



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marcus Nivinger

Upphovsrätt och datorprogram
– en studie kring det upphovsrättsliga skyddet för
datorprogram

Examensarbete
20 poäng

Professor Dr. Reinhold Fahlbeck

Förmögenhetsrätt

November 2001

Innehåll

<u>FÖRKORTNINGAR</u>	2
<u>1 INLEDNING</u>	3
<u>1.1 Bakgrund</u>	3
<u>1.2 Syfte, problemområden och avgränsningar</u>	3
<u>1.3 Metod och material</u>	4
<u>1.4 Disposition</u>	4
<u>2 TEKNISK INTRODUKTION</u>	5
<u>2.1 Inledning</u>	5
<u>2.2 Datorns uppbyggnad och funktion</u>	5
<u>2.3 Datorprogram</u>	6
<u>2.3.1 Algoritmer</u>	7
<u>2.3.2 Olika typer av programmeringsspråk</u>	7
<u>2.3.3 Olika typer av datorprogram</u>	8
<u>2.4 Gränssnitt</u>	8
<u>3 HISTORISKT OCH INTERNATIONELLT PERSPEKTIV</u>	10
<u>3.1 Inledning</u>	10
<u>3.2 Skyddets framväxt i Sverige och internationellt</u>	10
<u>3.3 Internationellt samarbete inom upphovsrätten</u>	13
<u>3.4 EU och skyddet för datorprogram</u>	15
<u>4 DET UPPHOVSRÄTTSLIGA SKYDDET FÖR DATORPROGRAM</u>	17
<u>4.1 Inledning</u>	17
<u>4.2 Skyddets uppkomst och varaktighet</u>	18
<u>4.3 Skyddsobjektet – Datorprogram som upphovsrättsligt verk</u>	19
<u>4.3.1 Datorprogrammets skyddselement</u>	22
<u>4.3.1.1 Förberedande designarbete</u>	26
<u>4.3.1.2 Bearbetningar och samlingsverk</u>	26
<u>4.3.2 Datorprogram och “verkshöjd”</u>	27

<u>4.4</u>	<u>Skyddssubjekt – Datorprogrammets upphovsman och rättighetsinnehavare</u>	29
4.4.1	<u>Särskilt om datorprogram skapade i anställningsförhållanden</u>	30
<u>4.5</u>	<u>Skyddets innebörd</u>	31
4.5.1	<u>Den ekonomiska rätten till datorprogram</u>	32
4.5.1.1	<u>Exemplarrätten</u>	32
4.5.1.2	<u>Tillgängliggörande för allmänheten</u>	37
4.5.2	<u>Den ideella rätten till datorprogram</u>	41
4.5.3	<u>Inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt</u>	43
4.5.3.1	<u>Användarens särskilda rättigheter</u>	43
<u>4.6</u>	<u>Intrång och sanktioner</u>	46
<u>5</u>	<u>SLUTKOMMENTARER</u>	49
	<u>BILAGA A</u>	52
	<u>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</u>	58
	<u>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</u>	60

Förkortningar

BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (1886)
CPU	Central Processing Unit
EG	Europeiska Gemenskapen
EPC	European Patent Convention (1973)
EPO	European Patent Office
FN	Förenta nationerna
IT	Informationsteknologi
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PL	Patentlagen
PRV	Patent- och Registreringsverket
RAM	Random Access Memory
ROM	Read Only Memory
SOU	Statens Offentliga Utredningar
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VK	Världskonventionen om upphovsrätt
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WTO	World Trade Organisation

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Utvecklingen inom datorbranschen har de senaste decennierna gått svindlande snabbt. Inte minst gäller detta inom den s.k. mjuk- eller programvaruindustrin. Den snabba utvecklingen på datorområdet har aktualiserat flera viktiga immaterialrättsliga frågor. Den kanske allra viktigaste frågan rör rättsskyddet för datorprogram.¹

Stora resurser i form av tid och pengar satsas på att utveckla nya och ständigt bättre datorprogram. Värdet av programvaruindustrins produkter uppskattas i dagsläget till flera hundra miljarder kronor.² För att industrin skall fortsätta dessa investeringar måste ett betryggande skydd för datorprogram kunna erbjudas av rättssamhället. Ytterligare skäl till att ett väl utvecklat rättsskydd är av stor vikt för datorprogram är att de så lätt kan kopieras och reproduceras. Datateknik kan till stora delar anses utgöra en ren form av kopieringsteknik.³

Traditionellt har datorprogrammets skyddsvärda prestationer primärt hänförs till upphovsrätten. Datorprogram har i Sverige och övriga Europa, till skillnad från bl.a. USA och Japan, i stor utsträckning ansetts uteslutna från den patentskyddade sfären.⁴ Motviljan att erbjuda patent för datorprogram har dock på senare tid kommit att ifrågasättas från många håll. En rad datorprogram har i praxis således också beviljats patent av såväl PRV som EPO. Mycket tyder på att vi går in i en ny era avseende programvaruskyddet vilket kan komma att medföra viktiga förändringar i den immaterialrättsliga lagstiftningen. Icke desto mindre kvarstår det upphovsrättsliga skyddet som primärt rättsskydd för datorprogram.

1.2 Syfte, problemområden och avgränsningar

Syftet med föreliggande uppsats är att redogöra för det upphovsrättsliga skydd som datorprogram åtnjuter i Sverige. Relevanta frågeställningar som författaren härvid avser att analysera är bl.a.: Vad är ett datorprogram i teknisk och rättslig mening? Vad i datorprogrammet omfattas av skyddet? Vilka krav ställs för skyddsbarhet? Finns det några problem med att tillämpa URL på datorprogram?

¹ SOU 1985:51, s 85.

² Koktvedgaard/Levin, *Lärobok i Immaterialrätt*, s 80.

³ Liedes, Jukka, *EG, upphovsrätten och datorprogram, Programdirektivet – början till en allmän europeisk upphovsrättslig reglering*, NIR 199? s 470.

⁴ Lindberg/Westman, *Praktisk IT-rätt*, s 212 ff.

Då uppsatsen endast handlar om skyddet för datorprogram avser författaren inte att göra någon fullständig redogörelse för den upphovsrättsliga lagstiftningen.⁵ Endast de regler som är av särskilt intresse i samband med skyddet för datorprogram har således studerats. Härvid har tonvikten lagts på skyddsobjektet datorprogram, de ekonomiska och ideella rättigheterna samt de för datorprogrammen relevanta undantagen. För fullständighetens skull har även aktuella sanktioner tagits med.

1.3 Metod och material

I arbetet med denna uppsats har sedvanlig juridisk metod använts. Härvid har utgångspunkt tagits i upphovsrättslagens olika bestämmelser för att presentera och analysera gällande rätt.

Det material som har använts är främst aktuell svensk litteratur på området. Därutöver har också offentliga utredningar, propositioner samt relevant praxis utnyttjats.

1.4 Disposition

Framställningen inleds med en kort teknisk bakgrund i kapitel 2 där läsaren får en introduktion till datorernas och datorprogrammets uppbyggnad och funktion. Den tekniska introduktionen är till för att underlätta läsningen i de senare delarna samt öka förståelsen för det rättsliga skyddet för datorprogrammen. Därefter kommer datorprogramskyddet och upphovsrätten att beskådas ur ett historiskt och ett internationellt perspektiv. De internationella inslagen är av yttersta vikt för all immaterialrätt och inte minst för datorprogram som med lätthet sprids över hela världen. En översiktlig genomgång av upphovsrättslagens tillämpning på datorprogram kommer därefter att göras. Härvid kommer även vissa jämförelser att göras med föregångslandet USA. Uppsatsen avslutas med en analys samt författarens kommentarer.

⁵ För en fullständig genomgång av den svenska upphovsrättslagen se bl.a. Olsson, Henry, *Copyright, Svensk och internationell upphovsrätt*.

2 Teknisk introduktion

2.1 Inledning

Under de senaste decennierna har utvecklingen av datoriserade hjälpmedel som kan användas vid informationsbehandling varit närmast explosionsartad. Datorer och andra komponenter har blivit kraftfullare, flexiblare och framför allt billigare. Denna utveckling av datortekniken har på många sätt också kommit att påverka juridiken, inte minst det intellektuella rättsskyddet. För att bättre förstå de immaterialrättsliga problem som omgärdar datorprogrammen underlättar det att känna till något om den teknik varpå reglerna skall tillämpas. Grundläggande kunskap om datorer och IT är idag en förutsättning för att arbeta som jurist. För att därutöver kunna analysera och förstå juridiskt komplicerade IT-frågor, såsom upphovsrätt och patent på datorprogram, krävs en något djupare kunskap om den bakomliggande tekniken.

Detta kapitel syftar till att ge läsaren en ökad förståelse för hur datorn (maskinvaran) i grova drag fungerar samt vad ett datorprogram är och vilken funktion det har i en dator. Kapitlets yttersta syfte är emellertid att underlätta läsandet och öka förståelsen för de senare delarna av uppsatsen, där det upphovsrättsliga och patenträttsliga skyddet på datorprogram analyseras.

2.2 Datorns uppbyggnad och funktion

En dator kan kort beskrivas som en maskin vilken är avsedd för behandling av data. Redan för flera tusen år sedan skapades det första kända hjälpmedlet för beräkningar. Verkyget, vilket benämndes Abakus, var en föregångare till den senare utvecklade och välkända kulramen. Sedan dess har det upfunnits ett flertal olika instrument och maskiner för beräkningshjälp. Den första rent elektroniska databehandlaren var Electronic Numerical Intergrator and Computer (ENIAC). ENIAC skapades av vetenskapsmän vid University of Pennsylvania 1945 och är känd som den första elektroniska datorn. Med ENIAC påbörjades en ny tidsera som vi idag benämner ”dataåldern”. Den första generationens datorer var mycket stora och otympliga (ENIAC vägde ca 30 ton) och användes främst för beräkningar inom militären och andra myndigheter. På 1970-talet kom mikroprocessorn som möjliggjorde byggandet av mindre datorer och därmed banade vägen för persondatorn (Personal Computer eller PC:n).⁶

⁶ William S. Davis, *Computing fundamentals: Concepts*, s 7.

En modern dator kan sägas ha tre huvudfunktioner: bearbetning, lagring och kommunikation. Datorn styrs av ett eller flera datorprogram, som kan sägas bestå av instruktioner som datorn tolkar och utför.⁷

Datorns olika fysiska enheter kallas för maskinvara eller hårdvara (hardware). I alla datorer finns maskinvara i form av en eller flera *inmatningsenheter* (input). Vanliga exempel på inmatningsenheter är tangentbord och mus. Därutöver finns en eller flera *utmatningsenheter* (output). Bildskärm och skrivare är exempel på utmatningsenheter. Datorns ”hjärna”, d.v.s. den del av datorn som tolkar och utför ett dataprograms instruktioner är *processorn* (CPU – Central Processing Unit). CPU:n har tillgång till ett *primärminne* vilket används för tillfällig lagring av de instruktioner och data som CPU:n för tillfället använder. I primärminnet lagras dessutom de program som datorn behöver för att överhuvudtaget kunna fungera. Data och information kommuniceras direkt mellan processorn och primärminnet vilket gör att bearbetningen går snabbt.⁸ De flesta datorer har också tillgång till en eller flera yttre minnesenheter, *sekundärminne*, t.ex. hårddisk eller diskett. Det sekundära minnet utnyttjas för mer varaktig lagring av information. Information på sekundärminnen måste, till skillnad från information i primärminnet, först hämtas och läggas i primärminnet för att kunna bearbetas. Detta gör att bearbetningen av data lagrad i sekundärminnet blir relativt långsam.⁹

Databehandling i en dator går i korta drag till så att användaren matar in data (tecken) i datorn genom en inmatningsenhet (t.ex. tangentbordet). Data lagras då tillfälligt i datorns primärminne. Med hjälp av ett datorprogram som finns lagrat i primärminnet bearbetar processorn inmatad data. När bearbetningen är klar skickas resultatet (information) tillbaka till primärminnet. Resultatet överförs slutligen till utmatningsenheten (t.ex. en bildskärm) där användaren kan ta del av data i form av information.¹⁰

2.3 Datorprogram

För att en dator, d.v.s. maskinvaran, skall kunna prestera något krävs olika instruktioner som tolkar den information användaren matar in. Det är dessa instruktioner som kallas för *datorprogram*. Det som utmärker en modern dator är att maskinen styrs av datorprogram som lagras inne i maskinen (primärminnet) och att maskinen har förmåga att bearbeta sina program för att själv framställa nya eller modifierade programinstruktioner och sedan

⁷ SOU 1985:51, s 29.

⁸ Primärminnet, eller arbetsminnet, består egentligen av två typer av minne, ROM (Read Only Memory) och RAM (Random Access Memory). ROM är det minne som tillverkaren fyllt med ett innehåll som inte är avsett att ändras av användaren, t.ex. datorprogram för rutinkontroller vid start av maskinen. RAM är det minne som utnyttjas av användaren för att ”köra” ett program och som är skriv- och raderbart.

⁹ Seipel, Peter, *Juridik och IT, Introduktion till rättsinformatiken*, s 48f.

¹⁰ William S. Davis, *Computing fundamentals: Concepts*, s 9f.

utföra dessa. Det är bl.a. detta som skiljer en dator från en räknemaskin där alla instruktioner måste komma utifrån genom t.ex. knapptryckning.¹¹

Instruktioner och data i en dator uttrycks alltid som tal i det binära talsystemet. Det binära talsystemet består endast av ettor och nollor och är det enda ”språk” datorn anses förstå. Egentligen förstår inte datorn ettor och nollor heller utan dessa symboliserar endast de två naturliga tillstånd datorn kan anta: att en krets får ström (1) eller att kretsen är utan ström (0). En processor reagerar enligt detta ström-, icke-ström mönster och det är dessa mönster som lagras i datorns minne. All databehandling som skall utföras av datorn måste alltså ytterst brytas ned till ettor och nollor. Ett A nedbrutet i ett binärt tal blir 10100001, ett B blir 10100010 etc. Således måste alla datorprogram alltid ytterst översättas till det binära talsystemet.¹²

2.3.1 Algoritmer

Ett datorprogram utgörs, som nämnts ovan, av en serie instruktioner. Dessa instruktioner är i ett datorprogram uttryckta i form av s.k. *algoritmer*. En algoritm kan sägas vara en logisk beskrivning av de steg (operationer) som i detalj måste utföras för att man skall erhålla ett visst givet resultat. För att kvalificeras som en algoritm måste den bestå av ett ändligt antal operationer. En genomgång av dessa operationer i angiven ordning skall alltid ge samma resultat.

Utförandet av en algoritm kräver att den utförande, *exekutorn*, klarar av att genomföra de operationer som anges. Algoritmen måste därför anpassas efter exekutorns förmåga att utföra dem. Ett klassiskt och enkelt exempel på en algoritm är recept. Om du exakt följer alla steg i ett recept kommer du till slut alltid att erhålla samma slutprodukt.

2.3.2 Olika typer av programmeringsspråk

Som nämnts ovan är datorn en binär maskin som endast kan utföra (exekvera) instruktioner uttryckta i ettor och nollor. Alla datorprogram måste därför ytterst uttryckas i binär form (d.v.s. ettor och nollor). Denna programform, som är helt anpassad till datorn arbetsätt, benämns *objektprogram* eller *objektkod*. Då det är ytterst komplicerat att lära sig detta språk och tidskrävande att programmera en dator genom att göra kombinationer av ettor och nollor skrivs datorprogram idag i ett för människan mer lättbegripligt språk. Denna mer ”människovänliga” form benämns ofta som *källprogram* eller *källkod* och läggs så att säga ”ovanpå” objektprogrammet. Källkoden kan vara mer eller mindre lik det normala människospråket. Det talas härvid om att det finns olika nivåer på källprogrammen (inom programvaruindustrin talas det om olika

¹¹ William S. Davis, *Computing fundamentals: Concepts*, s 2 f.

¹² Enligt 8-bitars ASCII vilket idag är det mest använda idag. Ett tecken är en bit.

språkgenerationer). Ju närmare programspråket ligger människans normala sätt att uttrycka sig, desto högre nivå (eller senare generation) antas programmet ha, s.k. högnivåspråk. Exempel på olika högnivåspråk är C++ (3 generationens språk), Java (4:e generationens språk) etc.

För att en dator skall förstå ett högnivåspråk, källkoden, måste den översättas (*kompileras*) genom en kompilator till objektкод. En kompilator är alltså ett datorprogram som översätter källkod till objektкод. Varje högnivåspråk har sin egen kompilator. För att ett program i objektкод skall förstås av en människa måste denna omvänt *dekompileras* d.v.s. översättas till källkod. Detta sker då med hjälp av en dekompilator.

2.3.3 Olika typer av datorprogram

Det finns två huvudtyper av datorprogram, *systemprogram* och *applikationsprogram* (tillämpningsprogram).

Ett stort antal funktioner är gemensamma för nästan alla datorprogram. För att inte alla program skall behöva innehålla samtliga dessa mer eller mindre standardinstruktioner har de samlats i olika *systemprogram*. Systemprogrammen kan sedan utnyttjas av de mer specifika tillämpningsprogrammen. Den kanske viktigaste typen av datorns systemprogram är *operativsystemet* som styr datorns grundläggande funktioner, t.ex. igångsättande av ett program, flyttning mellan olika enheter i datorsystemet etc. Kända exempel på operativsystem är t.ex. OS/2 från IBM, MacOS från Apple, Windows från Microsoft m.fl. Andra viktiga kategorier av systemprogram är t.ex. *databashanterare* som sköter avancerad lagring och sökning av information i databaser och *kommunikationsprogram* som hanterar kommunikationen med terminaler och andra datorer.

Då systemprogrammen endast besitter de för datorn grundläggande instruktionerna krävs mer specifika program för att lösa specifika uppgifter. Dessa program kallas för *applikationsprogram* eller tillämpningsprogram. Microsoft Word är ett applikationsprogram för ordbehandling, Microsoft Excell ett applikationsprogram för kalkylering.

2.4 Gränssnitt

Ett viktigt begrepp att känna till i datorsammanhang är *gränssnitt* (interface). Med gränssnitt åsyftas den kontaktyta som ligger mellan två olika komponenter eller enheter för att dessa skall kunna förstå och kommunicera med varandra. En dator innehåller flera olika typer av gränssnitt. Det mest kända exemplet på gränssnitt är det s.k. *användargränssnittet*. Användargränssnittet utgör programmets "ansikte" mot användaren. Det är m.a.o. det sätt på vilket datorn möter människan,

d.v.s. den interaktion som sker mellan människa och dator.¹³ Det kan exempelvis vara olika menyuppställningar och bilder som presenteras på bildskärmen. Ett känt exempel på användargränssnitt är Windows, där användaren kommunicerar med datorn via olika lättförståeliga ikoner.

En annan typ av gränssnitt är det som finns mellan två olika datorer. För att olika datorer skall kunna kommunicera med varandra måste de ha samma gränssnitt, t.ex. förstå samma programspråk.

Sammanfattningsvis kan det sägas att gränssnittet utgör olika regler, former och kontaktytor i datorn som används i kommunikationen med andra datorer, enheter, i eller utanför datorn och med människor för att dessa skall förstå varandra.

Produkter som är anpassade att passa andras produkter sägs vara *kompatibla* i förhållande till den andra produkten. För att olika produkter skall kunna göras kompatibla och därmed kunna samverka krävs alltså kännedom om produkternas olika gränssnitt. Kunskap om andra produkters gränssnitt är därför mycket värdefull för den som vill konkurrera på datormarknaden.

¹³ Bender, Hanne, *Ophavsret til brugergrænseflader "Look and feel"*, NIR 1997 s 69.

3 Historiskt och internationellt perspektiv

3.1 Inledning

I detta kapitel skall framväxten av det rättsliga skyddet för datorprogram presenteras. Att datorprogram omfattas av det upphovsrättsliga skyddet har inte alltid varit självklart. Det dröjde länge innan uttryckliga lagregler skapades för att införa skyddet inom det rådande upphovsrättssystemet. Det har därför ansetts relevant att belysa de olika svårigheter som förelåg i samband med sökandet efter lämplig skyddsform. Vilka olika skyddsformer hade lagstiftaren att välja mellan? Varför valdes den ena skyddsformen framför den andra? Detta är frågor som skall besvaras i föreliggande kapitel.

Då valet av skyddsform i allra högsta mån påverkats av de internationella trenderna har det också ansetts nödvändigt att blicka ut och belysa hur utvecklingen sett ut internationellt. Av naturliga skäl är framför allt den EG-rättsliga utvecklingen högst relevant för svensk del. Då upphovsrätten valts som skyddsform för datorprogram har det också ansetts viktigt att känna till de internationella samarbeten som påverkar svensk rätt. Därför kommer en presentation av de för datorprogram mest relevanta överenskommelser att presenteras i föreliggande kapitel.

