

SOFTWARE PIRACY

- ett rättsekonomiskt perspektiv

Förord	3
Kapitel 1. Mål, medel och metod.....	4
1.1. Mål	4
1.2. Medel	4
1.3. Metod	5
Kapitel 2. Ansats och begreppsetablering.....	6
2.1. Immaterialrätter.....	6
2.2. Ekonomi	7
2.3. Rättsekonomi	11
Kapitel 3. Datorer och datorprogram	14
3.1. Historik	14
3.2. Komponenter och mjukvara	15
3.3. Handel med datorer och licenser för datorprogram.....	17
Kapitel 4. Rättighetsintrång	19
4.1. Programvara som föremål för rättighetsintrång	20
4.2. Piratkopiering - metod och omfattning	21
4.3. Piratkopieringens inverkan på nationell och internationell ekonomi	22
Kapitel 5. Licensavtal för datorprogram	23
5.1. Standardavtal.....	23
5.2. Licensavtal för standardprogramvara.....	23
5.4. Praktisk licenshantering	26
Kapitel 6. Upphovsrätt.....	27
6.1. Upphovsrättens struktur i relevanta delar för datorprogram	28
6.2. Upphovsrättens framväxt avseende datorprogram	30
6.3. Upphovsrätt som rättighetsknippen.....	32
Kapitel 7. Undersökning	33
7.1. TRIPs	33
7.2. Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång (Ds 1998:24)	35
7.3. Justitiedepartementets ekonomiska motivering.....	37
Kapitel 8. Världen enligt Coase	38
8.1. Coaseteoremet.....	38
8.2. The Lighthouse in Economics.....	38
Kapitel 9. Rationell avskräckning.....	41
9.1. Information.....	41
9.2. Generell avskräckningsteori.....	42
9.3. Avskräckning från piratkopiering	42
9.4. Alternativ till straffrättslig avskräckning	43
Kapitel 10. Spelteori	44
10.1. Fångarnas dilemma	44
10.2. Piraternas dilemma.....	46
10.3. Kollektivets dilemma	47
Kapitel 11. Moral och immaterialrätt.....	49
11.1. Samhällsdebatt	49
11.2. Immaterialrätters särställning.....	49
11.3. Egenmoral	50
Kapitel 12. Tre personer	51
12.1. Norvald M. Heidel	52
12.2. John Doe	54
12.3. Jonas Gulliksson	56
12.4. Sammanfattning	58
Kapitel 13. Kontroll	59
13.1. Spontan ordning	59
13.2. Den överlägsne kontrollanten.....	59
13.3. Kontrollhierarkier.....	59
Kapitel 14. Rent seeking.....	60
14.1. Lokala monopol	60
14.2. Bundling.....	60
14.3. Effektivitetshinder.....	61
Kapitel 15. Prisdiskriminering	62

15.1. Möjligheter.....	62
15.2. Begränsningar	63
Kapitel 16. Sammanfattning	63
16.1. Immaterialrätt.....	63
16.2. Lagstiftning	65
16.3. Avslutning.....	67
Litteraturlista.....	68
Tryckt material.....	68
Offentligt tryck.....	69
Online material.....	70
Intervjuer, skriftliga och muntliga.....	70

Förord

Det här är ett arbete om effektivitet. I det följande materialet behandlas endast ett koncentrerat rättsområde, illegal kopiering av datorprogram, men merparten av de presenterade tesbyggnaderna äger sin analoga tillämpning på närliggande områden.

Det moderna samhället genomsyras av ekonomi; privat, offentlig, lokal, nationell, regional och global. Som hjälp och styrmedel för att uppnå en lämplig ekonomisk miljö utformas och upprätthålls lagar.

När ett skifte i teknik eller metodik ovanligt fort påverkar vanor, seder och bruk, krävs följaktligen en motsvarande snabb anpassning för berörda spelregler. Ett exempel på detta är hur, vid den industriella revolutionen, för en tid ett vakuum uppstod i arbets- och sociallagstiftningen, något som förvisso sedermera tagits igen.

Ett annat exempel är också det som sker just nu, överallt; en snabbt ökande handel och produktion av hård- och mjukvara till datorsystem, en snabb omstrukturering av informationshantering, en mängd nya tillämpningar för den datorteknik som utvecklas.

Mitt arbete kommer att handla om de principer som styr, kommer att styra och borde styra hanteringen av datorprogram. Allt sett genom en obarmhärtig, rättsekonomisk lupp.

