFFENTLIGT TRYCK

Propositioner

Proposition 1960:17	<i>Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk</i>
Proposition 1988/89:76	<i>Ny Köplag</i>
Proposition 1988/89:85	<i>Upphovsrätt och datorer</i>
Proposition 1992/93:48	<i>EES-avtalet och immaterialrätten</i>
Proposition 1996/97: 111	<i>Rättsligt skydd för databaser</i>

Utredningar

SOU 1956:25	<i>Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk</i>
SOU 1976:66	<i>Köplag</i>
SOU 1985:51	<i>Upphovsrätt och datorteknik</i>

LAGAR OCH KONVENTIONER

SFS (1960:729) lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

SFS (1971:112) lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare

SFS (1987:822) lag om internationella köp

CISG United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Konventionsstater Stater anslutna till CISG

INTERNET hösten 1999

(vid kontroll fanns materialet kvar i januari och februari 2000)

<http://www.promise.se>

<http://www.sito.se>

<http://www.dfs.se>

<http://www.bitos.org>

<http://www.bitos.org/aguhan/aguhan.htm>

<http://www.telia.se>

INTERVJUER

Agne Lindberg, Advokat, Delphi & Co, 990204, 990403, 990407

Agnes Gawel, projektledare på VIOMA digital media, 000120

Alex Gorski, Zag Computing of Copenhagen 991110

Anders Andersson, SEMCON, 990928

Anders Bovalder, jurist, Oracle, 991028

Andreas Kiland, Catwalk Interactive AB, 990923

Anna Högtedt, Säkerhetskonsult Cap Gemini, 991115
Christian Lexander, Semagroup, 991028
Christina Heden, Condesign Trollhättan AB, 990923
Christina Hultmark, Jurist, Göteborgs Universitet, 990415
Daniel Westman, Jurist, Rättsinformatik Stockholms universitet, 990623, 991025, 000330
Erik Geijer, projektledare upphandlingsgruppen BITOS, fortlöpande e-postkontakt 99-00
Erik Pettersson, Sublime, 990913
Fredrik Gjutebrink, Construct IT Sweden AB, 990927
Fredrik Larsson, Testansvarig, TESTHOUSE, 991001
Fredrik Ribba, försäljningsansvarig på Quick NET, 000110
Hans Ekdahl, Systemutvecklare, Telia ProSoft, 991110
Hasse Samuelsson, VD, PROMISE 98, 990810
Henrik Strömberg, A+A Corporate Design AB, 990922
Jeanette Andreasson, Testhouse, 990430
Jeanette Rogosic, 24hr interactive HB, 990920
Jens Rosberg, Net Set, 990928
Jesper Bjuhr, Projektledare, Crosscom, 991108
Johan Carlsson, Konsult på Torped, 991028
Johans Kemi, Andersen Consulting, 990921
Jonas Birgersson, VD, Framfab, 990428
Josefin Bond, AdEra Göteborg AB, 990920
Jörgen Johansson, 23 SE, 990922
Kim Vitlock, Advokat, VITLOCK & CO, 990622
Lars Lindholm, uNeed, 000120
Linda Carlsson, Webbredaktör PROMISE, 990428
Magnus Frejd, C&C INTERACTIVE AB, 990920
Marc Simon, Affärsansvarig/Projektledare, En Trappa Upp, 991101
Marina Fagerberg, Netch, 990624
Melvin Clark, Mediegruppen i Sverige AB, 991129
Monique Wadsted, advokat, Magnusson Wahlin Advokatbyrå, 000329
Nevenka Balic, Cell Network, 990920
Niklas Lundqvist, Jurist, Magnusson Wahlin Advokatbyrå, 990922, 990329
Niklas Lundqvist numera Internetentreprenör på AWARDIT, 000330
Per Henning Grauers, Jurist vid Högskolan i Halmstad, 991130
Peter Carlsson, Inköpsansvarig, Scania, 990616, 991012
Peter Sörensen, Cap Gemini, 990405
Petter Jönsson, Produktchef, Netch, 990621
Pia Nybleaus, Jurist på Svenska Industriförbundet, 990407
Thomas Nygren, Hamilton & Co advokatbyrå, 990331
Åke Sjöblom, Juridisk projektledare, SITO, 991116

8 BILAGA

Fältstudie

I fältstudien presenteras kort och översiktligt de utförda kvantitativa intervjuerna och samtalen med bransch-kunniga. Presentationen är strukturerad i rubrikform utefter vad uppsatsförfattarna efter bearbetning av materialet uppfattat som signifikant och av vikt att med hänsyn till uppsatsens syfte, lyfta fram.

Frågeformulär

Namn, titel/funktion och företag på intervjupersonen.

Vilket typ av avtal företaget normalt använder vid webbhandelslösningar? Om standardavtal, vilket?

Är avtalet inspirerat av avtal för systemleveranser eller för webbproduktion?

Skrivs kravspecifikationer i avtalet? Hur utförlig brukar kravspecifikationen vara? Vilka problem brukar uppkomma vid avsaknad av kravspecifikationer?

Hur uppdelas upphovsrätten? Vem får rätt till vad?

Vilket ansvar gäller vid fel och dröjsmål? Skadestånd och Vite eller endast vite? ... vilka ansvarsbegränsningar används?

Vilka friskrivningar används och i vilka fall?

Svara på de frågor ni kan och lämna övriga därhän. Vi går inte in i detalj på vilka företag som använder vilka klausuler utan försöker i uppsatsen visa avtalsinnehåll som är typiskt i branschen.