3.2 Skyddets framväxt i Sverige och internationellt

Tidigt aktualiserades ett behov av att skydda datorer och datorprogram på grund av deras stora ekonomiska betydelse. Vad gällde datorn, d.v.s. hårdvaran, föll det sig med hänsyn till dess rent tekniska karaktär naturligt att hänföra denna till det patenträttsliga skyddet. I diskussionen kring det immateriella skyddet för datorprogram var valet däremot inte lika självklart.¹⁴ Härvid kretsade diskussionen framför allt kring *patenträtt*, *upphovsrätt* eller en *särskild skyddsform* för datorprogram som lämpliga alternativ.¹⁵

Att naturligt hänföra datorprogram enbart till antingen patent eller upphovsrätt låter sig inte göras på grund av datorprogrammets ”*dubbla natur*”. Datorprogram kan uppfattas som uttryck för mänskligt andligt skapande för vilket det krävs en hög grad av kunskap, förmåga till logiskt

¹⁴ Silberman, Ola, *Upphovsrätt till datorprogram Sverige i ett internationellt perspektiv*, s 13.

¹⁵ Se bl.a. Prop. 1988/89:85 s 9.

tänkande och intuition för att på enklaste och effektivaste sätt nå fram till det bästa resultatet. Datorprogram utgör härvid anvisningar för problemlösning, vilka kan läsas och utnyttjas av människor och därmed underordnas det upphovsrättsliga skyddet. Å andra sidan utgör datorprogrammen tekniska styr signaler åt databehandlande maskiner att prestera på visst givet sätt. Ur denna synvinkel är datorprogrammen ren teknisk materia, vitt skilt från de traditionellt andligt skapade verken och därmed lämpad för det patenträttsliga skyddet. Datorprogram är således ett gränfenomen mellan teknisk och intellektuell materia som inte har någon direkt motsvarighet bland de traditionella immaterialrättsliga rättsobjekten.¹⁶

Trots datorprogrammets tekniska karaktär övergavs tidigt tanken på ett patenträttsligt skydd. Den negativa inställningen till att erbjuda datorprogram patent infann sig först i USA. Den främsta anledningen till den negativa inställningen i USA var överbelastning på det amerikanska patentverket. Det amerikanska patentverket hade varken tid eller resurser att ägna sig åt den besvärliga bedömningen som en prövning av datorprogram skulle innebära.¹⁷

Motviljan att erbjuda *patentskydd* för datorprogram spred sig till Europa. Ett exempel på detta är den europeiska patentkonventionen (EPC) från 1973, till vilken Sverige är ansluten. I konventionen togs möjligheten att patenträttsligt skydda datorprogrammen uttryckligen bort. Ett skäl till detta angavs vara att patenträttens strikta nyhetskrav i förening med kravet på uppfinningshöjd bedömdes som olämpligt. Datorprogram är sällan ”nya” i patentlagens mening. Dessutom angavs samma skäl som det amerikanska patentverket haft som huvudargument mot patent, nämligen att en granskning i samband med registreringsförfarandet skulle bli utomordentligt svår och tidskrävande. Som en naturlig följd av att Sverige är bundet till EPC utesluter även den svenska patentlagstiftningen datorprogram från patentbarhet. I 1 § andra stycket 3 Patentlagen (PL) stadgas uttryckligen att ”såsom uppfinning anses aldrig vad som utgör enbart... en plan, regel eller metod för intellektuell verksamhet, för spel eller för affärsverksamhet eller ett datorprogram”.¹⁸

Diskussionen kring att skapa ett *särskilt skydd för datorprogram* analyserades ingående i det internationella arbetet inom framförallt WIPO och UNESCO (mer om dessa nedan). Alternativet förkastades dock av dem vid ett expertmöte 1983. Den främsta motiveringen var att flera länder redan skyddade datorprogram enligt gällande upphovsrättslagstiftning. Införandet av en särskild skyddsform för datorprogram ansågs kunna skapa förvirring och konflikt i förhållande till det gällande skyddet. För svenskt vidkommande har det ansetts viktigt att inte gå sin egen väg i denna ekonomiskt viktiga fråga. Enligt lagstiftaren har det ansetts självklart att

¹⁶ Seipel, Peter, *Rättsskydd av datorprogram*, s. 2 ff.

¹⁷ Randes, Thomas, *Patentering av datorprogram*, s 13.

¹⁸ Prop. 1988/89:85 s 9 f samt Olsson, 40.

Sverige inte skall gå sin egen väg utan anpassa sig till framför allt de andra i-länderna. Således förkastades även i Sverige alternativet med ett särskilt skydd för datorprogram.¹⁹

Numera råder det ingen tvekan om att datorprogram i de flesta länder skall omfattas av *upphovsrätten*. Detta var också den dominerande uppfattningen bland dem som först efterlyste ett skydd för datorprogram. Redan så tidigt som 1961 började datorprogram registreras vid *Register of Copyrights* i USA. Detta anses vara startskottet för den internationella upphovsrättsliga utvecklingen.²⁰ De flesta länder har idag också uttryckligen inbegripit datorprogram i sin upphovsrättslagstiftning, såsom t.ex. USA, Japan, Australien, Kanada, Folkrepubliken Kina, de europeiska länderna m.fl. En viktig anledning till att just detta skydd valdes var att datorprogrammen då kom att omfattas av de omfattande konventioner som finns på upphovsrättens område.²¹

Även i Norden var den allmänna uppfattningen tidigt att datorprogram kunde åtnjuta upphovsrättsligt skydd.²² Däremot saknades länge direkt lagstiftning för det upphovsrättsliga skyddet av datorprogram. För svensk del antogs upphovsrättslagen redan 1980 vara tillämplig på datorprogram. Detta fastlogs bl.a. av Hovrätten för Västra Sverige i en dom den 19 december 1987 (DB 159). Under första hälften av 1980-talet pågick ett svensk utredningsarbete för att klargöra rättsläget beträffande det immateriella skyddet för datorprogram. Härvid diskuterades framför allt behovet av att införa uttryckliga lagregler för att fastställa skyddet för datorprogram. I 1988 års proposition om ändring av URL föreslogs att datorprogram uttryckligen skulle inkluderas i den exemplifierande uppräknningen i lagens 1 §. Genom en lagändring²³ infördes datorprogram i katalogen över upphovsrättsligt skyddade alster.²⁴ Därmed var all tvekan undanröjd vad gällde möjligheten att upphovsrättsligt skydda datorprogram. Upphovsrättens tillämpning på datorprogram har ytterligare förankrats i samband med EU-direktivet om rättsligt skydd för datorprogram (91/250/EEG) vilken ålägger samtliga medlemsstater att föra in datorprogram i sin upphovsrättslagstiftning (mer om den EG-rättsliga regleringen nedan).

Trots att upphovsrättssystemet valts att tillämpa på datorprogram är skyddet inte idealiskt i alla avseenden. Skyddet är exempelvis i flera avseenden otillräckligt och svårt att tillämpa på datorprogram. Som exempel kan nämnas att upphovsrätten endast omfattar den form i vilken uphovsmannen valt att uttrycka sin idé. Idén som sådana skyddas däremot inte. Då det många gånger är själva idén som är värdefull och därför skyddsvärd i ett

¹⁹ Prop. 1988/89:85 s 7 ff.

²⁰ Randes, s 12 f.

²¹ Olsson, s 39 ff.

²² Karnell, NIR 1984, s 147.

²³ SFS 1989:396, ändringsförfattning.

²⁴ Prop. 1988/89:85 s 27.

datorprogram kan upphovsrätten vara tämligen tandlöst för rättighetsinnehavaren. Då det dessutom kan vara tämligen svårt att skilja mellan vad som är idé och vad som är form i ett datorprogram kan det ifrågasättas om upphovsrätten i alla lägen är den lämpligaste formen för datorprogram.

I samband med att datorprogram fördes in som en typ av upphovsrättsligt skyddade verk var det nödvändigt att införa särskilda bestämmelser som enbart gäller för denna typ av verk. Exempel på situationer där speciella regler införts är kopiering för enskilt bruk, vissa andra typer av kopiering, uthyrning och utlåning av exemplar till allmänheten samt rättigheten till datorprogram skapade i anställningsförhållanden. Dessa frågor berörs närmare nedan i kapitel 4 där upphovsrättens tillämpning på datorprogram behandlas.

3.3 Internationellt samarbete inom upphovsrätten

Immaterialrätten är ett rättsområde där det internationella samarbetet i många avseende är väl utvecklat. Det är därför viktigt att känna till de olika internationella rättsakter som styr detta rättsområde. Det brukar sägas att information inte känner några geografiska gränser. Dagens moderna teknik gör det möjligt att överföra och sprida information med en häpnadsväckande snabbhet och omfattning världen över. Denna utveckling mot en internationalisering av informationsutbudet har i större utsträckning än förr gjort att de immateriella rättigheterna får betydelse långt utanför hemlandet. Detta gäller inte minst datorprogram, som med lätthet sprids via olika typer av nätverk såsom t.ex. Internet.

Tidigt uppmärksammades betydelsen av att upphovsrätten även täcker förfogande utanför det egna landet. Av denna anledning finns det flera internationella överenskommelser som syftar till att ge upphovsmännen skydd för sina verk oberoende av nationalitetsgränser. Merparten av världens stater är också anslutna till någon av dessa överenskommelser. Då Sverige är bunden till flertalet av överenskommelserna är det särskilt viktigt att vid studiet av svensk upphovsrätt känna till dessa. I detta avsnitt kommer därför de för datorprogrammen relevanta överenskommelserna att kort presenteras.²⁵

Bernkonventionen (BK) från 1886 är den första och förmodligen viktigaste internationella konventionen angående upphovsrätt. Den har ca 135 anslutna länder och administreras av FN-organet WIPO (World Intellectual Property Organization) med säte i Genève. Sverige tillträdde Bernkonventionen 1904. Avsikten med konventionen var att skapa ett *internationellt skydd* för

²⁵ Olsson, s 274. I internationella upphovsrättsförordningen (1994:193) anges vilka länder som har tillträtt de olika konventionerna.

litterära, musikaliska och konstnärliga verk. Två viktiga huvudprinciper återfinns i konventionen för detta ändamål. Den första gäller *principen om nationell behandling*.²⁶ Detta innebär att verk med anknytning till en stat ansluten till konventionen skall uppnå rättsskydd också i övriga medlemsländer på samma villkor som inhemska verk. Med *anknytning* menas att upphovsmannen är medborgare i, eller har sin vanliga vistelseort i konventionslandet. Även verk av upphovsmän som inte har anknytning till något unionsland men vars verk senast samtidigt publicerats här och i annat land först avses.²⁷ Därmed skyddas svenska verk i alla de länder som har tillträtt konventionen. Likaså skyddas i Sverige verk som på något av de ovan nämnda sätten har anknytning till ett konventionsland.

Det är lagen i det land där skyddet åberopas som bestämmer skyddets närmare innebörd.²⁸ Skyddet får emellertid aldrig understiga vissa *minimirättigheter* som är särskilt föreskrivna i konventionen.²⁹

Den andra huvudprincipen är *förbudet mot formalitetskrav*. Upphovsrätten skall respekteras formlöst i alla konventionsstater.³⁰ Detta innebär att det inte får ställas krav på registrering eller annan typ av formkrav för att skyddet skall kunna åberopas av upphovsmannen.³¹

Världskonventionen (VK) om upphovsrätt tillkom 1952 och är den andra viktiga konventionen på upphovsrättsområdet. Den omfattar ca 100 länder och administreras av UNESCO i Paris. Konventionen upprättades med anledning av USA:s obenägenhet att avskaffa sitt formskydd. Därmed kunde de inte tillträda BK som har ett förbud mot formalitetskrav. Enligt VK är däremot formkrav tillåtna som förutsättning för skydd. Detta skall anses uppfyllda under förutsättning att verket märkts med den internationella copyrightsymbolen ©, eller ordet Copyright, följt av rättighetsinnehavarens namn och året för publicering.³² Har formföreskrifterna i någon del förbisetts i de länder som uppställer formkrav innebär det en total rättsförlust.³³ Världskonventionen har också lägre krav på det skydd som staterna är skyldiga att ge. I övrigt är huvudprinciperna i de båda konventionerna tämligen lika (se ovan vid BK).³⁴

Ett land kan ha tillträtt båda konventionerna, vilket gäller för Sveriges del. Mellan länder som har tillträtt båda konventionerna gäller endast BK. VK gäller mellan två länder som båda tillträtt VK men inte BK samt mellan ett land som både har tillträtt BK och VK.³⁵

²⁶ Art 5 BK.

²⁷ Art 3 BK.

²⁸ Art 5 p 3 BK.

²⁹ Art 5 p 1 BK.

³⁰ Art 5 p 2 BK.

³¹ Levin/Koktvedgaard, s 36 ff. och 49 f.

³² Art III VK.

³³ Levin/Koktvedgaard, s 40 f.

³⁴ Olsson, s 278 f.

³⁵ Randes, s 9.

WIPO Copyright Treaty (WCT) upprättades 1996 vid en diplomatkonferens i Genève. Fördraget, som är ett komplement till BK, syftar till att anpassa det upphovsrättsliga skyddet i BK till den nya informationsteknologin. Fördraget var en stor politisk framgång och kan få stor betydelse för den internationella rättsutvecklingen för datorprogram. WCT är det fördrag som internationellt kopplar samman datorprogram med BK. Härvid konstateras att datorprogram skall åtnjuta skydd som litterära verk i enlighet med artikel 2 i BK.³⁶ Vidare finns regler om spridningsrätt och uthyrningsrätt för datorprogram.³⁷ Ett viktigt stadgande är att bestämmelsen om upphovsmannens ensamrätt till tillgängliggörande för allmänheten av sitt verk även skall gälla tillgängliggörande via nätverk.³⁸

WCT träder ikraft tre månader efter det ratificerats av 30 stater.³⁹ I juli 2001 hade 27 länder ratificerat fördraget.⁴⁰ Troligen kommer fördraget därför inom snar framtid att träda i kraft. Sverige har skrivit under avtalet men ännu inte ratificerat det. Avsikten är att samtliga EU:s medlemsstater skall ratificera fördraget på samma gång.⁴¹

TRIPS-avtalet (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) är ett avtal inom WTO (World Trade Organisation), vilket berör såväl upphovsrätt som patenträtt. Avtalet tillkom som en följd av att samarbetet inom WIPO försämrats. Av olika anledningar var det svårt att genomföra större och viktiga reformer i WIPO:s regi. Därför lyftes en del handelsrelaterade frågor bort från WIPO för att istället förhandlas inom ramen för GATT (general Agreement on Tariffs and Trade). Det var dessa förhandlingar som 1993 ledde fram till TRIPS-avtalet, vilket trädde ikraft 1995. Samtidigt omvandlades GATT till WTO. Avtalet innehåller dels regler om en miniminivå för det immaterialrättsliga skyddet, dels regler för hur detta skydd bör utformas. I avtalet anges riktlinjer för hur administrativa och civilrättsliga åtgärder skall utformas. De svenska lagarna uppfyllde de krav som ställdes upp i TRIPS-avtalet utan att några ändringar behövde göras.

3.4 EU och skyddet för datorprogram

Inom EU har skyddet för de immateriella rättigheterna ägnats avsevärt intresse på grund av dess stora betydelse för den gemensamma ekonomin och handelspolitiken. Trots detta saknas uttryckliga immaterialrättsliga bestämmelser i EG-fördraget (Romfördraget). Visserligen anges det att medlemsländerna är oförhindrade att skydda industriell och kommersiell

³⁶ Art. 4 WCT.

³⁷ Art. 6 och 7 WCT.

³⁸ Art. 8 WCT.

³⁹ Art. 20 WCT.

⁴⁰ <http://www.wipo.int/treaties/docs/english/u-page31.doc>.

⁴¹ Gemenskapens förberedande rättsakter nr 599PC0250 punkt 11.

äganderätt så länge det inte utgör ett medel för godtycklig diskriminering.⁴² Härmed innefattas också de immateriella rättigheterna. Denna bestämmelse ansågs emellertid inte vara tillräcklig på det viktiga immaterialrättsliga området. Även normala, icke-diskriminerande förfaranden av nationell immaterialrätt kan leda till begränsningar i den fria rörelsen av varor och tjänster mellan medlemsländerna, vilket är EG:s huvudföremål.⁴³ Flera direktiv har därför utarbetats och antagits av Ministerrådet på detta område. Syftet med regleringen är framför allt att göra det lättare att få skydd på den gemensamma marknaden och att harmonisera skyddet mellan de olika medlemsländerna.⁴⁴

Grunddokumentet till harmoniseringsarbetet för datorprogram är EG:s Grönbok från 1988.⁴⁵ I överensstämmelse med den allmänna uppfattningen i medlemsländerna fastställde Kommissionen i denna grönbok att rättsskydd av datorprogram huvudsakligen skulle ges genom upphovsrätt. I Grönboken lade kommissionen också fram sina synpunkter på en eventuell harmonisering av upphovsrätten för att skapa ett gemensamt regelverk. Kommissionen föreslog i utredningen att skyddet för datorprogram skulle regleras genom direktiv vilket skulle binda regeringarna i medlemsstaterna. Detta skedde också 1991, då rådets direktiv **91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram** (i det följande benämnt *datorprogramdirektivet*) antogs av parlamentet.⁴⁶

Motiveringen till direktivförslaget var de rådande olikheterna i medlemsstaternas skyddsnivå beträffande datorprogram samt rädslan för uppkomsten av nya i takt med ökad lagstiftning. Denna olikhet ansågs kunna få negativa konsekvenser inte bara för den gemensamma marknaden genom att upprätthålla eller skapa handelshinder för datorprogram, utan också för nybildandet av programvaruföretag i gemenskapen. Detta skulle kunna resultera i en snedvriden konkurrens för datorprogram inom EU.⁴⁷

Datorprogramdirektivet utgör fortfarande det huvudsakliga instrumentet vad gäller immaterialrättsligt skydd för datorprogram inom EU. Direktivet har gett upphov till flera förändringar i den svenska upphovsrättslagen, vilka kommer att behandlas i nästa kapitel.

⁴² Art. 30 Amsterdamfördraget.

⁴³ Levin/Koktvedgaard, s 44.

⁴⁴ Liedes, s 471 f.

⁴⁵ Kom(88) 172 final ”Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology”.

⁴⁶ Olson, 288 ff.

⁴⁷ Preameln till datorprogramdirektivet.

4 Det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram

4.1 Inledning

Upphovsrätten är ursprungligen avsedd att skydda andligt skapade alster, d.v.s. alster tillkomna genom en självständig intellektuell prestation. Klassiska exempel på sådana alster är skönlitteratur, film, musikaliska kompositioner och konstverk. Då den i dag gällande URL infördes i slutet av 50-talet var det framför allt denna typ av verk, skapade av författare, tonsättare och konstnärer som lagstiftaren avsåg att skydda.⁴⁸ Att också se datorprogram som ett resultat av andligt skapande kan tyckas förvånande. Datorprogram anses säkert av många besitta en mer teknisk karaktär och stå ganska långt från de ursprungligen avsedda verken. Trots detta ansågs datorprogram i ett tidigt skede (se mer om skyddets framväxt i avsnitt 3.2) bäst höra hemma inom upphovsrättens sfären.⁴⁹ Att datorprogram omfattas av URL framgår numera också uttryckligen i lagens exemplifierande uppräknings.⁵⁰

Det upphovsrättsliga skyddet kan i stort sägas bestå av två element. För det första innebär skyddet att den som skapat ett verk har ensamrätt att utnyttja detta ekonomiskt, upphovsrättens *ekonomiska* sida. För det andra har upphovsmannen vissa ideella rättigheter såsom t.ex. att bli namngiven i samband med att verket utnyttjas samt att motsätta sig kränkande ändringar av verket, upphovsrättens *ideella* sida.⁵¹

Syftet med detta kapitel, vilket utgör uppsatsens huvudavsnitt, är att presentera det upphovsrättsliga skyddets tillämpning på datorprogram. De frågeställningar som författaren avser att besvara i föreliggande kapitel är bl.a.: Vad är ett datorprogram i upphovsrättslig mening? Vem erhåller skyddet? Hur uppkommer skyddet? Vilka krav ställs för att verket datorprogram skall erhålla skydd enligt den svenska upphovsrättslagen? Hur omfattande är skyddet för datorprogram och vad är det egentligen i programmet som skyddas?

⁴⁸ SOU 1956:25, s 61.

⁴⁹ Se t.ex. dom från Hovrätten för Västra Sverige från den 19 december 1987 (DB 159).

⁵⁰ 1 § 1st 2p URL samt Olsson, s 40.

⁵¹ SOU 1956:25, s 61.