Lund 1998

Marcus Nyman

DEL I - Deskriptiv

Kapitel 1. Mål, medel och metod

1.1. Mål

- **Målet** med uppsatsen är att presentera en analys i rättsekonomisk tappning av det fenomen som otillåten kopiering av datorprogram utgör.
- **Delmål** är att presentera en fullgod bakgrund av teknik, historisk utveckling och rättsläge, så att analysen skall kunna hållas på tillräckligt abstrakt nivå.
- **Utanför** målsättningen lämnas alla frågor som inte utgör en nödvändig del av analysen av sådan otillåten kopiering. Exempel på sålunda exkluderade frågor är hur elektroniska avtal skall bedömas och sekretessregler för databashantering.

1.2. Medel

Ämnet är fragmenterat och spänner över flera delar av den traditionellt uppdelade rättsvetenskapen

Problemen runt otillåten kopiering av datorprogram är förhållandevis nya och få politiska och juridiska institutioner och instanser har därför hunnit behandlat det. Mycket av det som tas upp i arbetet utgör av detta skäl inte särskilt genomarbetad juridik.

Rättsekonomi som ämne är en produktiv teori, i synnerhet i USA författas mycket material. Angående otillåten kopiering av datorprogram finns dock ännu relativt lite material sammanställt.

Vad som finns att tillgå i materialväg av traditionell **juridisk doktrin** är ett fåtal prejudicerande rättsfall där man fört licensbrott och förmedling av programvara till domstol.

Dessutom finns naturligtvis ett antal nationella förarbeten och internationella avtal av relevans.

En i omfattning ständigt ökande allmän debatt har de senaste åren vuxit fram i **dagspress** och **tidskrifter**. Huvudlinjen i denna kan svårligen uttolkas som något annat än behov av förändring och samtidigt en viss uppgivenhet inför konflikten mellan lagstiftning och realitet.

Statistik över kriminalitetens omfattning, massmedia och branschframställt material utgör därför en ovanligt inflytelserik grund för juridisk analys.

I rent **immateriellt** hänseende är situationen något bättre. Behandlat material över upphovsrätt är legio, men datorprogram behandlas sällan i en särskilt framträdande roll jämfört med böcker och andra verk.

1.3. Metod

- Uppgiften löses genom att grundläggande konstruktioner som teknik, marknad, licensavtal och upphovsrättsskydd först beskrivs i relevanta delar.
- Därefter presenteras dagens situation, rättsfall, branschuttalanden och åsikter.
- Därefter används rättsekonomisk teori på marknadsstruktur, rättighetsfördelningar och lagkonstruktioner. Speciell tyngd läggs vid ett vinnlägga en effektiv fördelning av rättigheter.
- Till sist summeras och kommenteras personligt
- Eftersom åtminstone denna version av framställningen författas på svenska, står valet mellan att översätta vissa begrepp och namn, eller att använda den engelska benämningen; Jag har så långt det är möjligt valt de uttryck som uppnått status som fackterminologi i Sverige
- Uppsatsen spaltas upp i en deskriptiv och en analytisk del. Strävan är att fokusera på den analytiska.
- I detta arbete är strävan framförallt att föra fram de viktigaste mekanismerna i marknaden och behandla dessa. Detta sker i ett antal relativt fristående kapitel som vardera för fram olika aspekter och rättsfigurer som är av betydelse för helheten.
- Till viss del är, av nöd och ämnets struktur, arbetet utformat som en exposé genom det berörda rättsområdet.
- Uppsatsen består till viss del av en sammanställning av artiklar, skrivna för massmedia i datorbranschen.

Kapitel 2. Ansats och begreppsetablering

IT-juridik är ett intressant ämne att bedöma ur rättsekonomisk synvinkel.

Dels därför att den pågående datoriseringen av ett flertal centrala verksamhetsområden i samhället - till exempel hur vi kommunicerar, arbetar, köper varor och tjänster, behandlar och lagrar information - tvingar fram en relativt frekvent revidering av lagstiftning. Detta förlopp utgör empiriskt underlag för att förstå och förklara hur lagar skapas och upprätthålls.

Dels därför att IT-juridik erbjuder intressanta problem och frågeställningar, om man letar efter dem, på vilka den rättsekonomiska doktrinen är väl anpassad att appliceras.

2.1. Immaterialrätter

Datorprogram har med hjälp av vissa justeringar främst sorterats under den traditionella immaterialrätten¹.

Frågan kan omedelbart ställas om detta är den bästa, den effektivaste, lösningen.

Kanske överlappar IT-juridik så många äldre rättsområden att en mer sammanhållen speciallagstiftning för eller senare blir nödvändig. Kanske visar sig de traditionella immaterialrätterna i längden inte tillräckligt flexibla.

I vilket fall som helst har skyddsbehov för datorprogram hittills tillgodosetts genom erkännande av immaterialrättighet.

Varför en upphovsman till ett datorprogram åtnjuter rättsligt skydd är kanske inte alldeles självklart. Som skall visas i detta arbete² råder också en splittring i en moraliskt underbyggd debatt om just detta faktum.