Resultat

Branschen och avtalen

Branschen är snabbt föränderlig och vissa företag vi intervjuat i början av uppsatsskrivandet blev uppköpta av Guide under 1999 som i sin tur blev uppköpt av Framfab. Personal vi intervjuat har slutat och börjat på andra företag, även dessa företag omstrukturerade. Detta var samtidigt en svårighet i fältstudien och exempel på branschens egenskaper. Flera andra koncerner visade samma trend. Affärernas hastighet var så snabb att vissa företag bytte moderbolag tre gånger under hösten. Andra gick i konkurs. Det är i de förhållanden där bägge parter är små och mellanstora företag, som standardavtal får riktigt stor betydelse. Ett par företag som tidigare sysslade med ren webbproduktion hade under slutet av 1999 gått mot att fokusera alltmer på webbhandelslösningar. I samband med det, gick de från att använda PROMISE webbproduktionsavtal till att använda deras nya moderbolags (Guides)

standardavtal inriktat på webbhandelslösningar.⁴⁰² HAMIT 99 var det inte många som kände till, medan flera använde modifierade versioner av PROMISE. Stora leverantörer har egna standardavtal och det gäller även för större beställare.

Av genomförda samtal och intervjuer framgår att det främst är individuella avtal som idag används i branschen. Man försöker utforma de individuella avtalen efter vad kunden vill ha och man försöker som leverantör se till kundnyttan. Ett flertal av de intervjuade däribland Jens Rosberg på Net Set höll på med att ta fram egna avtal, projekt och leveransavtal. I dagsläget är det enligt de svar vi fått genom intervjuer till stor del på så vis att parterna, främst leverantörerna, till viss del använder sig av PROMISE och Hamit 99. Men bara på så sätt att man tar ut vissa delar av standardavtalen som man anser vara bra. Utifrån dessa delar skrivs sedan individuella avtal genom att man själv skriver till de villkor man anser nödvändiga utifrån det specifika uppdraget.

Det framgick även vid intervjuerna att det inte alla gånger skrivs avtal. Bakgrunden till detta är att det ofta är fråga om snabba igångsättningar av projekt. När det gäller karaktären av avtalen framgick vid det stora flertalet intervjuer att avtalen är helt olika beroende vem man jobbar mot och om man jobbat med kunden tidigare. Det är inte alltid jurister som skriver avtalen. Detta är dock relaterat till storleken av satsningen. Avtalen sätts ofta ihop av projektledaren eller annan ansvarig på leverantörsföretaget.

Offerten

Vid samtal med bland annat Henrik Strömberg, Jeanette Rogosic och Melvin Clark framkom offertens betydelse vid överenskommelser när det gäller webbhandelslösningar. Det är i branschen vanligt att hela affärsrelationen gällande vad som är överenskommit parterna emellan till stor del endast framgår av offerten och offertförfrågan. Intervjupersonerna framhöll dock att man i dessa fall försöker specificera så mycket som möjligt i offerten.

Garantier

Gällande garantier och garantiåtaganden angående webbhandelslösningar framgick vid samtal med bland annat Nevenka Balic att dessa helt och beror på hur komplex slutprodukten skall vara.

Rättigheter

Undersökningen visade att huvudregeln är att leverantören behåller upphovsrätten till all källkod. Desto mer kundspecifika lösningarna är desto mera vill kunden ha äganderätten. Det är också rimligare och av mindre intresse för producenten att behålla rätten till kundspecifika lösningar.

Försenade leveranser och sanktioner

Förseningar och fel i leverans är väldigt vanligt. Vite är väldigt utbrett, men är troligen för lågt för att verkligen medföra en prioritering i leverantörens arbete. Vissa ersätter kunden på andra sätt genom ökad service m.m. Vid förseningar av leveransen är det kunden som drabbas och påföljden härför brukar vara vite. Vid intervjun med Fredrik Larsson framkom att det inte är ovanligt att parterna inte har reglerat vad som gäller vid förseningar. Han betonar att det

⁴⁰² Niklas Lundqvist, jurist Magnusson Wahlin Advokatbyrå, numera Internetentreprenör på AWARDIT, Agnes Gawel, projektledare VIOMA AB, Fredrik Ribba, Försäljningsansvarig QuickNet AB

ofta finns långtgående friskrivningar och att det ofta är så att leverantörerna inte tar sitt ansvar. Vid intervju med Niklas Lundqvist framkom att man bör göra något åt vitet som idag är för lågt. Leverantören kan gå vidare till nästa projekt utan några direkt kännbara ekonomiska sanktioner. Niklas Lundqvist menar att detta är ett problem som kan åtgärdas genom strängare och mer kännbart vite för leverantören. Vitet bör vid en webbhandelslösning vara så pass kännbart att leverantören tvingas att prioritera och färdigställa det påbörjade projektet.

Fältstudien visar vidare att en annan anledning till misslyckade leveranser ligger i dåligt förarbete hos kunden. Magnus Frejd, Erik Geijer m fl ansåg att försenade leveranser ofta hade sitt ursprung i kunden och att denne sällan, när han söker kontakt med en leverantör vet vad han vill ha. Kunden vet att han vill ha en webbhandelslösning, på något sätt, men inte exakt hur och vilken typ av lösning som är bäst för den typ av verksamhet han/hon bedriver. Detta får till följd att förutsättningarna fortlöpande ändras under projektets gång, något som starkt tenderar att bidra till en förskjutning av överenskommen slutleveransdag av det kunden beställt, eller tror sig ha beställt.