4.2 Skyddets uppkomst och varaktighet

Upphovsrätten är i Sverige, till skillnad från t.ex. patenträtten, formlös. Detta innebär att skyddet automatiskt uppstår då ett verk skapas (se nedan om det omdiskuterade kravet på verkshöjd i samband med datorprogram). Något krav på registrering, markering, deponering etc. finns därmed inte i Sverige. I samma stund som ett alster kvalificeras som ett verk omfattas det av upphovsrättslagens skydd. Detta formlösa förfarande är en anpassning till Bernkonventionen (BK), som uppställer ett förbud mot formalitetskrav.⁵² Annorlunda är det enligt Världskonventionen (VK) som tillåter fördragsslutande länder att uppställa formkrav som betingelse för skydd. Detta krav anses dock uppfyllt då under förutsättning att verket märkts med den internationella copyrightsymbolen ©, eller ordet Copyright följt av rättighetsinnehavarens namn och året för första publicering.⁵³ Konventionen gäller dock inte mellan de länder som också tillträtt BK.⁵⁴

Det upphovsrättsliga skyddet består enligt huvudregeln intill utgången av det sjuttionde året efter upphovsmannens död.⁵⁵ För verk med flera upphovsmän (se vidare nedan om upphovsmannaskapet) beräknas skyddstiden från den sist avlidne upphovsmannens dödsår. Den långa skyddstiden är en anpassning till EG:s skyddstidsdirektiv⁵⁶, vilket införlivades i Sverige 1996.⁵⁷ Tidigare gällde i Sverige femtio år som skyddstid. Femtio år är också den minimiskyddstid som uppställs i BK.⁵⁸

Förlängningen av skyddstiden från femtio till sjuttio år gäller retroaktivt och skall tillämpas på alla verk. För de verk som hade passerat femtio men inte sjuttioårsgränsen vid tidpunkten för den nya regelns införande, återupplivades således skyddet igen.⁵⁹ Skyddstidsdirektivet gäller dock inte för datorprogram.⁶⁰ Istället regleras skyddstiden för datorprogram i datorprogramdirektivet som föreskriver en minimiskyddstid om endast 50 år efter upphovsmannens död.⁶¹ Trots detta gäller i Sverige samma skyddstid för datorprogram som för övriga typer av verk, d.v.s. sjuttio år efter upphovsmannens/männens död. Sjuttio år kan tyckas vara en onödigt lång skyddstid för datorprogram. Det upphovsrättsliga skyddets varaktighet bestäms framförallt efter hur lång tid verket anses vara aktuellt.⁶² Då den kommersiella livslängden för datorprogram är tämligen begränsad torde en kortare skyddstid vara motiverad. Det skydd som datorprogram erhåller

⁵² Jfr art. 5.2 Bernkonventionen.

⁵³ Art III VK.

⁵⁴ Levin/Koktvedgaard, s 41 f. och 58 f.

⁵⁵ 43 § URL.

⁵⁶ Dir. 93/98/EEG om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter.

⁵⁷ Genom lag (SFS 1995:1273).

⁵⁸ Art 7 BK.

⁵⁹ Olsson, s 207.

⁶⁰ Se dir. 93/98/EEG, preambel, premiss 15

⁶¹ Dir. 91/250/EEG art. 8.

⁶² Se t.ex. SOU 1956:25, s 342 ff.

genom upphovsrätten kan t.ex. jämföras med skyddstiden för patent, vilken endast är tjugo år från det att patentet söks.⁶³

Då datorprogram i stor utsträckning utvecklas genom uppgraderingar och andra ändringar, ofta utförda av ett stort antal olika personer, kan det vara svårt att fastställa den exakta skyddstiden. Från detta perspektiv kan det anses mindre ändamålsenligt att bestämma skyddstiden utifrån upphovsmannens/männens död. Det vore kanske bättre att införa en särskild tidsbestämmelse för datorprogram, åtminstone för de program som skapas inom näringslivet. Rättigheterna går nämligen i dessa fall omedelbart över på arbetsgivaren (se nedan). Ett alternativ vore att beräkna skyddstiden från det att verket skapas. Svårigheten med detta är, som nämnts ovan, att programmen ständigt utvecklas genom uppgraderingar etc. Det kan då uppstå nya problem var gränsen skall dras huruvida det är samma verk eller ett nytt verk.

Reglerna i URL är, enligt 60 §, tillämpliga i första hand på *svenska verk*. Som svenskt verk räknas verk skapade av svensk medborgare eller någon som har sin stadigvarande vistelseort i Sverige och verk som har getts ut i Sverige oberoende av om de har svenskar som upphovsmän eller inte. Med svensk utgivning likställs utgivning som har skett utomlands om verket därefter inom 30 dagar ges ut i Sverige.⁶⁴

Utländska verk skyddas inte direkt av URL utan tillförsäkras skydd genom de internationella överenskommelser som Sverige ingått (se kap. 3). Detta framgår av reglerna i den internationella upphovsrättsförordningen. Härvid gäller principen om likabehandling. Principen innebär att verk från andra länder skall ges samma skydd som inhemska verk. Huvudregeln blir således att den i Sverige stadgade skyddstiden på sjuttio år även gäller för utländska verk. Om ett utländskt verk åtnjuter längre skydd i hemlandet respekteras inte detta i Sverige. Annorlunda är det om den skyddstid som erbjuds i hemlandet är kortare än den svenska. Har skyddstiden enligt hemlandets lag löpt ut kan verket inte heller erhålla skydd i Sverige.⁶⁵

4.3 Skyddsobjektet – Datorprogram som

⁶³ 40 § PL.

⁶⁴ Lindberg/Westman, s 181.

⁶⁵ Se 1 § Internationell upphovsrättsförordning (1994:193).

upphovsrättsligt verk

Enligt 1 § 1 st URL tillkommer upphovsrätt *litterära* och *konstnärliga verk* som skapats genom andlig verksamhet och besitter visst mått av *självständighet*.⁶⁶ Även sammanställningar, översättningar och bearbetningar kan enligt 4 och 5 §§ URL erhålla upphovsrättsligt skydd om de uppfyller kravet på originalitet.

Klassificeringen av ett verk som litterärt eller konstnärligt har stor betydelse vid lagens tillämpning då upphovsmannens rättigheter har gjorts beroende av verkstypen. Inte minst gäller detta URL:s andra kapitlet där viktiga inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt återfinns. Vilka undantag som härvid blir aktuella beror på verkets karaktär som litterärt eller konstnärligt. Delvis olika regler i URL gäller således för olika typer av verk.⁶⁷

Uttrycket ”*litterärt eller konstnärligt verk*” i URL är strikt juridiskt, skilt från det estetiska begreppet, och skall enligt motiven ges en vid tolkning. Något krav på estetisk kvalitet eller syfte föreligger inte. Även dåliga eller moraliskt förkastliga och avskyvärda verk kan erhålla upphovsrätt så länge de ger uttryck åt skaparens självständiga intellektuella prestation.⁶⁸

Med *konstnärliga* verk avses estetiska verk som skapats med konstnärlig ambition för att nå en konstnärlig verkan, tex. bild, färg, rörelse eller toner. Med *litterära* verk avses främst språkverk såsom skönlitterära verk, men även mer ”praktiska” verk som avser att förmedla information i en eller annan form omfattas.⁶⁹

Vilken kategori datorprogram skall hänföras till framgår inte direkt av den svenska URL. Tidigt ansågs datorprogram bäst klassificeras som ett beskrivande verk av vetenskaplig art.⁷⁰ Det står också numera helt klart att datorprogram skall hänföras till kategorin *litterära verk*. Detta framgår bl.a. uttryckligen av EG-direktivet om rättsskydd för datorprogram.⁷¹ Då direktivet är bindande för svensk del är det därmed inte heller möjligt att enligt svensk upphovsrätt skydda datorprogram enligt någon annan typ av närliggande verk såsom t.ex. brukskonst.

Någon *definition* av vad som skall anses utgöra ett datorprogram återfinns inte i URL. Utelämnandet av en sådan legaldefinition är medveten och motiveras med den snabba utvecklingen på området. WIPO försökte 1978 i samband med sina modellbestämmelser för programvaruskydd skapa en definition av datorprogram. När regeringens expertgrupp träffades 1983 uppfattades denna definition som redan föråldrad. En legaldefinition ansågs

⁶⁶ 1 § URL samt SOU 1956:25, s 64 ff.

⁶⁷ Kocktvedgaard/Levin, s 61

⁶⁸ SOU 1956:25, s 65 samt Kocktvedgaard/Levin, s 60 ff.

⁶⁹ SOU 1956:25, s 65 och SOU 1985:51, s 88.

⁷⁰ Kocktvedgaard, NIR 1968 s 144 f. samt Seipel, NIR 1973 s 145.

⁷¹ Art. 1, Rådets dir. 91/250/EEG. Se också SOU 1985:51, s 89.

därför löpa stor risk att snabbt bli obsolet och valet blev därför att inte införa någon i URL. Istället lades det på rättstillämparen att med hänsyn till aktuell teknik avgöra vad som är att anses som ett datorprogram.

I motiven återges dock en definition som skall tjäna som vägledare vid denna bedömning. Lagstiftaren valde en (utav sex lämpliga definitioner framtagna av regeringens experter) definition som bäst ansågs täcka de eventuella behov som kan uppstå i samband med lagens tillämpning. Härvid angavs att

”...som ett datorprogramverk 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.”⁷²

Problemet att skilja på vad som skall räknas som datorprogram och vad som skall räknas som annan typ av upphovsrättsliga verk har uppmärksammats i doktrinen. Gränsdragningsproblem kan t.ex. förekomma när det gäller de olika typer av filer som medföljer en programprodukt och som via huvudprogrammet fungerar som instruktioner till datorn. Som utgångspunkt anses härvid att element som direkt kommunicerar med användaren inte utgöra datorprogram. Istället uppfattas dessa element som allmänna digitala verk. Exempelvis är musikfiler (t.ex. mp3-filer) och filmfiler inte att betrakta som datorprogram. Element som däremot primärt har en operationell funktion och som kommunicerar med maskinen skall räknas som datorprogram.⁷³

Även webbsidor skapade i HTML-kod kan vara svåra att klassificera. HTML-kod har i vissa fall stora likheter med vanliga ordbehandlingsfiler vars enda uppgift är att generera layout. Detta talar då mot att se sådana webbsidor som datorprogram. Det som emellertid gör HTML-kod svårbedömd är att den också ger instruktioner till datorns webbläsare. Till skillnad från traditionella datorprogram behöver koden dock inte tolkas eller kompileras med hjälp av interpretator eller kompilator för att fungera. Detta sker istället direkt av webbläsaren. Något som också skiljer HTML-kod mot traditionella datorprogram är att de i många fall saknar villkorsstyrning, d.v.s. stöd för input. Lindberg/Westman menar att denna typ av kod inte bör ses som ett datorprogram i upphovsrättslagens mening.⁷⁴ Min mening är dock att denna typ av webbsidor i vissa fall bör kunna utgöra datorprogram. Vid en jämförelse med uttalandet i förarbetena är det inget som talar emot att klassificera HTML-kod som datorprogram. Istället bör en bedömning göras utifrån webbsidans speciella egenskaper i det enskilda fallet. Vissa HTML-sidor är mer lika traditionella

⁷² SOU 1985:51, s 86 f.

⁷³ Bender, Hanne, *EDB-rettigheter*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Randers 1998, s 65 ff.

⁷⁴ Lindberg/Westman, s 158 f.

datorprogram med bl.a. stöd för input. Jag menar därför att också dessa program bör behandlas som datorprogram. Andra HTML-sidor, vilka mer påminner om vanliga textfiler, bör emellertid inte ses som datorprogram då de över huvudtaget inte ger några instruktioner till datorn (jämför definitionen ovan). Sådana hemsidor bör istället skyddas som vanliga litterära eller konstnärliga verk.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det i vissa fall kan uppstå problem att avgöra om en vis typ av kod skall anses utgöra datorprogram och därmed omfattas av de särskilda bestämmelser som gäller för dessa. Någon uttrycklig definition finns inte att tillgå i lagen. Däremot finns en vägledande definition som i det enskilda fallet kan hjälpa lagstiftaren att avgöra om den aktuella koden skall hänföras till datorprogramsfären eller ej. Denna lösning leder till en ökad flexibilitet men också större osäkerhet för den enskilde. Valet att utelämna en definition i lagen verkar dock motiverad då utvecklingen på detta område går i sådan takt att en given definition med stor säkerhet skulle bli svår att i alla lägen efterfölja.

4.3.1 Datorprogrammets skyddselement

Att datorprogram som sådana uttryckligen omfattas av URL har framgått ovan. Det är däremot inte helt klart vad det är i datorprogrammet som skyddas, d.v.s. vilka element i programmet som omfattas av det upphovsrättsliga skyddet.

Upphovsrätten har traditionellt ansetts vara ett s.k. *formskydd*. Detta innebär att skydd endast kan erhållas för verket i dess *konkreta utformning*. Däremot anses normalt inte verkets innersta kärna, dess motiv, ämne eller idé omfattas av skyddet. Detta kan åskådliggöras med ett enkelt exempel. Idén att skriva en tecknad serie om människor som kan flyga är inte upphovsrättsligt skyddad. Däremot är den särpräglade utformningen av t.ex. Stålmannens gestalt skyddad som upphovsrättsligt verk. Serien om Stålmannen får alltså inte eftergöras utan tillstånd från dess rättighetsinnehavare. Att skyddet endast omfattar den konkreta utformningen kan sägas framgå av 4 § 2 st URL. I denna paragraf sägs nämligen att ett verk som skapats i "*fri anslutning*" till ett annat verk åtnjuter skydd såsom självständigt verk.⁷⁵

Upphovsrätten omfattar alltså endast det sätt varpå upphovsmannen valt att uttrycka och presentera sin idé i ett verk. Tillämpat på datorprogram leder detta till att de idéer, formler eller algoritmer (i rent matematisk bemärkelse) kring vilka ett datorprogram är uppbyggt därför inte anses åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Beslutsfunktioner och programspråkets idéer och principer anses inte heller ingå i skyddsobjektet.⁷⁶

⁷⁵ Olsson, s 67.

⁷⁶ Kocktvedgaard/Levin, s 145 och Eklöf, Dan, *Mjukvara, marknader och missbruk*, NIR 1999 s 157.

Det står således envar fritt att utnyttja dessa element för att skapa egna program. Upphovsrätten avser endast datorprogrammets konkreta uttrycksform, d.v.s. det individuella sätt på vilket upphovsmannen valt att sätta samman algoritmerna till ett datorprogram. Det är av denna anledning som det kan finnas flera program på marknaden med i princip samma huvudfunktioner men med något annorlunda utformning.⁷⁷

Att dra gräns mellan programmets konkreta utformning och de bakomliggande idéerna är emellertid inte helt lätt beträffande datorprogram.⁷⁸ Viss vägledning kan härvid hämtas ur kommissionens ursprungliga förslag till datorprogramsdirektivet:

”If similarities in the code which implements the ideas, rules or principles occur as between interoperative programs, due to the inevitability of certain forms of expression, where the constraints of the interface are such that in the circumstances no different implementation is possible, then no copyright infringement will normally occur, because in these circumstances it is generally said that idea and expression have merged.”⁷⁹

Metoden härstammar från amerikansk upphovsrätt där den benämns *the merger doctrine*.⁸⁰ Förenklat innebär denna att om den konkreta utformningen av ett program är *det enda sättet* att uttrycka en idé, en princip eller en struktur, så är utformningen som sådan *inte* skyddad enligt upphovsrätten. I dessa fall kan nämligen den bakomliggande idén och det konkreta uttryckssättet sägas ha sammanfallit. Skyddsmöjlighet enligt upphovsrätten skulle då inte anses föreligga.

Vid en intrångsbedömning skulle den misstänkte intrångsgöraren enligt denna metod gå fri om han visar att det inte finns någon alternativ möjlighet att uttrycka idén. Vore det inte på detta vis, skulle upphovsrätten i dessa fall utgöra ett rent idéskydd och inte ett formskydd.

Huruvida denna grundsats till följd av direktivet gäller inom EU får dock anses osäkert, då kommissionens ursprungliga förslag inte antogs. Någon relevant praxis från EG-domstolen finns inte att tillgå ännu.

Det står klart att ett datorprograms unikt utformade *programkod* omfattas av det upphovsrättsliga skyddet om det inte är den enda lösningen på problemet. Datorprogram kan, som nämnts ovan, föreligga i två olika former, *källkod* (programmet i en för människor läsbar form) och *objektkod*

⁷⁷ SOU 1985:51, s 89.

⁷⁸ Plogell, Michael, *Immaterialrättsliga aspekter på datorprogram*, s 18.

⁷⁹ COM/88/816, s 13.

⁸⁰ Principen utvecklades i det amerikanska rättsfallet *NEC Corp. v. Intel Corp. (1989)10 USPQ 2d*.

(den maskinläsbara versionen av programmet). Det upphovsrättsliga skyddet anses gälla oberoende av i vilken form programmet förekommer. Likaså är det utan betydelse på vilket medium programmet lagrats. Ett datorprogram är upphovsrättsligt skyddat såväl i källkod som objektкод samt oavsett om det är lagrat på papper, diskett, cd-rom eller annat sätt.⁸¹ Det upphovsrättsliga skyddet är inte heller begränsat till den litterära form som upphovsmannen valt att presentera sitt verk i. Om ett datorspel (vilka är att anses som datorprogram)⁸² också presenteras som t.ex. film rör det sig fortfarande om samma verk. Upphovsmannen till datorspelet behåller därför sina rättigheter.⁸³

Härutöver är det dock osäkert i vilken utsträckning ett datorprogramms olika element åtnjuter upphovsrättsligt skydd. Det är framför allt beträffande programmets *konceptuella utformning* - dess struktur och organisation samt *användargränssnittet* som skyddet är omdiskuterat. Osäkerheten hänger samman med att det är möjligt att med helt olika typer av programkod skapa en ur användarperspektiv identisk funktion och utseende. Ett datorprogram kan, till skillnad från andra typer av verk, samtidigt vara både symboliskt och funktionellt. Datorprogram kan således ges samma funktion och utseende trots att de har olika programkod. Inom amerikansk rätt har detta fenomen kallats "*look and feel*". *Look* symboliserar det som kan iakttas på bildskärmen (det externa gränssnittet eller användargränssnittet). *Feel* står för de element av programmet som endast delvis är synliga såsom t.ex. kommandostrukturer, organisation och sekvensuppbyggnad (d.v.s. de interna gränssnitten).⁸⁴

I amerikansk praxis finns vissa tendenser till att även andra element än ett datorprogramms koduppbyggnad bereds upphovsrättsligt skydd. *Whelan v. Jaslow Dental Laboratory*, även känt som "*the look and feel case*" är ett tidigt rättsfall där skydd för ett datorprogramms struktur accepterades. Domstolen ansåg i detta fall att allt i ett datorprogram som är nödvändigt för att programmet skall uppfylla sin funktion är att anses som idé. Allt som inte är nödvändigt härför anses som uttryck.⁸⁵ I samband med senare avgörande tycks utrymmet för skydd dock ha krympt aningen. I *Lotus v. Borland* prövades om programmet Lotus 1-2-3:s menystruktur omfattades av upphovsrätt och i såfall om Borlands emuleringsmenyer för 1-2-3 utgjorde ett intrång i denna rätt. Domstolen kom fram till att menystrukturen inte skulle omfattas av upphovsrätt då den användes för att kontrollera och styra Lotus 1-2-3 samt var att anses som "*a method of operations*".⁸⁶

⁸¹ Koktvedgaard/Levin, s 81.

⁸² Se t.ex. NJA 2000 s 580.

⁸³ Lindberg/Westman, s 161.

⁸⁴ Bender, Hanne, *Ophavsret til brugergraenseflader "Look and feel"*, NIR 1997 s 69.

⁸⁵ *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc.* [1987] F:S:R 1 (USA).

⁸⁶ *Lotus Development Corp. v. Borland International Inc.* (1995) 49 F. 3d. 807 (1 st Cir.) (USA).