En summarisk tillbakablick visar att de historiska orsakerna till denna tingens ordning är ett mycket snabbt tekniskt utvecklingsförlopp³ som oväntat har skapat en substantiell ekonomisk bas. På kort tid blev datorprogram och dithörande teknik viktiga konkurrensmedel och avgörande komponenter i många verksamheter. Viss relaterad branschstatistik presenteras för att belysa detta i kapitel 4.

¹ Se kapitel 6.

² Se kapitel 11.

³ "Jag tror det finns en världsmarknad för ungefär fem datorer." IBM:s styrelseordförande, Thomas Watson (1943).

För att inte omintetgöra vinsterna - och de potentiella framtida vinsterna - av denna utveckling tog lagstiftningen tidigt fasta på incitament för utveckling och långsiktigt uthållig verksamhet. Immaterialrätter befanns utgöra en godtagbar lösning och hittills har den uppfattningen varit den förhärskande⁴.

Fortfarande är rättsområdet snarast att betrakta som juridisk Terra nullius. Jurister har endast haft några decennier på sig att försöka sortera och definiera rättigheter, att anpassa lagregleringar. Hela tiden ändras dessutom förutsättningarna. Därför finns mycket lite material publicerat rörande komplikationer och frågeställningar om otillåten hantering av datorprogram, så kallad piratkopiering⁵.

Datorprogram som rättighetsbärare är en komplex företeelse och harmonierar inte alltid väl med sin roll som kommersiell produkt.

2.2. Ekonomi

Datorprogram som kommersiella produkter är bestyckade med ett antal karaktäristiska särdrag, vilka alla har referenser i den del av nationalekonomisk teori som definierar så kallad *market failure*. Dessutom berör den vidare effekten av datorprogramms användande ytterligare ett antal makroekonomiska konflikter.

En direkt invändning mot att betrakta handel med datorprogram som ett nödvändigt market failure är att en marknad existerar. Programhus producerar programvara och genererar vinst åt sina ägare.

Problemet är inte produkten i sig utan vad som sker när illojalt agerande beaktas⁶.

Ett återkommande tema är de särdrag som datorprogram äger vid illojalitet: En potentiellt enorm utväxling, tack vare möjligheten att tusenfalt och med perfekt resultat mångfaldiga illojalt överkomna program. Ytterligare förstärkt av att marginalkostnaden för en programkopia är noll och att det brott som begås i nuläge inte säkert går att spåra eller ens upptäcka.

2.2.1. Sjunkande marginalkostnader

För produkter med sjunkande styckkostnader och små eller obefintliga marginalkostnader anses kollektiv finansiering – via skatter - ofta vara det bäst

⁴ Se kapitel 6 om lagstiftning och kapitel 8 om *Coase* och *The lighthouse in economics*.

⁵ Ett annat uttryck med mer eller mindre starkt genomslag är ”programstöld”. På engelska kallas fenomenet oftast ”Software piracy”.

⁶ Se kapitel 4.

lämpade alternativet. Sådana produkter låter sig inte naturligt omfattas av utbud och efterfråga eller jämviktsläge. Samtidigt är det totalt effektivitetsfrämjande att produkten produceras och detta blir det övergripande målet⁷.

Datorprogram är utvecklingsintensiva produkter med närmast obefintlig kostnad för exemplarframställning. Utvecklingskostnader täcks efter deras uppkomst via licensförsäljning under programvarans livstid, vilken kan vara ett antal år ner till endast några månader.

2.2.2. Knapphet

Knapphet och valen mellan olika knappa resurser anses vara en grundpelare i den ekonomiska doktrinen, rent av själva grundtanken⁸.

Ett ändligt antal bilar produceras per tidsenhet. Likaså mat, bostäder och sjukvård. I en marknadsekonomi bestäms pris och produktion genom utbud och efterfråga, men vissa naturliga begränsningar ges av till exempel råvarutillgång eller tillgänglig arbetskraft. Följaktligen kommer aldrig allas krav att tillfredsställas fullt ut och de otillfredsställda väljer mellan de alternativ som står till buds för att finna det som ger dem den största nyttan

För datorprogram existerar inte knapphet i egentlig mening. Om man bortser från det faktum att en immaterialrätt kan belasta en applikation⁹ utgörs den enda begränsningen för hur många som kan ta del av programmet av metoderna att överföra det till andra datorer. Själva programmet kan alltid mångfaldigas. Ett datorprogram består trots allt endast av databitar och det råder ingen brist på dessa¹⁰.

2.2.3. Allmänningens tragedi

När äganderätter inte är definierade och en tillgång delas av flera parter riskerar man att drabbas av allmänningens tragedi. Begreppet emanerar från de tidigare existerande allmänningarna runt byar i det gamla bondesamhället där alla släppte sina djur på bete.