Den amerikanska utvecklingen kan också urskiljas inom EG-rätten. I datorprogramdirektivets artikel 1 punkten 2 anges att datorprogram skall skyddas oberoende av dess uttrycksform.⁸⁷ Detta kan ge stöd för att även andra element än bara programkoden kan omfattas av skyddet för datorprogram, t.ex. den form som användargränssnittet fått.⁸⁸

Denna uppfattning kan också finna stöd genom en tolkning av ett relativt färskt HD-fall, det s.k. Nintendofallet.⁸⁹ Fallet gällde upphovsrättsligt skydd för videospel (datorspel) i samband med försäljning och uthyrning av dessa. En fråga var hur skärmbilderna i videospelen rättsligt skulle klassificeras. Åklagaren yrkade i fallet på att videospelen, utöver datorprogram, också kunde utgöra filmverk i upphovsrättslagens mening. Det var av stor betydelse hur skärmbilden klassificeras då den s.k. konsumtionsprincipen (se nedan) inte gäller för filmverk men väl för datorprogram. Högsta domstolen kom fram till att videospelens skärmbilder *inte* utgjorde filmverk i upphovsrättslagens mening. Spelen ansågs skilja sig alltför markant från traditionella filmverk, såväl till karaktär som till användningsområde. Bland annat pekade domstolen på att spelen är avsedda att spelas och inte att åses. Ljud och bild i spelen åstadkoms genom datorprogram och det är spelaren som med sina direktiv anger hur serien av rörliga bilder skall gestalta sig. Istället uttalar domstolen, med hänvisning till Henry Olssons bok "Copyright", att bilderna snarare kan ses som ett utflöde av det underliggande datorprogrammet. Genom denna hänvisning kan det uppfattas som om domstolen stödjer principen att användargränssnittet också skall omfattas av datorprogramskyddet.⁹⁰ Denna slutsats förkastas dock i en kommentar till rättsfallet av Daniel Westman, doktorand i rättsinformatik vid Stockholms universitet. Enligt hans mening kan inte några generella slutsatser beträffande skärmbildernas rättsliga status dras av detta rättsfall. Anledningen skulle vara att HD endast i förbigående går in på frågan. Enligt Westman har tendensen i nordisk rätt på senare år snarare varit att se skärmuttrycken som självständiga prestationer, vilka då kan skyddas t.ex. som "audiovisual works" om de uppfyller de krav på originalitet som ställs för denna verkstyp. Westman menar istället att datorprogramskyddet istället bör vara begränsat till programkoden samt till det förberedande designmaterialet (se nedan).⁹¹

Sammanfattningsvis kan konstateras att det inte finns några klara regler för exakt vad i ett datorprogram som skall skyddas. Någon omfattande praxis kan inte heller utgöra stöd för den ena eller den andra uppfattningen. Det enda HD-fall i svensk rätt som behandlar frågan är det ovan behandlade Nintendofallet. Vilken betydelse detta kommer att få är ännu osäkert, men något tveklöst svar på huruvida skärmbilder skall omfattas av skyddet för datorprogram ger det inte. Inte heller ger EG-rättslig praxis något entydigt

⁸⁷ Preambeln till datorprogramdirektivet.

⁸⁸ Lindberg/Westman, s 161.

⁸⁹ NJA 2000 s 580.

⁹⁰ Jfr Olsson, s 60.

⁹¹ Westman, Daniel, *Lov & Data*, nr 65 (mars 2001), s 10 ff.

svar på frågan vad som skall innefattas i skyddet. I avvaktan på mer omfattande praxis kan det endast med säkerhet konstateras att själva programkoden tveklöst omfattas av skyddet.

4.3.1.1 Förberedande designarbete

Då ett datorprogram utvecklas skapas en mängd material som inte omfattas av den slutliga produkten men som ändå kan anses ge uttryck för datorprogrammet. Detta material benämns vanligen *förberedande designarbete*. Sådant arbete kan innefatta en rad olika saker såsom t.ex. grafiska ritningar, matematiska formler och beräkningar, tekniska beskrivningar av hur en maskin fungerar etc. Vad som mer konkret omfattas är helt beroende av det aktuella programmets utformning.⁹²

Förberedande designarbete behandlas numera på samma sätt som ett självständigt datorprogram. Detta följer av EG-direktivet vilket har implementerats i 1 § 3 st URL där det stadgas att ”vad som sägs om datorprogram skall i tillämpliga delar gälla även förberedande designmaterial”. Närmare vad som utgör förberedande designarbete definieras däremot inte, varken i den svenska lagen eller i datorprogramdirektivet. En förutsättning är dock enligt preambeln till direktivet att arbetet är av sådan beskaffenhet att det i ett senare skede kan resultera i ett datorprogram.⁹³

Till datorprogram skapas ofta även material som används för att bättre förstå programmet, s.k. ”*supporting material*” d.v.s. användarmanualer. Sådana manualer omfattas normalt av det upphovsrättsliga skyddet som litterärt verk. Då detta material inte kan anses vara en uttrycksform för ett datorprogram skall dylika skapelser inte åtnjuta skydd som datorprogram. Det är därför viktigt att skilja mellan denna typ av verk och förberedande designarbete, då speciella regler gäller för datorprogram.⁹⁴

4.3.1.2 Bearbetningar och samlingsverk

Inte sällan utgör datorprogram bearbetningar av andra datorprogram eller sammanställningar av färdiga program eller programmoduler. Även dessa skapelser åtnjuter ett visst skydd i URL.⁹⁵

I 4 § 1 st URL framgår att den som *bearbetar* ett verk får, under förutsättningen att omvandlingen sker genom en individuell intellektuell verksamhet, upphovsrätt till verket i dess nya form. Härav följer att själva bearbetningen i sig är tillåten. Upphovsmannen till det nya verket är dock bunden i utövandet av sina rättigheter på så sätt att han inte kan förfoga över verket i strid med upphovsrätten till originalverket. Enligt 2 § URL har nämligen upphovsmannen kvar sina rättigheter rätt att förfoga över verket

⁹² Prop. 1992/93:48, s 112.

⁹³ Dir. 91/250/EEG.

⁹⁴ Prop. 1992/93:48, s 112.

⁹⁵ 4§ 1st och 5§ URL.

även i bearbetat skick. Den ursprunglige upphovsmannen måste i sin tur ha tillstånd från bearbetaren för att förfoga över verket i dess nya form.

Avseende datorprogram torde endast omprogrammering av mer kvalificerad art uppfattas som bearbetning. Som nämnts ovan är datorprogram skyddade oavsett vilken typ av kod det är skrivet i. Rent mekanisk överföring från en representationsform till en annan, till exempel från källkod till maskinkod, ses därför inte som en bearbetning utan troligen som en exemplarframställning av ursprungsverket (angående exemplarframställning se nedan).⁹⁶

Ett datorprogram kan också framställas genom att använda olika redan existerande program eller programmoduler och sätta samman dessa till ett nytt program. Det nya verket kan då i vissa fall skyddas som samlingsverk. Förutsättningen är att det går att skilja de olika programdelarna åt. Exempelvis anses oftast inte en film utgöra ett samlingsverk trots att den kan bestå av olika verk eftersom innehållet inte går att särskilja utan bildar en sammanhängande enhet (med en början och ett slut). Det kanske klaraste exemplet på vad som utgör samlingsverk är antologier. Där är de olika delarna passiva, d.v.s. utgör var för sig självständiga verk, och inte en sammanhängande helhet.⁹⁷

4.3.2 Datorprogram och “verkshöjd”

En förutsättning för att ett verk skall åtnjuta upphovsrättsligt skydd är att det tillkommit genom ett individuellt andligt skapande. Detta krav gäller självfallet också för datorprogram. Skapandekravet brukar inom upphovsrätten benämnas ”*verkshöjd*”. Verket skall härvid uppvisa ett visst mått av självständighet och originalitet. Någon konstnärlig eller litterär värdering är det inte frågan om.

Det finns två huvudsakliga sätt att tolka verkshöjds-kriteriet, ett subjektivt och ett objektivt. Vid en *subjektiv* bedömning beaktas endast vad som är nytt för upphovsmannen själv medan en *objektiv* bedömning istället tar hänsyn till om verket är nytt i förhållande till vad som tidigare skapats. I Sverige anses den subjektiva bedömningen vara förhärskande. Detta gör upphovsrätten till ett *efterbildningsskydd* och inte ett prioritetsskydd. Detta innebär rent teoretiskt att två exakt likadana verk kan var för sig erhålla upphovsrättsligt skydd om de är skapade oberoende av varandra.⁹⁸

Exakt vad verkshöjdskravet innebär är svårt att generellt fastställa. Någon definition återfinns inte heller i den svenska lagen URL. Det är således upp till rättstillämparen att i varje enskilt fall avgöra om kravet är uppfyllt. Det har ansetts att kravet på verkshöjd rent allmänt ligger lågt i Sverige, vilket

⁹⁶ Olsson, Upphovsrättslagen en kommentar, s 84f samt Lindberg/Westman, s 170.

⁹⁷ Lindberg/Westman, s 160.

⁹⁸ Kocktvedgaard/Levin, s 59 samt NIR 1995 s 630.

leder till att skyddsomfånget blir snävt och ofta bara omfattar en direkt återgivning av det skyddade verket.⁹⁹

Beträffande datorprogram varierar kraven för skydd i olika länder. I en del länder synes kraven på datorprogram vara lägre ställda än på andra verk. I dessa länder räcker det att programmet inte är en direkt kopia av ett tidigare program för att uppnå verkshöjd. I andra länders praxis, t.ex. Tyskland, har däremot kraven på datorprogram ställts högre och verklig originalitet har där varit en förutsättning för skydd.¹⁰⁰

Ett bedömnings sätt för datorprogram som utvecklats i USA har fått stor internationell genomslagskraft.¹⁰¹ Principen är utformad som en *presumptionsregel* och innebär att datorprogram alltid anses som skyddsvärda verk utom i de fall de är mycket enkla och saknar ens minimal originalitet. Inte heller erhålls skydd om utformningen är den enda, eller en av de få möjliga lösningarna på ett problem. Som framgått ovan sammanfaller då idén med den konkreta utformningen. Härmed sätts en gräns nedåt mot det triviala och en uppåt mot det logiskt och tekniskt givna. Även svensk domstol verkar ha använt sig av detta synsätt i en del fall för att bedöma om verkshöjd föreligger.¹⁰²

I Sverige har lagstiftaren ansett att kravet på verkshöjd beträffande datorprogram bör ställas förhållandevis högt. I förarbetena till 1989 års förändring av URL avseende datorprogram talas det om att kravet måste ställas så pass högt att två personer endast i undantagsfall kan prestera identiska program.¹⁰³ Detta brukar benämnas *dubbelskaparkriteriet*. Vilket värdet detta uttalande skall tillmätas torde dock numera anses diskutabelt i ljuset av vad som stadgas i datorprogramdirektivet.¹⁰⁴ Enligt direktivet gäller nämligen att

"Ett datorprogram skall skyddas om det är originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Inga andra bedömningsgrunder skall tillämpas..."

Enligt denna motivering verkar utrymmet för andra bedömningsgrunder vara uteslutna. Något annat kvalitativt krav än att det är upphovsmannens egen skapelse torde i ljuset av direktivet inte kunna åsättas. Trots detta är inställningen i svensk rätt även efter direktivets tillkomst densamma. I de få fall där HD kommit att bedöma huruvida datorprogram är skyddade som upphovsrättsligt verk har de hänvisat till verkshöjdbegreppet och att

⁹⁹ Olsson, s 55.

¹⁰⁰ Olsson, s 62.

¹⁰¹ Lindberg/Westman s 163.

¹⁰² Jmf Hovrätten för Västra Sverige 1987-12-19 dom DB 159, samt Hovrättens domskäl i NJA 1996 s 79 (BBS-målet).

¹⁰³ Prop. 1988/89:85, s 27.

¹⁰⁴ Artikel 1.3 Dir. 91/250/EEG

programmen besitter tillräcklig originalitet.¹⁰⁵ Motsvarande uttalande förekommer i förarbeten tillkomna efter direktivet.¹⁰⁶

Då svensk upphovsrätt bygger på EG-direktivet är det emellertid europeisk praxis som till syvende och sist torde bli styrande även för svensk del. En harmonisering på EU-nivå beträffande verkshöjdskravet för datorprogram bör således vara att vänta.¹⁰⁷

4.4 Skyddssubjekt – Datorprogrammets upphovsman och rättighetsinnehavare

I avsnitt 4.3 behandlades frågor kring *vad* som skall omfattas av upphovsrätten. I detta avsnitt skall istället något nämnas om *vem* som skyddas av upphovsrätten, d.v.s. vem som skall anses som upphovsman till ett datorprogram samt vem som innehar rättigheterna till ett verk.

Enligt 1 § URL tillkommer upphovsrätten den som skapat verket, upphovsmannen. Enligt svensk rätt är detta alltid en fysisk person. Juridisk person kan således inte vara upphovsman till ett verk. Däremot är det inget som hindrar att juridiska personer genom upplåtelse eller överlåtelse förvärvar vissa rättigheter till ett verk (mer om detta nedan).¹⁰⁸ Inte heller maskiner kan ses som upphovsmän i svensk rätt då verket skall ha tillkommit genom *mänskligt*, andligt skapande. Däremot kan även fysiska personer som saknar rättshabilitet, t.ex. omyndiga barn, vara upphovsmän till ett verk.¹⁰⁹

Om flera personer tillsammans skapar ett verk, vilket är vanligt vid utvecklande av datorprogram, har de enligt 6 § URL *gemensam upphovsrätt* till verket. Gemensam upphovsrätt innebär att tillstånd krävs från samtliga upphovsmän för att få utnyttja verket. Var och en av upphovsmännen har dock rätt att på egen hand beivra intrång samt rätt att överlåta *sin* andel till någon annan. En förutsättning för gemensam upphovsrätt är dock att varje persons bidragande insats är självständig, d.v.s. utgör ett personligt skapande samt att de enskilda bidragen utgör en oskiljaktig enhet. Tekniska medarbetare som enbart följer instruktioner är således inte att anses som medupphovsmän till ett verk, då deras arbete inte innebär en självständig skapande insats.¹¹⁰

I 7 § URL uppställs en *presumptionsregel* som innebär att den vars namn, kända pseudonym eller signatur anges på verket, skall anses som upphovsman, om inte annat visas. Bestämmelsen är av stor praktisk

¹⁰⁵ Se t.ex. NJA 1995 s 256, NJA 1996 s 79, NJA 2000 s 580.

¹⁰⁶ Prop. 1992/93:48 s 113.

¹⁰⁷ KOM (2000) 199 om genomförandet och effekterna av direktiv 91/250/EEG, s 6.

¹⁰⁸ Prop.1992/93:48, s 115.

¹⁰⁹ Olsson, s 78.

¹¹⁰ Olsson, s 77.

betydelse då den befriar namngiven upphovsman från att styrka sitt upphovsmannaskap, vilket kan vara mycket svårt i många fall.¹¹¹

I arbetet att utveckla datorprogram används ofta olika typer av utvecklingsverktyg (se kapitel 2, teknisk bakgrund). Dessa innehåller inte sällan programmoduler vilka då blir en del av den slutliga produkten. Ur upphovsrättsligt perspektiv innebär detta att reglerna, som nämnts ovan, om samlingsverk och bearbetningar aktualiseras.

Beträffande *bearbetningar* tillkommer upphovsrätten alltid bearbetaren i samma utsträckning som upphovsmän för andra verk. Bearbetarens upphovsrätt är emellertid något snävare än upphovsmän till originalverk då de inte får förfoga över bearbetningen i strid med upphovsrätten till originalverket. Vad gäller *samlingsverk* tillkommer upphovsrätten den som skapat verket samt de som bidragit med originalverk eller delar av originalverk. Den som gjort sammanställningen får upphovsrätt till själva samlingsverket som sådant utan att hans rätt inskränker på den upphovsrätt som kan finnas till de ursprungliga verken eller verkdelarna.¹¹²

4.4.1 Särskilt om datorprogram skapade i anställningsförhållanden

En speciell regel beträffande rätten till datorprogram har införts i 40a § URL. Upphovsrätten till datorprogram som skapats i anställningsförhållanden *övergår*, om inte annat har avtalats, automatiskt på arbetsgivaren. Regeln tillkom för att möta kraven i EG-direktivet om skydd för datorprogram.¹¹³ I direktivet anges att alla *ekonomiska* rättigheter till datorprogram, som skapats av en arbetstagare som ett led i dennes arbetsuppgifter eller efter arbetsgivarens anvisningar, *skall övergå* till arbetsgivaren. Svensk rätt har emellertid gått längre än att bara omfatta de ekonomiska rättigheterna och låter istället *hela* upphovsrätten *övergå* på arbetsgivaren, inklusive den i 3 § URL föreskrivna ideella rätten (om innebörden av denna nedan). Detta kan tyckas kontroversiellt då en upphovsman normalt inte genom upplåtelse eller överlåtelse kan förfoga över den ideella rätten utan endast efterge den såvitt angår en till art och omfattning begränsad användning.¹¹⁴ Denna bestämmelse ansågs dock inte hindra lagstiftaren från att överföra hela rätten till arbetsgivaren genom en direkt lagregel. Någon överlåtelse är det inte heller frågan om utan en övergång. Således blir reglerna överhuvudtaget inte aktuella.¹¹⁵

Datorprogram skapas i stor utsträckning i anställningsförhållanden som en produkt med utpräglat kommersiellt syfte. Då arbetsgivaren många gånger

¹¹¹ Olsson, en kommentar, s 90.

¹¹² Olsson, s 76.

¹¹³ Art Dir. 92/250/EEG.

¹¹⁴ 3 § 3 st URL i kombination med 27 §.

¹¹⁵ Prop. 1992/93:48, s 118.

satsar betydande investeringar i utvecklingsarbetet måste denne kunna tillgodogöra sig datorprogrammets ekonomiska värde. Eftersom programmet ofta skapas av flera medarbetare gemensamt har det ansetts hämmande om deras samtycke och tillstånd i varje situation skulle inhämtas. Det är dessutom viktigt för arbetsgivaren att kunna marknadsföra programmen under eget namn samt att kunna ändra och anpassa programmen för att tillgodose de behov som kan uppkomma vid dess marknadsföring och användning. Detta skulle kompliceras om inte den ideella rätten också övergick på arbetsgivaren. Det ansågs därför också i förarbetena praktiskt och ändamålsenligt att överföra *hela* upphovsrätten på arbetsgivaren.¹¹⁶

Regeln i 40a § URL, som är visserligen är dispositiv, innebär att det ursprungliga upphovsmannaskapet i anställningsförhållande till viss mån blir illusoriskt. Trots detta är det de facto skaparen som är den ursprunglige innehavaren av upphovsrätten. Detta är viktigt att understryka då regeln är dispositiv och kan avtalas bort. Den normala ursprungsrätten gäller då även för skapandet av datorprogram.

Uppdragsförhållanden omfattas inte av bestämmelsen utan bör regleras direkt mellan parterna.¹¹⁷ Det är således viktigt för företag som exempelvis anlitar externa konsulter att i avtal reglera de upphovsrättsliga frågorna. Huvudregeln i dessa förhållanden är annars att upphovsrätten tillfaller skaparen/skaparna av datorprogrammet enligt den generella regeln om upphovsmannaskap. Inom upphovsrätten gäller den s.k. *specifikationsprincipen*, vilken innebär att de delar av rätten som inte uttryckligen genom avtal överlåtits eller upplåtits stannar kvar hos upphovsmannen. Det är därför av yttersta vikt att avtal av denna typ utformas med stor noggrannhet och eftertänksamhet med en tydlig och uttrycklig rättighetsfördelning.¹¹⁸ En intressant fråga härvid är vem som i frånvaro av avtal får rätten till verket, den enskilde konsulten eller det företag denne arbetar för? Det torde te sig mest naturligt att upphovsrätten i enlighet med 40a § URL, när arbetet sker efter arbetsgivarens instruktioner eller som ett led i konsultens normala arbetsuppgifter, tillkommer arbetsgivaren och inte konsulten.

4.5 Skyddets innebörd

Som redan nämnts innehåller det upphovsrättsliga skyddet en ekonomisk och en ideell sida. Reglerna syftar till att ge dem som framställer verk ett skydd för sina investeringar samt skapa gynnsamma arbetsförhållanden och skydd för de personliga intressen som upphovsmännen förbinder med sina verk.¹¹⁹

¹¹⁶ Prop. 1992/93:48, s 117.

¹¹⁷ Prop. 1992/93:48, s 116.

¹¹⁸ Lindberg/Westman, s 166.

¹¹⁹ Lindberg/Westman, s 167.

Den ekonomiska rätten återfinns i 2 § URL och innebär en *exklusiv rätt* för innehavaren att på olika sätt förfoga över sitt verk. De ideella rättigheterna, eller *droit moral* som den internationella betäckningen lyder, beskrivs i 3 § URL. De ideella rättigheterna innebär vissa skyldigheter och inskränkningar för den som med laglig rätt utnyttjar ett verk.

För att skapa en balans mellan upphovsrättsinnehavare och användare har en rad undantag från ensamrätten införts i lagen. Undantagen återfinns i 2 kap. URL. För datorprogrammets del har särskilda undantag införts på grund av dess särställning. Flertalet av dessa särbestämmelser har införts för att uppfylla EG:s datorprogramdirektiv.

I det följande skall först de ekonomiska rättigheternas innebörd för datorprogram behandlas, följt av de ideella rättigheterna. Avsnittet avslutas sedan med en redogörelse för användarens speciella rättigheter till datorprogram.