Under de rådande omständigheterna fanns inga incitament att ta hänsyn till allmänningens bärkraft över tiden.

⁷ Parkin m.fl. s 280

⁸ Parkin m.fl. "The concepts of scarcity and choice give a definition to economics. **Economics** is the study of how people make *choices* to cope with *scarcity*"

⁹ Annat namn för datorprogram.

¹⁰ Negroponte s 18 ff

Om X djur var det maximala antalet djur som kunde beta utan att förstöra återväxten till nästa år, och de berörda bönderna sammanlagt ägde X+Y djur, fanns inga rationella incitament för den enskilde bonden att avhålla sig från att släppa några av sina djur på bete, enär han visste att det betet hans djur sålunda inte tog del av, ändå förbrukades av de andra böndernas djur.

Ett vidare problem med allmänningar är den stora kontraktsmängd som blir följden om man strävar efter en inbördes kontroll.

Alla måste sluta avtal med alla för att vara säkra på att inte bli lurade. Den totala avtalsmängden blir då mycket stor: $(N(N-1))/2$ - där N är antalet medlemmar i allmanningen¹¹ - och förfarandet blir ineffektivt.

För att undvika ovan beskrivna scenario kan man instituera äganderätter. Att ge var och en av bönderna $1/N$ av marken ger dem incitament att sköta om denna och planera verksamheten över tiden.

På samma sätt förhåller det sig med utveckling av datorprogram. Utan möjlighet att avgränsa rättigheter för de skapade produkterna råkar man in i allmanningens tragedi, då ingen har incitament att skapa något som de andra genast får del av.

2.2.4. Freerider

Ett derivat av allmanningens tragedi är freeriderproblematiken¹². Under de senaste åren har delar av den etablerade datorprogramvarubranschen utmanats av programmerarkollektiv som med hjälp av nätverk och fri tillgång till källkod¹³ för programvaran i fråga¹⁴ tillsammans utvecklar och förbättrar sin produkt.

Så länge det föreligger ideella intressen och samsyn angående målen för utvecklingen existerar inga effektivitetsförluster per se.

Så fort man tar ekonomiskt rationella ståndpunkter drabbas dock kollektivet av freeriderfällor.

Om en programmerare hittar en lösning på ett problem och gör bedömningen att han kommer att tillföra kollektivet en kommersiellt gångbar produkt med ett marknadsvärde om 100.000 SEK, och detta upptar hans tid med en alternativkostnad

¹¹ Skogh & Lane s 38

¹² Skogh & Lane s 37

¹³ Så kallad OSS, Open Source Software

¹⁴ Linux, en UNIX-dialekt utvecklad av den finske programmeraren Linus Torvalds

om 50.000 SEK, är det i programmerarkollektivets intresse att arbetet utförs. För den enskilde programmeraren är nyttan av arbetet endast $100.000/N$ - där N är antalet medlemmar i kollektivet - och det är därför troligt att han väljer någon annan sysselsättning framför en altruistisk uppoffring.

2.2.5. Kollektiv vara

Genom sjunkande marginalkostnader, det faktum att knapphet inte föreligger och problemen att exkludera någon från nyttan av mjukvara uppfylls åtminstone delar av kriterierna för så kallade kollektiva varor. Kollektiva varor definieras och presenteras under kapitel 8.

2.2.6. Prisdiskriminering

Eftersom huvuddelen av den kostnad som möter en licenstagare till ett datorprogram fyller syftet att täcka tidigare utvecklingskostnader (se 2.2.1. ovan) och ytterst liten ytterligare kostnad uppstår för att leverera det enskilda programmet, utgör ett sålt program, till vilket pris som helst, alltid en vinst för upphovsmannen.

Det enda som påverkar vinsten är alternativet att samme kund potentiellt betalas mycket mer. Att sälja ett program till X SEK när en kund har nyttan $X+Y$ av programmet innebär alltså att alternativkostnaden är $X+Y$.

Att därför differentiera priset för mjukvara så att varje potentiell kund betalar så mycket som möjligt blir, åtminstone i ett första skede, effektivt.

Det är av det skälet vi ser hur till exempel restresorna med charterflyg sjunker i pris ju närmare avresedatum man kommer. I första hand försöker man skaffa resenärer som betalar förbokade resor till relativt höga priser. När kundunderlaget uttömts i detta marknadssegment för den aktuella resan, fortsätter man att erbjuda avtal om resor till lägre och lägre priser.

Om flygplanet är hyrt och hotellrummen inbokade och i förväg betalda, kan den sista kunden resa för nära noll SEK och ändå utgöra en vinst för charterbolaget.