4.5.1 Den ekonomiska rätten till datorprogram

Den ekonomiska ensamrätten kan sägas innefatta två huvudtyper av rättigheter för innehavaren. Den första rättigheten innebär en ensamrätt för rättighetsinnehavaren att *framställa exemplar* av ett verk medan den andra innebär en ensamrätt att *göra verket tillgängligt* för allmänheten. Den sistnämnda rättigheten innefattar egentligen tre separata rättigheter, nämligen rätten att offentligt *framföra* verket, rätten att *sprida* verket till allmänheten samt rätten att offentligt *visa* exemplar av verket.¹²⁰ Detta innebär att den ekonomiska sidan av skyddet totalt består av fyra egentliga rättigheter:

- Exemplarrätten,*
- Framföranderätten,*
- Spridningsrätten* samt
- Visningsrätten.*

I det följande skall rättigheternas närmare innebörd för datorprogrammets del analyseras och eventuella tillämpningssvårigheter tas upp.

4.5.1.1 Exemplarrätten

Exemplarrätten, d.v.s. rätten att framställa exemplar av ett verk, kan sägas utgöra själva kärnan i upphovsrätten. Exemplarrätten är av stor ekonomisk betydelse för skapare av datorprogram. Den närmare innebörden av exemplarrätten är att upphovsmannen har en exklusiv rätt att fixera sitt verk på ett underlag som gör det möjligt för andra att ta del av det, antingen direkt eller indirekt via en anordning. Även exemplar som ligger ”gömda” inne i en sådan anordning anses som exemplar i lagens mening. Det är

¹²⁰ Jfr 2 § 3 st URL.

härvid utan betydelse vilken teknik som används för framställningen. Genom denna rätt att förhindra andra att mångfaldiga verket ges upphovsmannen kontroll över andras utnyttjande också i efterföljande led.¹²¹

Exemplarrätten var tidigare lätt att *kontrollera* när det enda sättet att reproducera ett verk på var i fysisk, beständig form såsom tidningar, böcker, skivor etc. Något som också underlättade kontrollen var att det mestadels var professionella som hade tillgång till reproduktionsmedierna. Med dagens teknik är det emellertid lätt för envar att framställa exemplar av olika slag. Detta gör det svårare för rättighetsinnehavaren att kontrollera exemplarframställningen. Exemplarrätten har emellertid också förändrats på ett annat sätt i och med datorteknikens inträde. I datorer ligger all information sparad i digital form. Digitalisering innebär att ett verk upplöses i datasystemets binära uppsättning av ettor och nollor (se kap 2). Det är i denna digitaliserade miljö inte längre helt självklart vad som skall anses utgöra ett exemplar i lagens mening.¹²²

Utgångspunkten i svensk rätt är att ett exemplar av ett verk föreligger när fixeringen av verket är självständig, stabil och inte alltför kortvarig.¹²³ Det är också klart att bestående exemplar av verk även i digital form t.ex. på en diskett eller på datorns hårddisk innebär exemplarframställning. Problem uppstår då informationen endast lagras tillfälligt, t.ex. då en dator exekverar ett datorprogram. Datorprogrammen finns oftast lagrade i datorns sekundärminne, t.ex. på hårddisk eller cd-rom. Då ett datorprogram används måste programmet först hämtas från sekundärminnet och sparas i primärminnet där bearbetning sker. Ett exemplar av verket eller delar av verket finns då *temporärt* lagrad i datorns primärminne. Dessa kopior försvinner då datorn stängs av.¹²⁴ Huruvida sådana flyktiga kopior skall anses som ett upphovsrättsligt relevant exemplar eller inte är omdiskuterat.

Problemet med temporära kopior får stor praktisk betydelse för datorprogrammets del, då det inte är tillåtet att kopiera dessa ens för eget bruk. Detta är annars fallet för de flesta andra verk (se vidare nedan).¹²⁵ Tillämpningsproblem uppstår därmed vid intrångsbedömning och vid licensiering av olika typer av utnyttjande, inte minst i samband med Internet samt annan nätanvändning.¹²⁶

När ett datorprogram används för att styra en dator innebär detta att ett exemplar av programmet framställs i datorns minne. Användningen av ett program för att styra en dator torde därför som utgångspunkt omfattas av

¹²¹ Grönboken KOM (95) 382 av den 19.7.1995, *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället*, s 49.

¹²² Koktvedgaard/Levin, s 112 ff.

¹²³ Olsson, s 83 f.

¹²⁴ Rajala, Katariina, *Rätten att framställa exemplar och temporär lagring i nätverksmiljö*, NIR, 1999 s 99.

¹²⁵ 12 § 2 st URL.

¹²⁶ Jfr Olsson, s 84.

rätten att framställa exemplar av programmet. I förarbetena till införandet av datorprogram som en särskild verstyp i URL ansågs emellertid att ”de flyktiga utförandeformer av det inmatade dokumentet eller delar därav vilka används som underlag för bearbetning eller transmittas mellan systemets olika delar” inte som exemplar i URL mening om de inte ”fryses”. Detta uttalande skulle möjliggöra att ett verk lagrades på en dator för att därifrån användas på andra datorer i ett sammankopplat nätverk utan att intrång i exemplarrätten skulle ske.

Vid införandet av ett skydd för databaser gjordes också uttalanden i förarbetena om exemplarframställning i digital miljö. Härvid angavs, i motsats till tidigare förarbeten, att URL inte ställer några krav på att ett exemplar skall ha en viss varaktighet. Även tillfälliga exemplar skall omfattas av bestämmelsen. Uttalandet antyder att även temporär lagring vid exekveringen av datorprogram skall omfattas av skyddet. I samma proposition uttalas emellertid också att exemplarframställningen skall vara så pass självständig att den i sig kan spridas bland allmänheten för att omfattas av skyddet. Detta kan tolkas som att temporära exemplar vid exekvering av ett datorprogram inte bör omfattas, då dessa exemplar inte kan spridas vidare till andra användare.

Regeringens inställning verkar dock inte stå i överensstämmelse med vad som anges i datorprogramsdirektivet. Härvid anges nämligen att ensamrätten skall omfatta såväl varaktig som tillfällig återgivning av ett datorprogram, oavsett tillvägagångssätt. Det torde inte vara av någon betydelse huruvida lagringen är tillfällig eller ej eller om den är självständig eller ej. Då utgångspunkt är att svensk EG-anpassad rätt skall tolkas enligt direktivtexten snarare än enligt svenska förarbeten torde konsekvensen bli att samtycke krävs från rättighetsinnehavarens för att exekvera ett datorprogram. Vid tolkning av om ett exemplar i upphovsrättslagens mening föreligger eller ej bör det avgörande vara om den information som finns i minnet kan användas för att återskapa verket eller inte (i enlighet med 2 § 2 st URL). Den tid något lagras eller om informationen försvinner när datorn stängs av torde däremot enligt författarens mening, med bakgrund av det sagda, sakna betydelse.

I det nya EG-direktivet¹²⁷ om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätten i informationssamhället som skall vara implementerat i svensk rätt före den 22 december 2002 anges att mångfaldiganderätten skall omfatta ”*direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis [...]*”.¹²⁸ I direktivet ställs däremot också krav på att vissa typer av tillfälliga mångfaldigande skall undantas från ensamrätten. Härvid anges att:

¹²⁷ Dir. 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

¹²⁸ Art 2 dir. 2001/29/EG.

”Tillfälliga former av mångfaldigande enligt artikel 2, som är flyktiga eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och vars enda syfte är att möjliggöra a) en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller b) en laglig användning av ett verk eller annat alster och som inte har någon självständig ekonomisk betydelse, skall undantas från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2.”¹²⁹

Uttalandet innebär inget nytt i sig för datorprogrammets del men dock ett förtydligande vad beträffar temporär framställning i nätverk som inte skall omfattas av exemplarframställning.¹³⁰ Det anges uttryckligen att direktivet, med vissa undantag, inte skall påverka befintliga gemenskapsbestämmelser om det rättsliga skyddet för datorprogram.¹³¹

Det bör således beträffande datorprogram inte ha någon betydelse om exemplarframställningen är flyktig eller ej eller huruvida fixeringen är självständig eller ej. Det enda som borde ha betydelse är om exemplar av programmet går att ta del av och använda.

Något som också pekar på att tillfällig exemplarframställning skall omfattas av upphovsmannens ensamrätt är det undantag som införts i 2 kap 26§ URL. Här stadgas nämligen att ”den som har förvärvat rätt att använda ett datorprogram får framställa sådana exemplar av programmet ... som är nödvändiga för att han skall kunna använda programmet för dess avsedda ändamål.” Regeln är en direkt implementering av datorprogramsdirektivet. Syftet med bestämmelsen är att möjliggöra en normal användning av datorprogram för rättmätig innehavare av programmet. Bestämmelsen innebär att användaren får exekvera programmet utan att upphovsmannens medgivande varje gång behöver inhämtas. Detta hade annars varit omöjligt om även tillfälliga, flyktiga kopior skall ses som exemplarframställning av datorprogrammet. Om däremot kopiorna inte ansetts som upphovsrättsligt relevanta hade regeln varit utan självständig innebörd.

Då det ännu inte förekommer någon relevant praxis i Sverige beträffande tillfälliga kopior och exemplarframställning kan det vara av intresse att se hur problemet behandlats i USA. Domstol har där i ett antal rättsfall tagit ställning till problemet med temporärt lagrade kopior av datorprogram.

I ett tidigt fall, *Apple Computer Inc. v. Formula International Inc.*,¹³² ansågs temporär lagring i datorns primärminne (RAM-minne) inte vara tillräckligt bestående för att det skulle vara fråga om exemplarframställning. De temporärt lagrade kopiorna som skapades vid användande av programmet ansågs därför inte utgöra upphovsrättsligt intrång. Motiveringen i fallet var

¹²⁹ Art 5.1 dir. 2001/29/EG.

¹³⁰ Levin, Marianne, Email korrespondens fredagen den 10 augusti, 2001.

¹³¹ Art. 1.2 dir. 2001/29/EG.

¹³² 594 F. Supp. 617 (C.D. Cal. 1984).

att primärminnet utgör en del av datorn i vilket brukaren för sin användning får spara de program han har förvärvat rätten till.

Annorlunda blev utfallet i *MAI Systems Corp. v. Peak Computer inc.*¹³³ där domstolen ansåg att lagringen av ett program i datorns RAM-minne utgjorde intrång i upphovsrätten. I fallet underhöll och reparerade serviceföretaget Peak Computer datorer åt sina kunder. Datorerna var tillverkade av MAI Systems. För att kunna åtgärda felen var Peaks reparatörer tvungna att utnyttja de i MAI datorerna inbyggda datorprogrammen, vilka automatiskt laddas i primärminnet när datorn startas upp. Detta utnyttjande ansåg domstolen vara ett intrång i MAI:s ensamrätt att framställa exemplar. Att utnyttjandet var nödvändigt för att åtgärda felet hade härvid ingen avgörande betydelse. Avgörande för domslutet var istället det faktum att lagringen i primärminnet var tillräckligt långvarig för att verket kunde granskas. På samma linje gick domstolen året efter i fallet *Advanced Computer Services of Michigan Inc. v. MAI Systems Corp.*¹³⁴ Domstolen kom fram till att sparandet i primärminnet ”för minuter eller längre tid” var en tillräckligt bestående form av programmet för att utgöra ett exemplar i upphovsrättslig mening. Avgörande för exemplarframställning i detta fall var enligt domstolen huruvida det var möjligt att ta del av verket eller ej. Eftersom lagringen av programmet i datorns primärminne var tillräcklig för att skriva ut eller visa programmet på bildskärmen ansågs kravet för exemplarframställning vara uppfyllt. Enligt domstolen hade det faktum att kopiorna försvinner ur datorns minne när den stängs av ingen relevans för exemplarframställningen.

Till samma resultat kom domstolen i *Triad Systems Corp. v. Southeastern Express System.*¹³⁵ I detta fall hade någon kopia av programmet varken skrivits ut eller visats på bildskärmen. Rättsfallet underströk att det är tillräckligt att det är möjligt att ta del av verket, även om detta i det aktuella fallet inte har skett.¹³⁶

Amerikansk rättspraxis är alltså inte heller helt entydig på detta område. Det verkar dock som att det avgörande momentet inte är huruvida kopiorna är flyktiga eller ej, eller hur lång tid de finns sparade i minnet. Avgörande för exemplarframställning verkar istället det faktum vara att programmen kan utnyttjas av konkurrenter. Det är dock svårt att dra några verkliga slutsatser av de amerikanska rättsfallen.

I 12 § URL återfinns ett betydelsefullt undantag från upphovsmannens ensamrätt att mångfaldiga sitt verk. Häri stadgas att var och en har rätt att framställa exemplar för sitt enskilda bruk av offentliggjorda verk. Ett särskilt undantag har emellertid införts för datorprogram. Enligt 12 § p 2

¹³³ 991 F. 2d 511 (9th cir. 1993).

¹³⁴ 845 F. Supp. 356 (E.D. Va. 1994).

¹³⁵ 1994 WL 446049 (N.D. Cal.).

¹³⁶ Rättsfallsurvalet är hämtad ur Rajala, Katariina, *Rätten att framställa exemplar och temporär lagring i nätverksmiljö*, NIR 1999 s 103-104.

URL är det inte tillåtet att ens för enskilt bruk framställa kopior av ett datorprogram. Detta innebär att i princip all kopiering är beroende av medgivande (se dock avsnitt 4.5.3). Förbudet är dock inte, som andra typer av intrång i den upphovsrättsliga ensamrätten, kopplat till någon straffsanktion (se avsnitt 4.6 om intrång och sanktioner).¹³⁷ Förbudet gäller oavsett i vilken form datorprogrammet föreligger.

Bakom förbudet mot kopiering för enskilt bruk av datorprogram återfinns tre argument: den enkelhet varmed kopiering av datorprogram utförs, att kopian, framför allt i maskinläsbar form, uppnår samma kvalitet som originalet samt att denna typ av kopiering är ekonomiskt mycket lönsam. Om denna typ av kopiering vore tillåten skulle den medföra stora ekonomiska förluster för datorprogramproducenterna. I praktiken förekommer dock fall som kan betraktas som undantag från denna regel. Genom s.k. underförstådda användarrättigheter, *implyde* licenses, framgår det av omständigheterna att viss kopiering är tillåten. På Internet är det dessutom vanligt med s.k. ”*free ware*” och ”*share ware*”¹³⁸ där ett medgivande till enskild kopiering är tillåtet.¹³⁹

Avslutningsvis skall något sägas om överföring av ett datorprogram från en form till en annan. En överföring av ett datorprogram från en t.ex. objektкод till källkod kan i vissa fall, som nämnts ovan, karaktäriseras som bearbetning. Sker överföring *rent mekaniskt* bör överföringen dock inte ses som en bearbetning utan istället som ett mångfaldigande. Detta förfogande omfattas då av upphovsmannens exklusiva mångfaldiganderätt.

4.5.1.2 Tillgängliggörande för allmänheten

Utöver ensamrätten att framställa exemplar har upphovsmannen enligt 2 § 1 st URL en ensamrätt att *göra verket tillgängligt för allmänheten*. Rätten gäller såväl verket i ursprungligt som i ändrat skick, översättning eller bearbetning. Enligt 2 § 3 st kan ett verk, som nämnts ovan, göras tillgängligt för allmänheten på tre olika sätt. Verket kan antingen *framföras* offentligt, *spridas* till allmänheten eller *visas* för allmänheten. Det är lagstiftarens intention att alla sätt att tillgängliggöra ett verk på skall omfattas av lagen, oavsett vilka tekniska hjälpmedel som härvid utnyttjas.¹⁴⁰

Att skilja på de olika tillgängliggörandesätten kan i vissa fall vara svårt. Normalt anses *framföranderätten* ta sikte på förfogande över verket i dess *obeständiga* form medan *spridnings-* och *visningsrätten* avser hanteringen av *exemplar* av ett verk. Svårigheter uppstår framför allt när man skall skilja mellan framförande och visning när verk görs tillgängliga i nätverksmiljöer.

¹³⁷ 53 § andra stycket URL.

¹³⁸ Med *free ware*, eller gratisprogram, avses program som fritt får laddas ner och som medger en fri användning medan *share ware*, eller spridprogram, avser program där användaren medges en tids provanvändning varefter han förväntas betala för fortsatt användning. (Carlén-Wendels, *Nätjuridik, Lag och rätt på Internet*, s 108)

¹³⁹ Olsson, s. 143 f.

¹⁴⁰ NJA II 1961 s 38.

Härvid gäller som utgångspunkt att statiska verk, d.v.s. verk som i sin helhet kan åtnjutas i en sekvens, *visas* (t.ex. bilder, skulpturer), medan verk som är utsträckta i tiden *framförs* (t.ex. filmer, texter, musik). Viktigt att komma ihåg är att det vid tillgängliggörande av digitalt material i datornätverk framställs en mängd kopior på olika servrar och datorer. Detta skall i vissa fall behandlas som exemplarframställning i URL:s mening. Denna exemplarframställning är därmed förbehållen rättighetsinnehavaren oavsett tillgängliggörandeformen. (jfr 4.6.1.1).

Anledningen till att det är viktigt att rättsligt klassificera tillgängliggörandet är att det i 2 kapitlet URL finns en rad inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt att tillgängliggöra sitt verk. Delvis olika undantag gäller för de olika tillgängliggörandesätten.

Tillgängliggörande genom *visning* torde för datorprogram ha begränsad betydelse. Bildskärmsvisning av ett datorprogram utgör nämligen ett framförande av verket och inte visning i upphovsrättslig mening. De situationer då ett datorprogram visas är troligen få och i de fall det kan förekomma av underordnad ekonomisk betydelse. Större intresse torde skärmvisningen få för andra typer av datorlagrat material, såsom t.ex. digitalt lagrade konstverk.¹⁴¹

Inte heller *framföranderätten*, vilken tar sikte på verket i dess obeständiga form, är av någon större praktisk betydelse för datorprogram. Enligt 21 § URL får nämligen var och en framföra utgivna verk offentligt då framförandet inte är det väsentliga, tillträdet är gratis och framförandet inte sker i förvärvssyfte samt vid undervisning eller gudstjänst. Detta innebär att det framförande som bildskärmsvisningen av ett datorprogram medför sällan torde omfattas av upphovsmannens ensamrätt. Bestämmelsen tar främst sikte på TV- och radiosändningar, filmvisning, musikuppspelningar och andra liveframträdanden där framförandet är det huvudsakliga.¹⁴² Den bildskärmsvisning som sker vid ett normalt användande av ett datorprogram torde i de flesta fall inte räknas som det huvudsakliga i sammanhanget. Någon betalning för bildskärmsvisning av ett datorprogram torde inte heller vara aktuellt. Därmed blir bestämmelsen om framförande av underordnad betydelse vid användandet av ett datorprogram. För att undantaget i 21 § URL skall bli tillämplig krävs dock att programmet är utgivet. Med detta avses, enligt 8 § URL, att verket med upphovsmannens samtycke förts i handeln eller på annat sätt med upphovsmannens samtycke spridits till allmänheten. Icke utgivna program omfattas inte av undantaget i 21 § URL och upphovsmannen har då kvar fullständig förfoganderätt över verket.

Den för datorprogram absolut viktigaste formen av tillgängliggörande är den som sker via *spridning*. Spridningsrätten kan ses som ett komplement till upphovsmannens ensamrätt att framställa exemplar. Spridningsrätten är

¹⁴¹ Lindberg/Westman, s 172.

¹⁴² Lindberg/Westman, s 171.

nämligen också knuten till fysiska exemplar av verket. Rätten är av stor ekonomisk betydelse då den innebär att upphovsmannen ensam har rätt till *försäljning, uthyrning, utlåning* eller *annan spridning* av enskilda exemplar av verket till allmänheten. I begreppet allmänheten omfattas alla utanför den närmaste familje- eller vänkretsen.¹⁴³

Kontrollen över enskilda exemplar går dock i vissa fall förlorad efter den initiala spridningsåtgärden. Det sägs att rätten till exemplaret konsumeras. Denna *konsumtionsprincip* återfinns i 19 § URL och innebär att ett exemplar av ett datorprogram som överlåtits med upphovsmannens samtycke, fritt därefter får spridas vidare. Det bör poängteras att konsumtionen endast avser det fysiska exemplar som överlåtits, inte verket som sådant.

I Sverige gällde tidigare en speciell konsumtionsregel för datorprogram. Den fria spridningen var tillåten *endast* på exemplar som överlåtits inom EES-området, s.k. *regional konsumtion*. För exemplar av datorprogram som överlåtits utanför detta område fanns spridningsrätten således kvar. På så sätt kunde parallellimport av datorprogram från stater utanför EES-området förhindras. Numera tillämpar Sverige istället s.k. *global konsumtion* även beträffande datorprogram. Detta innebär att spridningsrätten konsumeras oavsett var i världen överlåtelsen skett. All parallellimport av datorprogram till Sverige är därmed tillåten. Det kan starkt ifrågasättas om global konsumtion är förenligt med vad som gäller enligt EG-rätten. I datorprogramdirektivet stadgas nämligen att rätten till ett enskilt exemplar konsumeras då den initiala spridningsåtgärden skett på gemenskapsmarknaden.¹⁴⁴

Vid det svenska införandet av datorprogramdirektivet angavs i förarbetena att Sverige borde gå över till regional konsumtion av spridningsrätten för datorprogram.¹⁴⁵ Detta har emellertid ännu inte skett. Om saken tas upp till prövning inför EG-domstolen kommer Sverige med stor sannolikhet att bli tvingad att ändra sin inställning i denna fråga. Ett rättsfall från EG-domstolen som belyser samma problematik fast inom varumärkesrätten är det s.k. *Silhouette-målet*.¹⁴⁶ I målet slogs det fast att varumärkesdirektivets lydelse, vilken motsvarade den i datorprogramdirektivet, förhindrade medlemsstaterna att införa regler som innebar global konsumtion. Istället skulle regional konsumtion inom EES tillämpas. Till följd av detta fick Sverige, mot sin vilja, ändra sin uppfattning på varumärkesområdet och tillämpa regional konsumtion istället för global. Mycket talar därför för att samma utveckling är att vänta för datorprogram.

Ovanstående analys får också stöd i en utvärdering från kommissionen om genomförandet av datorprogramdirektivet. I rapporten konstateras att medlemsstaterna med hänsyn till datorprogramdirektivet är förhindrade att

¹⁴³ Olsson, s 97.

¹⁴⁴ Artikel 4 (c) direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram.

¹⁴⁵ Prop. 1992/93:48, s 124.

¹⁴⁶ *Silhouette International v. Schmied*, C-355/96.

tillämpa principen om internationell konsumtion när det gäller spridning av datorprogram. Avsaknaden av bestämmelser om att rätten skulle konsumeras inom gemenskapen då den första spridningsåtgärden sker utanför gemenskapsområdet förhindrar medlemsstaterna att själva införa detta.¹⁴⁷

Det är dock inte alla typer av spridning som omfattas av konsumtionsprincipen. Konsumtionsprincipen aktualiseras bara då ett verk *överlåtit*, d.v.s. vid köp, byte eller gåva. Det är dock vanligt beträffande datorprogram att endast upplåta en begränsad nyttjanderätt genom licensavtal. Licensgivaren behåller då en del av kontrollmöjligheten över exemplaret. Då licensiering inte är att se som en överlåtelse blir bestämmelsen om konsumtion i 19 § URL följaktligen inte heller tillämplig. Det är istället avtalet som reglerar användandet och den vidare spridningen av exemplaret. Vissa typer av licensiering påminner så mycket om vanliga köp att det är diskutabelt hur förfogandet rättsligt skall klassificeras. Framförallt gäller detta standarddatorprogram som erbjuds kunder över disk. Ur datorprogramindustrins utgångspunkt är det alltid fråga om nyttjanderätt, även till själva exemplaret. I doktrin har det däremot uttalats att försäljning av standardprodukter över disk, där endast en engångsavgift erläggs och kunden därefter erhåller evig nyttjanderätt, bör ses som en överlåtelse.¹⁴⁸ Konsekvensen av detta synsätt blir att regeln om konsumtion i 19 § URL skall tillämpas på sådana förfoganden, trots att avtalet talar om licensiering. Exemplaret får alltså därefter fritt spridas vidare av envar som förvärvat ett sådant standardprogram över disk.

Ett verk kan som nämnts ovan också spridas genom att det lånas ut. *Utlåning* anses i normalfallet inte omfattas av upphovsmannens ensamrätt. För datorprogram har dock en särskild regel i URL införts i samband med införlivandet av datorprogramdirektivet. Utlåning av datorprogram omfattas numera av upphovsmannens ensamrätt. Datorprogram får således inte lånas ut till allmänheten utan att upphovsmannens samtycke först inhämtas. Samtycke krävs dock endast för datorprogram i dess maskinläsbar form. Övriga former av datorprogram får alltså fritt lånas ut.¹⁴⁹

Även *uthyrning* omfattas av upphovsmannens ensamrätt.¹⁵⁰ Med uthyrning avses alla de situationer där exemplar tillhandahålls mot ett vederlag för en begränsad tidsperiod. Till uthyrning hör också andra rättshandlingar med jämförbara verkningar, t.ex. köp med återköpsklausul och bytesverksamhet under organiserade former.¹⁵¹ I det ovan nämnda Nintendo-fallet bedömde HD huruvida en av affärsinnehavaren benämnd bytesverksamhet var att ses

¹⁴⁷ KOM(2000) 199 slutlig, om genomförandet och effekterna av direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram, s 11 f.

¹⁴⁸ Se bl.a. Plogell, *Upphovsrätt till datorprogram ur ett EG-perspektiv*, JT 1993-94, s. 67 och Lindberg/Westman, s 314.

¹⁴⁹ 19 § 2 st 2 p URL samt Olsson, s 100 och s 172.

¹⁵⁰ 19 § URL.

¹⁵¹ Prop. 1988/89:85 s 30

som med uthyrning jämförbar verksamhet. I målet hade en person bedrivit handel innefattande såväl köp som försäljning av videospel. I samband med försäljning av videospelen hade det inte gjorts något åtagande om att köpa tillbaka spelen eller något förbehåll om rätt till återköp. Äganderätten till spelen hade således definitivt övergått till kunderna i samband med köpen, och kundernas dispositionsrätt över spelen var inte på något sätt inskränkt. Samtliga instanser kom därför fram till att förfarandet inte var att jämföras med uthyrning. Att många kunder erhållit tillgodohavanden i samband med försäljning av spel och därmed har haft ett särskilt incitament att komma tillbaka och handla med honom saknade i fallet betydelse. Likaså saknade det betydelse för domstolen att ordet affärsinnehavaren själv i sin marknadsföring använt ordet "byter". För att behandlas som uthyrning krävs att förvärvarens dispositionsrätt över verket är begränsad. Om äganderätten till exemplaren definitivt övergår till kunden kan det således aldrig vara fråga om uthyrning eller därmed jämförbar verksamhet.¹⁵²

4.5.2 Den ideella rätten till datorprogram

Utöver de rent ekonomiska rättigheterna bereder upphovsrätten, som nämnts ovan, också skydd för vissa av upphovsmannens mer ideella intressen. Detta ytterligare skydd benämns ofta enligt den klassiska, franska terminologin *droit moral*, d.v.s. den moraliska eller *ideella rätten*. Rättigheterna gäller alla typer av verk. Således omfattas även rent industriella och kommersiella produkter såsom t.ex. datorprogram.

Den ideella rätten återfinns i 3 § URL och innefattar två huvudelement. För det första ger den upphovsmannen en rätt att, enligt god sed, bli namngiven i samband med att exemplar av verket framställs eller verket görs tillgängligt för allmänheten.¹⁵³ Detta kallas för upphovsmannens *paternitetsrätt* eller *droit à la paternité*. Paternitetsrättens närmare innehåll varierar mellan olika sorters verk och sammanhang. Beträffande datorprogram anges det i förarbetena att god sed skall tolkas mot bakgrund av att programskapares intressen främst är av ekonomisk art.¹⁵⁴

Namngivningsrätten torde ha relativt stor ekonomisk betydelse för datorprogram. Exempelvis skulle ett populärt verk som offentliggörs utan upphovsmannens namn kunna medföra att upphovsmannen går miste om förmånliga avtal. För datorprogram förefaller det också finnas viss sedvänja att ange upphovsmännen exempelvis i en fil, som informerar om programmets upphovsman/upphovsmän.¹⁵⁵

För det andra har upphovsmannen rätt att motsätta sig ändringar av verket eller tillgängliggörande för allmänheten av verket i sammanhang som är

¹⁵² NJA 2000 s 580.

¹⁵³ 3 § 1 st. URL.

¹⁵⁴ SOU 1985:51, s 93 f.

¹⁵⁵ Lindberg/Westman, s 174.

kränkande.¹⁵⁶ Detta integritetsskydd brukar benämnas *respekträtt* eller *droit au respect*.¹⁵⁷ För datorprogram torde respekträtten knappast ha någon större praktisk betydelse. De ändringar som utföras i ett program torde sällan innebära någon kränkning enligt lagens mening. Dessutom finns, som nämnts ovan, i 26 § g URL en uttrycklig bestämmelse som ger förvärvaren av ett datorprogram rätt att göra de ändringar som är nödvändiga för att kunna använda programmet ändamålsenligt.¹⁵⁸

Till skillnad från de ekonomiska rättigheterna, som med få undantag är dispositiva, kan den ideella rätten som huvudregel varken överlåtas eller upplåtas. Rätten kan endast *efterges* såvitt angår en till art och omfattning begränsad del av verket.¹⁵⁹ Anledningen till att rätten inte får överlåtas eller upplåtas är att den anses vara av så djup personlig art att något förfogande i princip inte bör tillåtas.¹⁶⁰ Situationer kan därför uppstå där de ekonomiska och de ideella rättigheterna återfinns hos olika rättighetsinnehavare. Denna situation har inte ansetts vara en lyckad utgång för datorprogram som skapats i kommersiellt syfte av flera upphovsmän åt en arbetsgivare.

Som nämnts ovan har det därför införts en särbestämmelse för datorprogram skapade i anställningsförhållande i 40 a § URL. Härvid gäller att upphovsrätten till verk skapade av anställda som ett led i dennes arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren i sin helhet *övergår* till arbetsgivaren. Regeln är tänkt att även omfatta den ideella rättens övergång. Detta innebär således en helt ny rättsfigur för svensk upphovsrätt, då den ideella rätten enligt 3 § URL förut endast kunnat efterges. Regeln har införts för att undanröja de problem som kan uppstå vid exploateringen av ett program.

Om ett flertal upphovsmän vill göra sin ideella rätt gällande skulle detta kunna hämma effektiviteten i produktion och marknadsföring av programmet. Regeln har emellertid stött på mycket kritik.¹⁶¹ Lagstiftaren ansåg det emellertid inte vara orimligt att anställda i en verksamhet där skapandet av datorprogram är en naturlig del av arbetsuppgifterna får finna sig i att programmen kan komma att ändras eller bearbetas för att passa olika typer av användning.¹⁶²

¹⁵⁶ 3 § 2 st. URL.

¹⁵⁷ Kockvedgaard/Levin, s 132.

¹⁵⁸ Lindberg/Westman, s 174.

¹⁵⁹ 3 § 3 st. URL.

¹⁶⁰ SOU 1956:25 s. 127.

¹⁶¹ Se bl.a. Nordell, Per Jonas, *Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden*, NIR 1993 s 374. Nordell menar att en övergång strider mot den ideella rättens överlåtbarhet, uppställd i 3 § URL. Istället menar han att den ideella rätten i dessa fall borde *avlyftas* eller *konsumeras*. Härmed skulle en slags legal eftergift åstadkommas. Den ideella rätten skulle därmed upphöra i den art och omfattning som motiverades av arbetsgivarens behov av att exploatera verket.

¹⁶² Prop. 1992/93:48 s 117.

4.5.3 Inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt

Som nämnts ovan har det ansetts att upphovsmannens ensamrätt inte kan vara oinskränkt. För att upprätthålla balansen mellan olika intressenter i samhället har vissa inskränkningar i ensamrätten därför införts i URL. Bestämmelserna ger vissa personer rätt att vidtaga åtgärder som enligt huvudregeln skulle vara förbehållna upphovsmannen eller annan rättighetsinnehavare. Inskränkningarna har införts i lagens andra kapitel. Vissa av bestämmelserna gäller flera olika verkstyper medan andra endast gäller särskilt angivna verk. I detta avsnitt skall de särskilda bestämmelserna som gäller för datorprogram behandlas.

4.5.3.1 Användarens särskilda rättigheter

Det har tidigare framhållits att datorprogram besitter en s.k. dubbel natur. Med detta menas att datorprogram, till skillnad från traditionella verk, är både tekniska och litterära till sin karaktär. För att möjliggöra att datorprogram kan användas på ett ändamålsenligt sätt, utan att strida mot URL, har vissa särbestämmelser för datorprogram införts. Bestämmelserna återfinns i 26 g § och 26 h § URL och har sin grund i datorprogramdirektivet. De svenska reglerna är i stor utsträckning en direktöversättning av bestämmelserna i direktivet.¹⁶³ Det bör uppmärksammas att vissa bestämmelser som återfinns i dessa paragrafer är tvingande till användarens förmån medan andra kan avtalas bort.¹⁶⁴

Var och en som har förvärvat rätten att använda ett datorprogram kan åberopa de särskilda användarrättigheterna. Det har ingen betydelse hur användaren har förvärvat rätten. Såväl upplåtelse, överlåtelse, arv eller annat tänkbart sätt är förvärv som leder till att de särskilda användarrättigheterna aktualiseras.¹⁶⁵

Som nämnts förut skapas det i samband med exekveringen av ett datorprogram olika kopior i datorns minnen. Dessa kopior innebär en exemplarframställning, vilken är förbehållen upphovsmannen. Om inte någon särreglering hade funnits hade användaren behövt inhämta upphovsmannens samtycke varje gång programmet skulle användas. I 26 g § 1 st URL anges därför att den som har förvärvat rätten att använda ett datorprogram får framställa sådana exemplar av programmet som är *nödvändiga* för att han skall kunna använda programmet för dess *avsedda ändamål*. Denna bestämmelse tillåter således sådan exemplarframställning som är en teknisk förutsättning för att använda ett program, s.k. *brukskopiering*. Brukskopieringsrätten är dock inte tvingande och kan därför avtalas bort i ett avtal mellan upplåtaren och användaren.¹⁶⁶

¹⁶³ Lindberg/Westman, s 176.

¹⁶⁴ 26 g § sista st. och 26 h § sista st.

¹⁶⁵ Prop. 1992/93:48, s 127.

¹⁶⁶ 26 g § sista st. é contrario.

Av samma paragraf följer att användaren har rätt att göra sådana *ändringar* i programmet som krävs för att det skall kunna användas på ändamålsenligt sätt. Detta gäller också rättelser av eventuella fel i programmet. Hur långt denna rätt sträcker sig är dock osäkert. Möjligen innebär det endast att användaren får göra de ändringar som behövs för ett oproblematiskt användande av datorprogrammet. Mera funktionella ändringar, såsom olika former av uppgraderingar, torde däremot vara förbehållet upphovsmannen. Även dessa rättigheter är dispositiva och kan avtalas bort.¹⁶⁷

Enligt 26 g § andra stycket får rättmätig användare också framställa *säkerhetskopior* ("back-up-kopior") av programmet. Paragrafen syftar till att användaren skall kunna upprätthålla en godtagbar datormässig säkerhet i sin verksamhet. Det nämns inte hur många kopior som får framställas för detta ändamål. Detta är troligen inte heller relevant att ange då de exemplar som framställs enligt denna bestämmelse inte får användas för andra ändamål än säkerhet. Det ligger också i sakens natur att det endast kan röra sig om en eller ett par kopior.¹⁶⁸ Detta innebär att kopiorna endast får användas om originalen av någon anledning inte kan användas. Efter det att rätten att utnyttja programmet upphört får säkerhetskopiorna inte heller användas. Rätten att framsälla säkerhetskopior är tvingande och kan alltså inte inskränkas genom avtal. I licensavtal brukar däremot stadgas att licenstagaren förbinder sig att radera säkerhetskopiorna vid licenstagarens utgång.¹⁶⁹

Ytterligare en tvingande rättighet för användaren återfinns i 26 g § fjärde stycket URL. Användaren har enligt denna bestämmelse rätt att "iaktta, undersöka eller prova programmets funktion i avsikt att fastställa de idéer eller principer som ligger bakom programmets olika detaljer". Denna *observationsrätt* måste dock ske i samband med sådan laddning, visning på skärm, körning, överföring eller lagring av programmet som användaren har rätt att utföra. Observationsrätten, som ofta – inte helt adekvat – benämns "*reverse engineering*", ger användaren en möjlighet att inspireras av idéerna bakom programmet och utifrån dessa utveckla nya, egna program. Detta kan ses som ett uttryck för principen att upphovsrätten inte innebär ett idéskydd utan endast ett formskydd. Några nya rättigheter ger alltså inte bestämmelsen användaren. Vad som regleras är istället möjligheterna att genom avtal begränsa användarens rätt att utnyttja programmet i detta avseende. Villkor som inskränker användarens rätt att observera programmet för att utröna dess bakomliggande idéer är således ogiltiga.¹⁷⁰

Slutligen återfinns i 26 h § URL en mycket omdiskuterad inskränkning i upphovsrätten till datorprogram. Bestämmelsen ger användaren en tvingande rätt att *dekompilera* (d.v.s. omvandla programmets objektкод till

¹⁶⁷ Lindberg/Westman, s 178.

¹⁶⁸ Olsson, s. 199.

¹⁶⁹ Lindberg/Westman, s 177.

¹⁷⁰ Lindberg/Westman, s 178 f.

källkod) datorprogrammet i syfte att uppnå samverkan med ett annat program.

Dekompileringsrätten har kritiserats för att programskapare ges ett för svagt skydd för sina verk. Visserligen omfattas inte de bakomliggande idéerna av skyddet men med kännedom om källkoden är det lättare att skapa ett nytt program med samma funktion som det ursprungliga men med en annan programkod. Möjligheten att kopiera programmet ökar därmed. Trots detta har dekompileeringsrätten ansetts nödvändig. Bestämmelsen är en implementering av motsvarande bestämmelse datorprogramsdirektivet.¹⁷¹ För att inte olika de facto standarder skall kunna fungera som konkurrenshinder, har möjligheten att uppnå samverkan mellan olika program ansetts nödvändig. Bestämmelsens yttersta syfte är alltså att befrämja konkurrensen mellan olika programleverantörer.¹⁷²

Som en kompromiss mellan de olika motpolerna har dekompileeringsrätten i 26 h § URL gjorts starkt begränsad. Dekompileringen får, som nämnts ovan, endast ske i syfte att uppnå samverkan med andra program. Härutöver uppställs tre rekvisit som måste vara uppfyllda för att dekompileeringsrätt skall föreligga. Åtgärden får endast utföras av någon som har rätt att använda programmet eller för dennes räkning av en person som har fått rätt att utföra åtgärden. Den information som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga skall inte tidigare ha varit lätt åtkomlig. Slutligen är dekompileeringen begränsad till de delar av originalprogrammet som är nödvändiga för att uppnå den avsedda samverkansförmågan.

Vidare finns vissa begränsningar med avseende på resultatet av dekompileeringen. Resultatet får inte användas för andra ändamål än att uppnå den avsedda samverkansförmågan. Resultatet får endast överlämnas till andra om detta är nödvändigt för att uppnå avsedd samverkansförmåga. Informationen får inte heller användas för utveckling, tillverkning eller marknadsföring av ett väsentligen likartat datorprogram. Slutligen anges att resultatet inte får användas på annat sätt som utgör intrång i upphovsrätten. Den sista punkten kan närmast liknas vid en "slasktratt" vilken är avsedd att omfatta alla situationer som inte är exemplifierade i 26 h § URL.¹⁷³

Kravet på att informationen inte skall ha varit lättåtkomlig ger programskaparen goda möjligheter att begränsa dekompileering av sina program. Genom att själv tillhandahålla information om programkoden till användaren förhindras denne att själv dekompileera koden. Användaren är endast berättigad att se de delar av programkoden som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga. Programskaparen har därför stor kontroll över vilka delar av koden som användaren får tillgång till genom att endast lämna ut de nödvändiga delarna av källkoden.¹⁷⁴

¹⁷¹ Artikel 6 direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram.

¹⁷² Prop. 1992/93:48 s. 129 f.

¹⁷³ Plogell, s 57.

¹⁷⁴ Lindberg/Westman, s 180.

4.6 Intrång och sanktioner

För att rättigheterna i URL skall ha något reellt värde för rättighetsinnehavaren krävs garantier för att de inte utan vidare kan sättas åt sidan av andra. Intrång i rätten till datorprogram kan gälla såväl den ekonomiska som den ideella rätten till datorprogram. En kränkning av den ideella rätten till ett datorprogram skulle kunna utgöras av att någon ändrar ett program på ett sådant sätt att upphovsmannens rykte skadas. En vanligare kränkning av den ideella rätten till datorprogram är troligen att upphovsmannen inte anges då ett program omsätts eller används.