Prisdiskriminering återkommer i kapitel 15.

2.2.7. Äganderätt

I Sverige betraktas äganderätt som en samlingsterm¹⁵.

Wesley N. Hohfeld har dock systematiserat äganderätt och delat in den i fyra delrättigheter: Kravrättighet, frihet, kompetens och immunitet¹⁶:

1. *Kravrättighet* motsvaras av att någon utomstående har motsvarande *plikt* till något.
2. *Frihet* innebär att man är *fri från plikt* riktad från någon utomstående.
3. *Kompetens* innebär att äganderättssinnehavaren kan ändra en rättslig relation, till exempel att sälja eller hyra ut något.
4. *Immunitet* innebär en frihet att slippa få den rättsliga relationen ändrad mot sin vilja, till exempel ett skydd mot expropriation

2.3. Rättsekonomi

2.3.1. Motpoler

Förutsätt ett av två scenario.

Det första scenariot är en marknad där fullständig kontroll råder över immaterialrätter. Lagöverträdelse som innebär rättighetsintrång är praktiskt taget obefintliga och de som sker beivras.

Det andra scenariot är en marknad där immaterialrätter inte åtnjuter något skydd *de facto*. Oavsett om lagstiftning erkänner ett skydd *de jure* existerar ingen egentlig skillnad mellan laglig och olaglig hantering eftersom rättighetsintrången inte upptäcks och beivras.

Som kommer att visas senare i arbetet existerar båda dessa utopier i handlingsplaner och önskemål hos olika intressegrupper.

Frågan är nu, vad får dessa scenarion för konsekvenser i marknad och samhälle?

För ekonomer framstår förmodligen en värld med fullt definierade och upprätthållna immaterialrätter som en alltigenom god ordning med instrument tillgängliga för kontroll, ordning och värdering¹⁷.

¹⁵ Skogh & Lane s 24

¹⁶ Skogh & Lane s 27

¹⁷ David D. Friedman, *The New Palgrave*, s 377

För icke-ekonomer gäller förmodligen motsatsen. Vid en första anblick får man anta att immaterialrätter i många fall ter sig tämligen svårbegripliga och rent av onödiga¹⁸. Vi återkommer senare i arbetet till skillnaden i träning och naturligt förhållande till immaterialrätter respektive traditionella äganderätter.

Men vad blir då konsekvensen av hårt kontrollerade immaterialrätter. Om krav på verkshöjd sänks extremt lågt kan kanske enskilda ord i ett språk skyddas. På vilket sätt ger det en total nyttoökning för ett samhälle¹⁹?

I scenariot med oförsvarbara eller obefintliga immaterialrätter krävs en kollektiv lösning enligt ovan. Det finns då inga incitament för utveckling och produktion inom ramen för privat näringsverksamhet på en marknad.

En grundläggande fråga ur nyttomaximerande synvinkel är vilket system som bäst och effektivast producerar de önskade varorna.

2.3.2. Nyttomaximering

Även om man inte når sådana extremer som presenterats ovan, uppstår konflikter.

Förutsätt att datorprogram - förutom i rekreationssyfte - inte i första hand har ett definierat egenvärde utan istället att det värde ett datorprogram uppbär är den motsvarande nytta en potentiell licenstagare ser för dess användning i en större process.

Om fler människor och företag får del av dessa effektivitetsfrämjande redskap, oavsett hur ersättning utgår till upphovsmännen, bör detta lända till en total nyttoökning. Här tangerar rättsekonomisk effektivitet utilitaristisk nyttomaximering. Vare sig rättsekonomen eller utilitaristen, vilka mycket väl kan samverka i symbios, befattar sig med hur välfärd och nytta skall maximeras, endast hur de på bästa sätt skapas och växer²⁰.

Betrakta vidare ett datorprograms roll som infrastruktur som underlättar produktion och marknadstransaktioner. Något som sammantaget leder till en total nyttoökning för en marknad. Jämför ovanstående med resonemanget runt kollektivt finansierade varor och senare under kapitel 8 om det brittiska fyrtonssystemet.

¹⁸ Som exempel kan nämnas STIM:s kampanj hösten 1998 att kommande juls luciatåg skulle betala royaltyer för de fall de uppförde skyddade verk.

¹⁹ Friedman s 377

²⁰ Simmonds s 40

I exemplet med fyrtorn betraktas alternativ till kollektiv och offentlig finansiering av vad som de facto är infrastruktur.

En ansats för detta arbete är att datorprogram kan omfattas av fyrtornsexemplets vidare analogi.