Sannolikt är det dock för de ekonomiska rättigheterna som intrången blir mest kännbara. Det kanske allra största problemet för programskaparen är idag den olovliga kopieringen, s.k. *piratkopiering*. Den enkelhet och snabbhet med vilken en kopia kan framställas, med en kvalitet som inte nämnvärt skiljer sig från originalet gör kopiering av datorprogram mycket lockande. Då kostnaderna för sådan kopiering dessutom är tämligen låg ter sig denna ytterst lönande ur ett ekonomiskt perspektiv.¹⁷⁵

Då upphovsrätten är en privaträttslig angelägenhet ankommer det i första hand på den enskilde upphovsmannen att själv vidtaga åtgärder mot eventuell intrång. Härutöver har det dessutom ansetts vara nödvändigt med offentligrättsliga sanktioner. Anledningen att privaträttsliga medel inte har ansetts tillräckliga är, liksom för t.ex. stöld av fysiska föremål, ett stort allmänintresse för att upphovsrätten respekteras. För datorprogrammets del är det framförallt ekonomiska och handelspolitiska hänsyn som talar för ett offentligrättsligt skydd. Dessutom skulle underlåtenhet från myndigheterna att effektivt se till så att systemet respekteras och fungerar leda till olika åtgärder från andra länder, vars upphovsmän eller upphovsrättsliga industrier drabbas av intrången (jfr t.ex. TRIPS-avtalet samt BK och VK).¹⁷⁶

De sanktionsmöjligheter som står till buds vid upphovsrättsligt intrång är *straff, vitesförbud, skadestånd* samt en del *säkerhetsåtgärder*.

Straffansvar för intrång i upphovsrätten återfinns i 53 § URL. Enligt paragrafen döms den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet gjort intrång i upphovsrätten till böter eller fängelse i upp till två år. Detta gäller fullt ut för datorprogram. Den som gjort intrång genom att kopiera ett datorprogram för enskilt bruk kan dock, som nämnts ovan, inte ådömas något straff. Detta gäller emellertid endast om förlagan inte används i näringsverksamhet samt att kopian uteslutande används för enskilt bruk.¹⁷⁷ Den främsta motiveringen till detta har behandlats ovan. Dessutom kan särregleringen anses föranledd av de kriminalpolitiska problemen med att straffbelägga kopiering för

¹⁷⁵ SOU 1985:51 s 101.

¹⁷⁶ Olsson, s 229.

¹⁷⁷ 53 § 2 st URL.

enskilt bruk i allmänhet.¹⁷⁸ Däremot kan såväl vitesförbud som skadestånd komma att tillämpas i dessa fall.

Skadestånd utgår enligt 54 § URL dels för obehörigt utnyttjande dels för annat intrång i upphovsrätten. Skadestånd kan utgå även om intrångsmannen befriats från straffansvar. Utnyttjas ett verk i strid med bestämmelserna i upphovsrättslagen skall, enligt 54 § URL, skäligt vederlag alltid utgå. Skadestånd utgår således även om utnyttjandet skett i god tro. Härmed ersätts ren förmögenhetsskada trots att den inte orsakats genom brott. Om utnyttjande sker uppsåtligen eller av oaktsamhet skall rättighetsinnehavaren ersättas dels för annan förlust än utebliven vinst, dels för lidande och annat förfång. Vid övriga intrång skall, om åtgärden skett uppsåtligt eller oaktsamt, ersättning utgå för förlust, lidande eller annat förfång. Skadeståndet skall betalas till upphovsmannen eller annan som innehar rättigheterna i dennes ställe. Exempelvis kan en organisation, mot vederlag, överta rätten till skadestånd. Detta har också skett i en del kända fall inom datorbranschen. Business Software Alliance (BSA) är ett exempel på en sådan organisation som övertagit rätten till skadestånd från en rad kända svenska och utländska programvaruföretag.¹⁷⁹ Härmed slipper företagen själv lägga ner tid på att spåra upp och sakföra eventuellt intrång i deras rättigheter.¹⁸⁰

Vitesförbud mot upphovsrättsligt intrång är en relativt ny företeelse i svensk upphovsrätt. Bestämmelsen återfinns i 53 a § och innebär att domstol på yrkande av upphovsmannen eller hans rättighetssinnehavare – inbegripet den som har en exklusiv licens – vid vite kan förbjuda den som utför intrång att fortsätta med åtgärden.¹⁸¹ Bestämmelsen har, i jämförelse med straff och skadestånd, den fördelen att rättighetsinnehavaren varken behöver styrka uppsåt eller oaktsamhet. Inte heller behöver denne visa intrångets skadeverkningar. Det räcker att det objektivt sett föreligger ett intrång. En annan fördel är att beslut om vite kan meddelas som interimistiskt förbud under pågående rättegång. På detta vis kan rättighetsinnehavaren snabbt få stopp på intrånget. Någon högsta gräns för vitesbeloppet finns inte. Beloppet skall ställas så högt att fortsatt missbruk inte lönar sig. Däremot är det enligt 43 § 4 st URL inte möjligt med dubbla sanktioner i form av både straff och vite.¹⁸²

Säkerhetsåtgärder av olika slag återfinns i 55 § URL. Om ett intrång har skett kan domstolen besluta om inlösen av olagliga exemplar, t.ex. disketter

¹⁷⁸ Prop. 1992/93:48 s 134.

¹⁷⁹ BSA är en världsomspännande organisation som arbetar för att förhindra användning av programvara utan licens. Bland deras medlemmar återfinns stora företag som t.ex. Adobe, Apple Computer, Macromedia, Microsoft, Network Associates och Symantec. Bland de svenska företag som är medlemmar återfinns bl.a. Cadpoint och Scandinavian PC Systems. (www.bsa.org, 2001-10-02)

¹⁸⁰ Olsson, s 241 ff.

¹⁸¹ Prop. 1993/94:122 s 45 ff.

¹⁸² LindbergWestman, s 188.

med kopierade datorprogram. Om rättighetsinnehavaren begär det kan domstolen istället besluta om att olagliga exemplar skall förstöras eller ändras på visst sätt, t.ex. genom att hårddisken på en dator omformateras. Åtgärderna i 55 § URL får dock inte vidtas mot en person som i god tro innehar exemplaret. Härutöver kan också hjälpmedel som använts vid olovlig exemplarframställning, t.ex. en cd-brännare, förverkas för att förhindra fortsatt brottslighet.¹⁸³

För att möjliggöra för rättighetsinnehavare att säkra bevisning om ett eventuellt intrång infördes 1999 nya bestämmelser om *intrångsundersökning*. Reglerna återfinns i 56 a-h §§ URL och kan sägas utgöra en sorts civilrättslig form av husrannsakan. Således behöver fallet inte anmälas till åklagare för att denne skall utnyttja de straffprocessuella tvångsåtgärder som finns att tillgå i rättegångsbalken. Beslut om intrångsundersökning fattas av domstol och verkställs av Kronofogdemyndigheten.

¹⁸³ Olsson, s 243 ff.

5 Slutkommentarer

Syftet med föreliggande uppsats har varit att redogöra för det upphovsrättsliga skydd som datorprogram åtnjuter i Sverige. I anslutning till denna redogörelse har vissa tillämpningsproblem analyserats och kommenterats. Syftet med detta avslutande kapitel är framförallt att lyfta fram och något ytterligare kommentera de problemområden som behandlats i framställningen ovan. Det är också författarens avsikt att ge sin synpunkt på huruvida det upphovsrättsliga skyddets är lämpligt som immaterialrättsligt skydd för datorprogram.

Det kan inledningsvis konstateras att upphovsrättslagens tillämpning vid det här laget är väl etablerad på datorprogram, såväl i Sverige som utomlands. Redan innan detta kodifierades i lagtext var uppfattningen att datorprogram skulle omfattas av upphovsrätten, snarare än t.ex. av patent. Trots detta är skyddet, enligt författarens mening, inte idealiskt. I flera avseenden råder det fortfarande stor osäkerhet angående *hur* upphovsrättslagen i praktiken skall tillämpas på datorprogram. Det kan också ifrågasättas om upphovsrätten erbjuder ett fullgott skydd för datorprogram. Att det råder diskrepans mellan den svenska uppfattningen beträffande upphovsrättens tillämpning på datorprogram och den uppfattning som antagits inom EU vittnar också om att tillämpningen inte är alldeles självklar.

Flera av de tillämpningsproblem som författaren har stött på hänger ihop med själva *skyddsobjektet* – datorprogrammet. Stor oklarhet råder härvid för det första om vad det är i datorprogrammet som skyddas men även om vad som skall konstituera ett datorprogram. Avsaknaden av en legaldefinition gör naturligtvis att rättsosäkerheten blir större än om en klar regel härom hade införts. Någon uttrycklig definition lämpar sig enligt författarens mening troligtvis ändå inte då denna med all sannolikhet snabbt skulle bli obsolet. Däremot är det mer förvånande att det fortfarande, såväl i Sverige som i EU och USA, råder så stor osäkerhet om vad i datorprogrammet som skall omfattas av skyddet. Det kan tyckas beklagligt att svensk domstol när den ställdes inför problemet i det ovan behandlade Nintendofallet endast i förbifarten behandlade frågan. Högsta Domstolen hade här ett ypperligt tillfälle att avgöra skyddsobjektets räckvidd och därmed klargöra rättsläget. En slutsats som dock skulle kunna dras av detta fall är att domstolen medvetet utelämnade ett generellt uttalande om skyddsobjektets omfattning för att inte måla in sig i ett hörn. Möjligen är domstolen av uppfattningen att även denna fråga skall avgöras kasuistiskt. Det hade emellertid varit bra om de hade klargjort sin ståndpunkt i denna fråga.

Att skilja mellan ett datorprogramms konkreta utformning, vilken omfattas av upphovsrätten och programmets bakomliggande idé har också visat sig vara en komplicerad uppgift. De olika teorier som vuxit fram, framförallt i amerikansk praxis, för att underlätta bedömningen för domstolen har i

praktiken visat sig vara svåra att tillämpa. Även detta leder till en rättsosäkerhet. Osäkerheten återfinns inte bara hos den som skapat det första programmet utan även för de som med hjälp av idén skapar ett eget datorprogram. Det kan härvid vara svårt att själv dra denna gräns mellan tillåtet utnyttjande och otillåtet intrång. Även i detta fall är det upp till domstolen att i det enskilda fallet göra en bedömning.

Det bör också framhållas att det beträffande datorprogram ofta är själva idén, i kombination med algoritmen, som ur ett kommersiellt perspektiv är det skyddsvärda. Själva kodningen är många gånger ett tämligen rutinartat arbete.

Av tidigare kapitel har framgått att den svenska upphovsrättslagen och EG-rätten på vissa punkter intar olika ståndpunkter. Framförallt gäller detta det svenska verkshöjdsriteriet och konsumtionsprincipen. I datorprogramdirektivet uppställs ett lågt krav för att datorprogram skall beredas skydd enligt upphovsrätten. Härvid krävs det endast att programmet utgör en av uphovsmannen självständig skapelse. I Sverige fortsätter såväl rättstillämparen som lagstiftaren att uppställa relativt höga krav på verkshöjd. Denna diskrepans skulle kunna tyda på att skyddsformen inte är idealisk för datorprogram. Det är också förvånande att Sverige fortsätter att tillämpa global konsumtion trots att det inom EU råder enighet om att regional konsumtion skall tillämpas. Då gemenskapsrätten är överordnad nationell rätt kommer med stor sannolikhet principen om regional konsumtion att införas även i svensk rätt.

Den främsta fördelen som uppsatsskrivaren kan se med rådande skyddsform är att den är väl inarbetad, såväl i Sverige som internationellt. Ytterligare en fördel är att uphovsrätten i de flesta länder är formlös och att det finns konventioner, tillträdna av de flesta länder, som ger uphovsrättsligt skyddade verk ett internationellt skydd. Då datorprogram också skapas av enskilda personer som troligtvis inte hade sökt skydd om det krävdes registrering talar det formlösa förfarandet starkt till uphovsrättens fördel. Eftersom fysiska personer även med lätthet kan sprida sina program världen över är det en fördel att skyddet är formlöst.

Efter denna genomgång kan det konstateras att det enligt författarens mening på intet vis är självklart att uphovsrätten ensamt utgör det mest lämpade skyddet. Vad kan då väntas de lege ferenda?

På flera håll verkar acceptansen för att låta datorprogram omfattas av patent öka. Detta är en utveckling som länge har pågått i föregångslandet USA men även i Europa pågår för tillfället arbete med att revidera patentlagen, bland annat med avseende på patentskydd av datorprogram. Även om det finns ett uttryckligt undantag för datorprogram såväl i svensk som europeisk patentlag har det i praxis sedan en tid givits möjlighet till att, i vissa fall, erhålla patent på datorprogram.

En fördel som patentskyddet kan anses besitta i jämförelse med upphovsrätten är att det även omfattar idéer och lösningar på problem. Därmed erbjuder patentskyddet i flera avseenden ett starkare skydd än upphovsrätten. Det starkare skyddet kan tänkas bättre attrahera riskkapital, hindra kopiering samt underlätta försäljning och licensiering av utvecklade datorprogram. I förlängningen torde ett starkare skydd gynna utvecklingen av datorprogram och motverka intrång.¹⁸⁴

Det finns dock kritiker som hävdar att en ökad patentmöjlighet kommer att medföra stora nackdelar för programvaruindustrin. Härvid har det bl.a. framhållits att driftskostnaderna för mjukvaruföretag kommer att öka eftersom de juridiska avdelningarna måste stärkas. Maktbalansen inom industrin riskerar också att skiftas mot de större företagen som med sina resurser är de enda som har möjlighet att söka och försvara sina patent. Risken finns då att mindre mjukvaruföretag kommer att få svårare att etablera sig och hitta riskkapital. Ett sätt att underlätta för mindre företag att söka patent vore att införa ett enklare och billigare patentförfarande. Ökade patentmöjligheter skulle annars, i slutändan, kunna leda till ökade kostnader för konsumenten på grund av minskad konkurrens.

Med anledning av resonemanget ovan anser uppsatsskrivaren att det upphovsrättsliga skyddet ensamt innebär stor rättsosäkerhet för skaparen av datorprogram. Mycket talar därför för att utöka möjligheterna till kompletterande skydd. Det som då ligger närmast till hands verkar vara att även i lag införa en möjlighet till patent. Ett utökat skydd torde leda till en ökad rättsäkerhet och därmed stimulera till investeringar i datorprogramutvecklingen.

¹⁸⁴ Lind, Urban och Edlund, Fabian, *många fördelar med mjukvarupatent*, 00-11-24, http://www.dagensit.se/pub/pub96_19.asp?art_id=7064.

Bilaga A

Ur Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

Upphovsrättens föremål och innehåll

1 § Den som har skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket oavsett om det är

1. skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal,
2. datorprogram,
3. musikaliskt eller sceniskt verk,
4. filmverk,
5. fotografiskt verk eller något annat alster av bildkonst,
6. alster av byggnadskonst eller brukskonst, eller
7. verk som har kommit till uttryck på något annat sätt.

Till litterära verk hänförs kartor, samt även andra i teckning eller grafik eller i plastisk form utförda verk av beskrivande art.

Vad som i denna lag sägs om datorprogram skall i tillämpliga delar gälla även förberedande designmaterial för datorprogram. Lag (1994:190).

2 § Upphovsrätt innefattar, med de inskränkningar som nedan stadgas, uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar därav och genom att göra det tillgängligt för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstform eller i annan teknik.

Såsom framställning av exemplar anses även att verket överföres på anordning, genom vilken det kan återgivnas.

Verket göres tillgängligt för allmänheten då det framföres offentligt, så ock då exemplar därav utbjudes till försäljning, uthyrning eller utlåning eller eljest sprides till allmänheten eller visas offentligt. Lika med offentligt framförande anses framförande som i förvärvsverksamhet anordnas inför en större sluten krets.

3 § Då exemplar av ett verk framställs eller verket göres tillgängligt för allmänheten, skall upphovsmannen

angivnas i den omfattning och på det sätt god sed kräver.

Ett verk må icke ändras så, att upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränkes; ej heller må verket göras tillgängligt för allmänheten i sådan form eller i sådant sammanhang som är på angivet sätt kränkande för upphovsmannen.

Sin rätt enligt denna paragraf kan upphovsmannen med bindande verkan eftergiva endast såvitt angår en till art och omfattning begränsad användning av verket.

5 § Den som genom att sammanställa verk eller delar av verk åstadkommit ett litterärt eller konstnärligt samlingsverk har upphovsrätt till detta, men hans rätt inskränker icke rätten till de särskilda verken.

6 § Har ett verk två eller flera upphovsmän, vilkas bidrag icke utgöra självständiga verk, tillkommer upphovsrätten dem gemensamt. De äga dock var för sig beivra intrång i rätten.

7 § Såsom upphovsman anses, där ej annat visas, den vars namn eller ock allmänt kända pseudonym eller signatur på sedvanligt sätt utsättes på exemplar av verket eller angives då detta göres tillgängligt för allmänheten.

Är ett verk utgivet utan att upphovsmannen är angiven såsom i förstastycket sägs, äger utgivaren, om sådan är nämnd, och eljest förläggaren företräda upphovsmannen, till dess denne blivit angiven på ny upplaga eller genom anmälan i justitiedepartementet.

9 § Upphovsrätt gäller inte till

1. författningar,
2. beslut av myndigheter,
3. yttranden av svenska myndigheter och
4. officiella översättningar av sådant som avses i 1-3.

Upphovsrätt gäller dock till verk vilka ingår i en handling som avses i första stycket och är av följande slag:

1. kartor,
2. alster av bildkonst,
3. musikaliska verk eller
4. diktverk.

Upphovsrätt gäller även till ett verk som ingår i en bilaga till ett beslut av en myndighet, om beslutet avser rätten att ta del av den allmänna handling där verket ingår. Lag (2000:92).

10 § Upphovsrätt till ett verk gäller även om verket har registrerats som mönster. Upphovsrätt gäller inte till kretsmönster för halvledarprodukter. Om rätten till sådana kretsmönster finns särskilda bestämmelser. Lag (1994:190).

Framställning av exemplar för enskilt bruk

12 § Var och en får framställa enstaka exemplar av offentliggjorda verk för enskilt bruk. Exemplaren får inte användas för andra ändamål.

Första stycket ger inte rätt att

1. uppföra bygnadsverk,
2. framställa exemplar av datorprogram, eller
3. framställa exemplar i digital form av sammanställningar i digital form.

Första stycket ger inte heller rätt att för eget bruk låta en utomstående

1. framställa exemplar av musikaliska verk eller filmverk,
2. framställa bruksföremål eller skulpturer eller
3. genom konstnärligt förfarande efterbilda andra konstverk. Lag (1997:790).

Framställning av exemplar inom undervisningsverksamhet

13 § För undervisningsändamål får exemplar av utgivna verk framställas genom reprografiskt förfarande och upptagningar av verk som sänds ut i ljudradio eller television göras, om avtalslicens gäller enligt 26 i §. Exemplaren och upptagningarna får användas endast i undervisningsverksamhet som omfattas av det avtal som förutsätts för uppkomsten av avtalslicensen.

Första stycket gäller inte om upphovsmannen hos någon av de avtalslutande parterna har meddelat förbud mot exemplarframställningen. Lag (1993:1007).

14 § För undervisningsändamål får lärare och elever göra upptagningar av sina egna framföranden av verk. Upptagningarna får inte användas för andra ändamål. Lag (1993:1007).

Framställning av exemplar inom vissa arkiv och bibliotek

16 § De arkiv och bibliotek som avses i tredje och fjärde styckena har rätt att framställa exemplar av verk, dock inte datorprogram,

1. för bevarande-, kompletterings- eller forskningsändamål,
2. för utlämning till lånesökande av enskilda artiklar eller korta avsnitt eller av material som av säkerhetsskäl

inte bör utlämnas i original eller

3. för användning i läsapparater.

I de fall som avses i första stycket 2 och 3 får exemplar framställas endast genom reprografiskt förfarande.

Rätt till exemplarframställning enligt denna paragraf har

1. de statliga och kommunala arkivmyndigheterna,
2. Arkivet för ljud och bild,
3. de vetenskapliga bibliotek och fackbibliotek som drivs av det allmänna samt
4. folkbiblioteken.

Regeringen får i enskilda fall besluta att vissa andra arkiv och bibliotek än de som anges i tredje stycket skall ha rätt till exemplarframställning enligt denna paragraf. Lag (1994:190).

Spridning av exemplar

19 § När ett exemplar av ett litterärt eller musikaliskt verk eller ett konstverk med upphovsmannens samtycke har överlåtits, får exemplaret spridas vidare.

Första stycket ger inte rätt att tillhandahålla allmänheten

1. exemplar av verk, utom byggnader och brukskonst, genom uthyrning eller andra jämförliga rättshandlingar, eller
2. exemplar av datorprogram i maskinläsbar form genom utlåning. Lag (1997:790).

Visning av exemplar

20 § När ett verk har utgivits får de exemplar som omfattas av utgivningen visas offentligt. Motsvarande gäller när upphovsmannen har överlåtits exemplar av ett konstverk.

Första stycket ger inte rätt att visa exemplar av konstverk genom film eller i television. Exempler av konstverk som avses i första stycket får dock återges genom film eller i television, om återgivningen är av mindre betydelse med hänsyn till filmens eller televisionsprogrammets innehåll. Lag (1993:1007).

Citat

22 § Var och en får citera ur offentliggjorda verk i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet. Lag (1993:1007).

Offentliga debatter, allmänna handlingar m.m.

26 § Var och en får återge vad som muntligen eller skriftligen anföras

1. inför myndigheter,
2. i statliga eller kommunala representationer,
3. vid offentliga debatter om allmänna angelägenheter eller
4. vid offentliga utfrågningar om sådana angelägenheter.

Första stycket 1 och 2 gäller dock inte uppgifter för vilka sekretess gäller enligt 8 kap. 27 § sekretesslagen (1980:100).

Vid tillämpning av första stycket gäller

1. att skrifter vilka åberopas som bevis, utlåtanden och liknande får återges endast i samband med en redogörelse för det mål eller ärende i vilket de förekommit och endast i den omfattning som motiveras av ändamålet med redogörelsen,
2. att en upphovsman har ensamrätt att ge ut samlingar av sina anföranden och
3. att det som anföras vid sådana utfrågningar som avses i första stycket 4 inte får återges i ljudradio eller television med stöd av den bestämmelsen. Lag (2000:92).

26 a § Var och en får återge verk, vilka ingår i de handlingar som avses i 9 § första stycket och är av de slag som anges i 9 § andra stycket 2-4. Detta gäller dock inte ett sådant verk som avses i 9 § tredje stycket. Upphovsmannen har rätt till ersättning, utom när återgivningen sker i samband med

1. en myndighets verksamhet eller
2. en redogörelse för ett mål eller ärende i vilket verket förekommit och verket återges endast i den omfattning som motiveras av ändamålet med redogörelsen.

Var och en får återge handlingar som är upprättade hos svenska myndigheter men inte är sådana som avses i 9 § första stycket. Andra stycket gäller inte beträffande

1. kartor,
2. tekniska förebilder,
3. datorprogram,
4. verk som skapats för undervisning,
5. verk som är resultatet av vetenskaplig forskning,
6. alster av bildkonst,
7. musikaliska verk,
8. diktverk eller
9. verk av vilka exemplar genom en myndighets försorg tillhandahålls allmänheten i samband med affärsverksamhet. Lag (2000:92).

26 b § Allmänna handlingar skall oavsett upphovsrätten tillhandahållas enligt 2 kap. tryckfrihetsförordningen.

Upphovsrätten hindrar inte att ett verk används i rättsvårdens eller den allmänna säkerhetens intresse. Lag (1997:790).

Särskilda bestämmelser om datorprogram m.m.

26 g § Den som har förvärvat rätt att använda ett datorprogram får framställa sådana exemplar av programmet och göra sådana ändringar i programmet som är nödvändiga för att han skall kunna använda programmet för dess avsedda ändamål. Detta gäller även rättelse av fel.

Den som har rätt att använda ett datorprogram får framställa säkerhetsexemplar av programmet, om detta är nödvändigt för den avsedda användningen av programmet.

Exemplar som framställs med stöd av första eller andra stycket får inte utnyttjas för andra ändamål och får inte heller användas när rätten att utnyttja programmet har upphört.

Den som har rätt att använda ett datorprogram får iakta, undersöka eller prova programmets funktion för att

fastställa idéer och principer som ligger bakom programmets olika detaljer. Detta gäller under förutsättning att det sker vid sådan laddning, visning på skärm, körning, överföring eller lagring av programmet som han har rätt att utföra.

Den som har rätt att använda en sammanställning får förfoga över den på det sätt som är nödvändigt för att han skall kunna använda sammanställningen för dess avsedda ändamål.

Avtalsvillkor som inskränker användarens rätt enligt andra, fjärde eller femte stycket är ogiltiga. Lag (1997:790).

26 h § Återgivning av ett datorprogramskod eller översättning av kodens form är tillåten om åtgärderna krävs för att få den information som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga mellan programmet och ett annat program. Detta gäller dock endast under förutsättning att följande villkor är uppfyllda:

1. åtgärderna utförs av en person som har rätt att använda programmet eller för hans räkning av en person som har fått rätt att utföra åtgärderna,
2. den information som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga har inte tidigare varit lätt åtkomlig för de i 1 angivna personerna och
3. åtgärderna är begränsade till de delar av originalprogrammet som är nödvändiga för att uppnå den avsedda samverkansförmågan.

Första stycket innebär inte att informationen får

1. användas för andra ändamål än att uppnå den avsedda samverkansförmågan,
 2. överlämnas till andra personer, utom när detta är nödvändigt för att uppnå den avsedda samverkansförmågan,
 3. användas för utveckling, tillverkning eller marknadsföring av ett datorprogram som i förhållande till det skyddade programmet haren väsentligen likartad uttrycksform eller
 4. användas för andra åtgärder som utgör intrång i upphovsrätten.
- Avtalsvillkor som inskränker användarens rätt enligt denna paragraf är ogiltiga. Lag (1993:1007).

Allmänna bestämmelser om överlåtelse

27 § Upphovsrätt må, med den begränsning som följer av vad i 3 § sägs, helt eller delvis överlåtas. Överlåtelse av exemplar innefattar icke överlåtelse av upphovsrätt. I fråga om beställd porträttbild äger upphovsmannen dock icke utöva sin rätt utan tillstånd av beställaren eller, efter dennes död, av hans efterlevande make och arvingar.
Beträffande överlåtelse av upphovsrätt i vissa särskilda avseenden föreskrivs i 30--40 §§. Dessa bestämmelser tillämpas dock endast i den mån ej annat avtalats. Lag (1992:1687).

28 § Om ej annat avtalats, äger den till vilken upphovsrätt överlåtit icke ändra verket samt ej heller överlåta rätten vidare. Ingår rätten i en rörelse, må den överlåtas i samband med överlåtelse av rörelsen eller del därav; överlåtarens svarar dock alltjämt för avtalets fullgörande.

29 § Om en upphovsman till en framställare av ljudupptagningar eller upptagningar av rörliga bilder överlåter sin rätt att genom uthyrning av sådana upptagningar göra ett verk tillgängligt för allmänheten, har upphovsmannen rätt till skälig ersättning.
Avtalsvillkor som inskränker denna rätt är ogiltiga. Lag (1997:309).

Datorprogram skapade i anställningsförhållande

40 a § Upphovsrätten till ett datorprogram, som skapas av en arbetstagare som ett led i hans arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren, övergår till arbetsgivaren, såvida inte något annat har avtalats. Lag (1992:1687).

Upphovsrättens giltighetstid

43 § Upphovsrätt till ett verk gäller intill utgången av sjuttionde året efter det år då upphovsmannen avled eller, i fråga om verk som avses i 6 §, efter den sist avlidne upphovsmannens dödsår. Upphovsrätt till ett filmverk gäller i stället intill utgången av sjuttionde året efter dödsåret för den sist avlidne av huvudregissören, manusförfattaren, dialogförfattaren och kompositören av musik som har skapats speciellt för verket. Lag (1995:1273).

44 § För verk som har offentliggjorts utan att upphovsmannen har blivit angiven med sitt namn eller med sin allmänt kända pseudonym eller signatur gäller upphovsrätten intill utgången av sjuttiondeåret efter det år då verket offentliggjordes. Om verket består av två eller flera delar, räknas tiden för varje del för sig. Om upphovsmannen inom den tid som anges i första stycket avslöjar sin identitet, gäller bestämmelserna i 43 §.

För verk som inte har offentliggjorts och vars upphovsman inte är känd gäller upphovsrätten intill utgången av sjuttionde året efter det år då verket skapades.

Särskilda bestämmelser

50 § Litterärt eller konstnärligt verk må ej göras tillgängligt för allmänheten under sådan titel, pseudonym eller signatur, att verket eller dess upphovsman lätt kan förväxlas med förut offentliggjort verk eller dess upphovsman.

51 § Om litterärt eller konstnärligt verk återgives offentligt på ett sätt som kränker den andliga odlingens intressen, äger domstol på talan av myndighet som regeringen bestämmer vid vite meddela förbud mot återgivandet. Vad nu är sagt skall ej gälla återgivande som sker under upphovsmannens livstid. Lag (1978:488).

52 § I samband med utdömande av vite äger rätten efter vad som finnes skäligt föreskriva åtgärder för att förebygga missbruk av exemplar som avses med förbud enligt 51 §, så ock av föremål som kan användas endast för framställning därav. Sådan föreskrift må avse, att egendomen skall förstöras eller på visst sätt ändras.

Vad i denna paragraf stadgas gäller ej mot den som i god tro förvärvat egendomen eller särskild rätt därtill. Egendom som avses i första stycket må i avbidan på föreskrift som där sägs tagas i beslag; därvid skall vad om beslag i brottmål i allmänhet är stadgat äga motsvarande tillämpning.

53 § Den som beträffande ett litterärt eller konstnärligt verk vidtar åtgärder, som innebär intrång i den till verket enligt 1 och 2 kap. knutna upphovsrätten eller som strider mot föreskrift enligt 41 § andra stycket eller mot 50 §, döms, om det sker uppsåtligt eller av grov oaktsamhet, till böter eller fängelse i högst två år.

Den som för sitt enskilda bruk kopierar ett datorprogram som är utgivet eller av vilket exemplar har överlåtit med upphovsmannens samtycke, skall inte dömas till ansvar, om förlagan för kopieringen inte används i näringsverksamhet eller offentlig verksamhet och han inte utnyttjar framställda exemplar av datorprogrammet för annat ändamål än sitt enskilda bruk. Den som för sitt enskilda bruk framställer exemplar i digital form av en offentliggjord sammanställning i digital form skall under de förutsättningar som nyss nämnts inte dömas till ansvar.

Vad som sägs i första stycket gäller också, om någon till Sverige för spridning till allmänheten för in exemplar av verk, där exemplaret framställts utomlands under sådana omständigheter att en sådan framställning här skulle ha varit straffbar enligt vad som sägs i det stycket.

Den som har överträtt ett vitesförbud enligt 53 a § får inte dömas till ansvar för intrång som omfattas av förbudet.

För försök eller förberedelse till brott som avses i första och tredje styckena döms till ansvar enligt 23 kap. brottsbalken. Lag (1997:790).

55 § Den som vidtager åtgärd som innebär intrång eller överträdelse varom i 53 § sägs är skyldig att, såvitt det finnes skäligt, mot lösen avstå egendom med avseende på vilken intrång eller överträdelse föreligger till upphovsmannen eller hans rättssinnehavare. Detsamma gäller i fråga om trycksats, kliché, form och liknande hjälpmedel, som kan användas endast för framställning av egendom som nu har sagts.

I stället för att förordna om inlösen enligt första stycket får rätten, på yrkande av upphovsmannen eller hans rättssinnehavare, efter vad som finnes skäligt föreskriva, att egendom som där avses skall förstöras eller på visst sätt ändras eller att andra åtgärder skall vidtagas med den till förebyggande av missbruk. Sådan talan får väckas även av åklagare, om det är påkallat ur allmän synpunkt. Föreskrift som här avses skall inte meddelas, om förverkande eller åtgärd till förebyggande av missbruk skall beslutas enligt brottsbalken.

Bestämmelserna i första och andra styckena gäller ej mot den som i godtro förvärvat egendomen eller särskild rätt till den och ej heller om det olagliga förfarandet består i utförande av bygnadsverk.

Har annat föremål än som avses i första stycket använts som hjälpmedel vid sådan framställning av exemplar av verk som utgör brott enligt denna lag, får föremålet eller dess värde förklaras förverkat, om det är påkallat till förebyggande av brott eller annars särskilda skäl föreligger. Vad som nu har sagts skall tillämpas också i fråga om föremål, som har använts vid försök till brott som avses här, eller som omfattas av åtgärd som utgör förberedelse till sådant brott. Lag (1982:284).

56 § Utan hinder av vad i 55 § är stadgat äger rätten, om det med hänsyn till det konstnärliga eller ekonomiska värdet hos exemplar av verk eller övriga omständigheter finnes skäligt, på därom framställt yrkande meddela tillstånd att exemplaret mot särskild ersättning till upphovsmannen eller hans rättssinnehavare göres tillgängligt för allmänheten eller eljest användes för avsett ändamål.

Om intrångsundersökning

56 a § Om det skäligen kan antas att någon har gjort ett intrång, eller en överträdelse som avses i 53 §, får domstolen för att bevisning skall kunna säkras om intrånget eller överträdelsen besluta att en undersökning får göras hos denne för att söka efter föremål eller handlingar som kan antas ha betydelse för utredning om intrånget eller överträdelsen (intrångsundersökning).

Ett beslut om intrångsundersökning får meddelas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse.

Bestämmelserna i första och andra styckena tillämpas också ifråga om försök och förberedelse enligt 53 § femte stycket. Lag (1998:1454).

56 b § Ett beslut om intrångsundersökning meddelas av den domstol där rättegång som rör intrånget pågår. Om rättegång inte är inledd, gäller i fråga om behörig domstol vad som är bestämt om tvistemål som rör intrång.

Vad som sägs i rättegångsbalken om inskränkning av domstols behörighet i fråga om tvist som skall tas upp i annan ordning än inför domstolskall dock inte tillämpas.

En fråga om intrångsundersökning får tas upp endast på yrkande av upphovsmannen eller upphovsmannens rättssinnehavare eller den som på grund av upplåtelse har rätt att utnyttja verket. Om rättegång inte är inledd, skall yrkandet framställas skriftligen.

Innan ett beslut om undersökning meddelas skall motparten ha fått tillfälle att yttra sig. Domstolen får dock omedelbart meddela ett beslut som gäller till dess annat har beslutats, om ettdröjsmål skulle medföra risk för att föremål eller handlingar som har betydelse för utredning om intrånget skaffas undan, förstörs eller förvanskas. I övrigt skall en fråga om intrångsundersökning som uppkommer då rättegång inte är inledd handläggas på samma sätt som om frågan uppkommit under rättegång. Lag (1998:1454).

56 c § Ett beslut om intrångsundersökning får meddelas endast om sökanden ställer säkerhet hos domstolen för den skada som kan tillfogas motparten. Saknar sökanden förmåga att ställa säkerhet, får domstolen befria sökanden från det. I fråga om slaget av säkerhet gäller 2 kap. 25 § utsökningsbalken.

Säkerheten skall prövas av domstolen, om den inte har godkänts av motparten. I fråga om överklagande av domstolens beslut om intrångsundersökning och i fråga om handläggningen i högre domstol gäller vad som föreskrivs i rättegångsbalken om överklagande av beslut enligt 15 kap. rättegångsbalken. Lag (1998:1454).

57 a § Den som i annat fall än som avses i 53 § säljer, hyr ut eller för försäljning, uthyrning eller annat förvärvssyfte innehar ett hjälpmedel som är avsett endast för att underlätta olovligt borttagande eller kringgående av en anordning som anbringats för att skydda ett datorprogram mot olovlig exemplarframställning, döms till böter eller fängelse i högst sex månader. Lag (1992:1687).

59 § Brott som avses i denna lag får åtalas av åklagare endast om målsägande anger brottet till åtal eller åtal är påkallat ur allmän synpunkt.

Överträdelse av stadgandet i 3 § eller av föreskrift enligt 41 § andra stycket må städse beivras av upphovsmannens efterlevande make, skyldeman i rätt upp- och nedstigande led eller syskon.

Egendom varom i 55 § sägs må, där brott som avses i denna lag skäligen kan antagas föreligga, tagas i beslag; därvid skall vad om beslag i brottmål i allmänhet är stadgat äga motsvarande tillämpning. Lag (1982:284).

Lagens tillämpningsområde

60 § Bestämmelserna om upphovsrätt tillämpas på

1. verk av den som är svensk medborgare eller har sin vanliga vistelseort i Sverige,
2. verk som först utgivits i Sverige eller samtidigt i Sverige och utom riket,
3. filmverk vars producent har sitt säte eller sin vanliga vistelseort i Sverige,
4. här uppfört byggnadsverk,
5. konstverk som utgör del av här belägen byggnad eller på annat sätt är fast förenat med marken.

Vid tillämpning av första stycket 2. anses samtidig utgivning ha ägt rum, om verket utgivits i Sverige inom trettio dagar efter utgivning utomlands. Vid tillämpning av första stycket 3. anses, där ej annat visas, den vars namn på sedvanligt sätt utsatts på exemplar av filmverket som verkets producent.

Bestämmelserna i 26 j och 26 k §§ tillämpas på verk av den som är svensk medborgare eller har sin vanliga vistelseort i Sverige.

Bestämmelserna i 44 a § tillämpas på utgivningar och offentliggöranden av den som är svensk medborgare eller har sin vanliga vistelseort i Sverige. Bestämmelserna tillämpas också på utgivningar och offentliggöranden av juridiska personer som har säte i Sverige.

Bestämmelserna i 50 och 51 §§ tillämpas på varje litterärt eller konstnärligt verk, oberoende av dess ursprung. Lag (1998:1552).

Käll- och Litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1956:25, s 61

SOU 1985:51, s 85

Prop. 1993/94:122

Prop. 1992/93:48

Prop. 1988/89:85

NJA II 1961 s 38

EG-rätt

Dir. 2001/29/EG

Dir. 93/98/EEG

Dir. 91/250/EEG

KOM(2000) 199 slutlig, om genomförandet och effekterna av direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram

KOM(95) 382 slutligt, Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

KOM(88) 172 final, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology

COM/88/816

Gemenskapens förberedande rättsakter nr 599PC0250

Litteratur

Carlén-Wendels, Thomas

Nätjuridik, Lag och rätt på Internet, 2:a upplagan, Stockholm 1998

Koktvedgaard, M/Levin, M

Lärobok i Immaterialrätt, 6:e upplagan, Stockholm 2000

Lindberg, A/Westman, D

Praktisk IT-rätt, Stockholm 1999

Olsson, Henry

Copyright, 6:e upplagan, Stockholm 1998

Olsson, Henry,

Upphovsrättslagen, en kommentar, Stockholm 1996

Plogell, Michael

Immaterialrättsliga aspekter på datorprogram, Stockholm 1996

Seipel, Peter

Juridik och IT, Introduktion till rättsinformatiken, Stockholm 1997

Seipel, Peter

Rättsskydd av datorprogram, Stockholm 1971

Silberman, Ola

Upphovsrätt till datorprogram Sverige i ett internationellt perspektiv, Stockholm 1990

Randes, Thomas Patentering av datorprogram,
Stockholm 1994
William S. Davis Computing fundamentals: Concepts

Artiklar

Bender, Hanne EDB-rettigheter, Jurist- og
Økonomforbundets Forlag, Randers
1998
Bender, Hanne Ophavsret til brugergrænseflader
”Look and feel”, NIR 1997 s 69
Eklöf, Dan Mjukvara, marknader och
missbruk, NIR 1999 s 157
Karnell, Gunnar NIR 1984, s 147
Koktvedgaard, Mogens NIR 1968 s 144
Nordell, Per Jonas Datorprogrammen och den ideella
rätten i anställningsförhållanden,
NIR 1993 s 374
Liedes, Jukka EG, upphovsrätten och
datorprogram, Programdirektivet –
början till en allmän europeisk
upphovsrättslig reglering, NIR
1995 s 470
Lind, Urban/Edlund, Fabian Många fördelar med
mjukvarupatent, 2000-11-24,
dagensit.se
Plogell, Michael Upphovsrätt till datorprogram ur ett
EG-perspektiv, JT 1993-94, s 67
Rajala, Katariina Rätten att framställa exemplar och
temporär lagring i nätverksmiljö,
NIR, 1999 s 99
Seipel, Peter NIR 1973 s 145
Westman, Daniel Lov & Data, nr 65 (mars 2001), s
10

Internetmaterial

<http://www.wipo.int/treaties/docs/english/u-page31.doc>, besökt 2001-08-25
<http://www.bsa.org>, besökt 2001-10-02
http://www.dagensit.se/pub/pub96_19.asp?art_id=7064.

Intervju

Levin, Marianne Email korrespondens fredagen den 10 augusti,
2001.

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 2000 s 580

NJA 1996 s 79

NJA 1995 s 256

Hovrätten

Hovrätten för Västra Sverige, 1987-12-19 dom DB 159

EG-rätt

Silhouette International v. Schmied, C-355/96

Amerikanska rättsfall

NEC Corp. v. Intel Corp. 10 USPQ 2d Cir. (1989)

Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc. [1987] F:S:R 1

Lotus Development Corp. v. Borland International Inc. 49 F. 3d. 807 1 st Cir. (1995)

594 F. Supp. 617 (C.D. Cal. 1984)

991 F. 2d 511 (9th cir. 1993)

845 F. Supp. 356 (E.D. Va. 1994)

1994 WL 446049 (N.D. Cal.)