2.3.3. Konkurrens

I det följande kommer en framställning av den immaterialrättsliga lagstiftning som syftar till att skapa definierade äganderätter till intellektuella prestationer - som att skapa datorprogram – att presenteras. Dessutom kommer de ekonomiska drivkrafterna för utveckling, lojalitet och illojalitet att sammanställas, bland annat genom ett antal modeller och spelteorier

En utgångspunkt är att konkurrens med hjälp av datorprogram kan föreligga i två led:

1. Mellan programhus som konkurrerar om marknadsandelar med sina produkter
2. Mellan näringsidkare som genom implementering av datorprogram i verksamheten försöker vinna övertag över varandra

I fallet mellan näringsidkare är det viktigt för dem att den lösning de betalar för till ett programhus inte samtidigt blir tillgänglig till lägre kostnad²¹ för en konkurrent. För att programhusens produkter skall vara attraktiva måste de skapa ett mervärde hos kunden, antingen absolut eller relativt mot konkurrenter.

Valet av angreppsvinkel - rättsekonomi - grundar sig i att rättsekonomi ger ett klart resultat i mätbara termer; kostnad och effektivitet.

Andra teorier utgör kanske bättre underlag för rättvisa eller moralisk förståelse, men rättsekonomisk doktrin fäster inte särskilt stort avseende vid sådant.

²¹ Till exempel genom ren piratkopiering, licensfusk eller prisdiskriminering.

Kapitel 3. Datorer och datorprogram

3.1. Historik

Utvecklingen av IT sker inte endast till volym och omfattning, också metoderna för implementering och användande förändras kontinuerligt.

Uppfinningar med syfte att underlätta databehandling har tillkommit sedan mycket lång tid tillbaka. Redan för 6.000 år sedan uppfanns de första kulramarna²².

Den första rent elektroniska datorn var ENIAC²³ som kom i drift i USA 1946²⁴. Från början byggdes ENIAC om inför varje beräkningsuppdrag, men redan under första året i drift kom John von Neumann med flera till den revolutionerande idén att genom styrdata logiskt programmera ENIAC för en ny uppgift utan att fysiskt behöva bygga om maskinen. Skiljsmässan mellan hårdvara och mjukvara tog alltså plats mycket tidigt och distinktionen har i princip bevarats sedan dess²⁵.

För några år sedan dominerade stordatorer som användes för de allra mest krävande beräkningar företag och institutioner ansåg sig behöva. Tillgång till dessa beräkningsenheter skedde från början via specialutbildade tekniker vars enda uppgift var att genomföra de beräkningar andra anställda önskade få utförda.

Något senare började de ingenjörer och forskare som behövde tillgång till beräkningsutrustningen själva via terminaler vid sina arbetsplatser kunna ge instruktioner till stordatorerna²⁶.

Idag baseras de flesta företags datorsystem på ett flertal personliga arbetsstationer, vilka numera allt oftare integreras i nätverk.

En återgång till kraftfulla serverdatorer och minimalt bestyckade klientdatorer²⁷ vilka delar på resurserna hos servern är ånyo ett alternativ, om än inte i nuläge operativt i någon signifikant omfattning.

I de följande avsnitten återges naturligtvis inga djuplodande tekniska detaljer, eller omfattande förklaringar, för sådant finns utmärkt facklitteratur att tillgodogöra sig.

²² Seipel s 58

²³ Electronic Numerical Integrator And Computer

²⁴ Seipel s 60

²⁵ Seipel s 61 f

²⁶ Seipel s 62

²⁷ Så kallad NetPC.

Endast den enklaste och nödvändigaste terminologin och de mest nödvändiga distinktionerna tas upp till behandling.

3.2. Komponenter och mjukvara

En första, viktig distinktion är att skilja mellan å ena sidan hårdvara²⁸ eller, tydligare uttryckt, datorkomponenter, och å andra sidan mjukvara²⁹, alltså program, styrsystem, och applikationer³⁰.

3.2.1. Komponenter

En dator består av olika komponenter, till exempel processor, hårddisk, ljud- och grafikkort. Dessa komponenter är exempel på hårdvara. Med endast hårdvara kan dock inte mycket uträttas. Några program finns inte i en nymonterad dator, endast vissa basala inställningar³¹.

Enklast möjligt förklarar en dator en beräkningsapparat, vilken fungerar genom att beräkna data, lagra den i minnesbankar och sedan genom ett lämpligt gränssnitt presentera resultatet och möjliggöra fortsatt lagring, sortering eller bearbetning av detta.

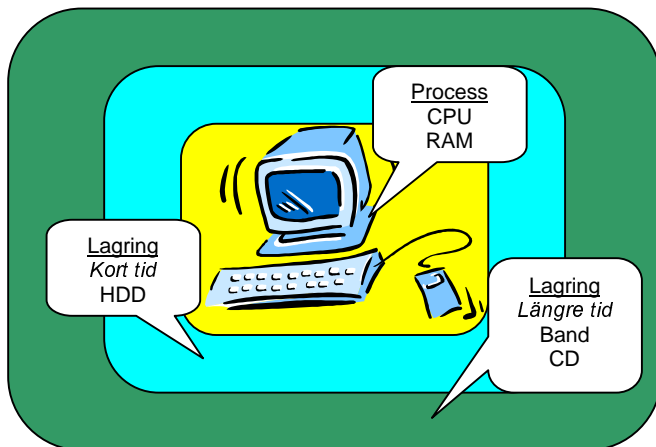


Figure 1: Dator

²⁸ Eng: "Hardware"

²⁹ Eng: "Software"

³⁰ Inte minst äger distinktionen sitt värde när detta arbete skrivs, då frågor om sammanslagning av produktpaket innehållande såväl hårdvara som mjukvara - så kallad *bundling* - förts in i processuella forum i USA.

³¹ BIOS. Basic Input and Output System.

I datorn arbetar en processor med att hämta, bearbeta och distribuera behandlad data. Med hjälp av andra kretskort kan data åskådliggöras på bildskärmar, spelas upp som ljud eller styra tekniska processer som till exempel VVS-system i större byggnader

När data är under behandling eller när den skall arkiveras för senare användning används så kallade minnen. Under en programkörning läser och skriver en processor (CPU³²) till och från internt RAM³³ vilket är elektriskt. När strömmen slås från försvinner de databitar som finns lagrade i RAM. När data hämtas eller skrivs från hårddisken (HDD³⁴) lagras den i magnetisk form. Likaså när man säkerhetskopierar viktig data på olika typer av bandmedia. En nyare typ av lagringsmedia är CD, en optisk lagringsform som vunnit ett allt bredare insteg för såväl säkerhetskopiering som för program och datadistribution³⁵.

Exempel på företag som tillverkar och säljer datorer är IBM, Apple, Compaq och Dell.

3.2.2. Mjukvara

För att över huvud taget praktiskt kunna använda en dator behövs programkod. Ett sätt att överbrygga diskrepansen mellan mänskliga metoder att hantera data; med ord, olika värdemått och symboler, och datorers binära kod; för människor framställt som ett or och nollar³⁶.

Man kan dessutom skilja mellan olika slag av program, till exempel:

- operativsystem,
- applikationsprogram och
- utvecklingsverktyg.

3.2.2.1. Operativsystem

Operativsystemet fungerar som ett hjälpmedel för att använda andra program.

Operativsystem sorterar och presenterar andra program via ett gränssnitt. Till exempel GUI³⁷ operativsystem som Windows95-98/NT, OS/2 och MacOS, vilka använder ett mycket enkelt grafiskt gränssnitt som huvudsakligen kan styras med mus.

³² Central Processing Unit

³³ Random Access Memory

³⁴ Hard Disk Drive

³⁵ Seipel s 63 ff

³⁶ Seipel s 64 f

³⁷ Graphic Utility Interface

3.2.2.2. Applikationer

Applikationer - vanliga program, för ordbehandling, grafik eller ljudhantering, multimedia och spel - finns i alla former och prisklasser.

3.2.2.3. Utvecklingsverktyg

Utvecklingsverktyg är program som används för att utveckla andra applikationer. Mest betydelsefulla är kanske verktyg för programmering, t.ex. C, Java och Visual Basic kompilatorer.

3.2.2.4. Bespoke/Packaged software

Man kan dessutom skilja mellan specialframställd mjukvara³⁸ vilken skapas i ett speciellt syfte, för ett enskilt företag eller en enda process, och standardprogramvaror³⁹. De senare är generellt framtagna produkter som skall kunna användas av olika kunder utan anpassning.

I dator teknikens begynnelse utgjorde specialframställd mjukvara den absoluta merparten av programmarknaden, men programvara var i vilket fall som helst av ringa ekonomisk betydelse, jämfört med kostnaden för de stora investeringar som stordatorer var för bara några decennier sedan⁴⁰.

Idag står licensavtal för standardprogramvara för en allt överskuggande del av marknaden⁴¹.

Exempel på företag som producerar programvara är Microsoft, Apple, Corel, Adobe, Sun m.fl. Dessa kallas i arbetet ofta för *programhus*.

3.3. Handel med datorer och licenser för datorprogram

Hårdvara behandlas avtalsmässigt som andra fysiska varor. Man kan köpa en dator eller komponenter till en dator med full äganderätt eller leasa systemet med samma rättsskydd som för till exempel en video eller en TV-apparat.

Handel med programvara sker efter helt annorlunda principer.

Vad som egentligen händer när programvara i dagligt tal *köps*, är att en licensavgift betalas för rätten att få använda denna programvara.

³⁸ Eng: "Bespoke software"

³⁹ Eng: "Packaged software"

⁴⁰ Andersson s 10 ff

⁴¹ Price Waterhouse

Det faktum att det i ett vanligt programpaket, åtminstone för närvarande, medföljer fysiska föremål som en eller flera CD-ROM⁴², manualer och en box att förvara dessa i är i sammanhanget bara praktiska detaljer, även om de för en juridiskt oskolad betraktare säkert framstår som de reella värdebärarna.

Skillnaden mellan äganderätt och licensrätt till programvara kan för en privat användare uppfattas som praktiskt oviktig. Juridiskt sett föreligger dock en fundamental skillnad, vilken presenteras under kapitel 6 om bland annat *rättighetsknippen*.

Licensavtal kan vara utformade på olika sätt, generellt gäller dock olika inskränkningar i licenstagarens rätt att hantera programkod.

Det står upphovsrättsinnehavaren – programhuset - och licenstagaren civilrättsligt fritt att utforma licensavtalet efter olika principer⁴³. För standardprogramvara till privat användare och mindre företag förekommer ingen explicit avtalsförhandling. Här används istället standardiserade licensavtal som licenstagaren förbinder sig att följa genom olika godkännande handlingar, oftast vid installationen av själva programmet⁴⁴.

Det avgörande är således antalet licenser för viss programvara en användare skaffat, inte antalet paket och manualer denne har erhållit vid avtalet.

Samma CD-ROM med programvara kan naturligtvis rent praktiskt användas för att installera program på flera datorer.

Det kanske finns mer än en dator i hemmet. En enmansföretagare har kanske en portabel dator som används i hemmet av familjen, samtidigt som programlicensen installerats på en stationär dator på kontoret.

De möjliga kontraktuella kombinationerna är många och risken för brott mot licensavtalet - oavsiktliga eller medvetna - likaså. Se vidare om detta i kapitel 5.

⁴² CD-ROM är förkortning för Compact Disc Read Only Memory. De skivor som produceras av privatpersoner och mindre rörelser utgörs av olika standarder, som CD-R och CD-RW. I detta arbete kallas alla med ett samlingsnamn för CD-ROM.

⁴³ Licensen kan till exempel innebära rätt för licenstagaren att installera programmet på en dator, eller på hur många stationer som helst men bara för licenstagaren personligen.

⁴⁴ Det för närvarande vanligaste licensavtalet innehåller principen om en licens, en installation. Med andra ord en skyldighet att, om licenstagaren installerar programvara på en andra dator, denne förpliktas avinstallera samma program från första datorn.

Kapitel 4. Rättighetsintrång

Programvarubranschen ansätts över hela världen mycket hårt av piratkopiering. De senaste årens teknikutveckling har medfört olika skyddsmetoder i form av koder och kopieringsskydd, men datorprogram är trots allt bara kod och kan forceras. Hittills har programvaruindustrin inte lyckats skapa något i längden hållbart skydd för kopiering.

Ett signifikant problem för bedömandet av olaglig kopiering av datorprogram, är att det är hart när omöjligt att utröna exakt hur stort omfång verksamheten har. Detta av förklarliga skäl.

Vid brott som berör främst fysiskt exkluderbara varor, som bilar, kläder, eller för den delen datorhårdvara, är rättighetsintrång och eventuell skada lätt påvisbart.

Icke så för datorprogram.

För en normal standardprogramvaruprodukt, finns inget fysiskt hinder för en illojal licenstagare att från källan till originalkopian, oftast CD-ROM, installera eller låta kopiera programkod till annan lagringsmedia utöver licensrätten.

I ett nätverk kan bokstavligen tusentals installationer ske från en ensam CD-ROM.

Effekten av illojalt beteende är alltså inte omedelbart mätbart på annat sätt än en ökad nytta för de illojala.

Rättighetsinnehavaren har utan extraordinära åtgärder inga som helst möjligheter att skaffa sig en uppfattning om rättighetsintrångens mörkertal. Han behöver aldrig märka att intrånget skett.

Följaktligen måste bedömningen av piratverksamhet hjälpas upp med nya och kontroversiella metoder.

BSA⁴⁵ använder sig av ett system där man gör stickprovskontroller på arbetsstationer och kontrollerar hur många olika program som finns installerade, förutom operativsystem och spel⁴⁶. Man får då ut ett genomsnittsvärde. Sedan jämför man försäljningen av programlicenser med försäljning av hårdvara. Man får då ett bråktal som kan jämföras med det genomsnittsvärde för antal program per dator, man tidigare räknat fram.

⁴⁵ Business Software Alliance. En branschorganisation där många av de stora programhusen, bland annat Microsoft, ingår som medlemmar.

⁴⁶ I Europa ligger medelantalet program per dator på 3.0 - 3.6.

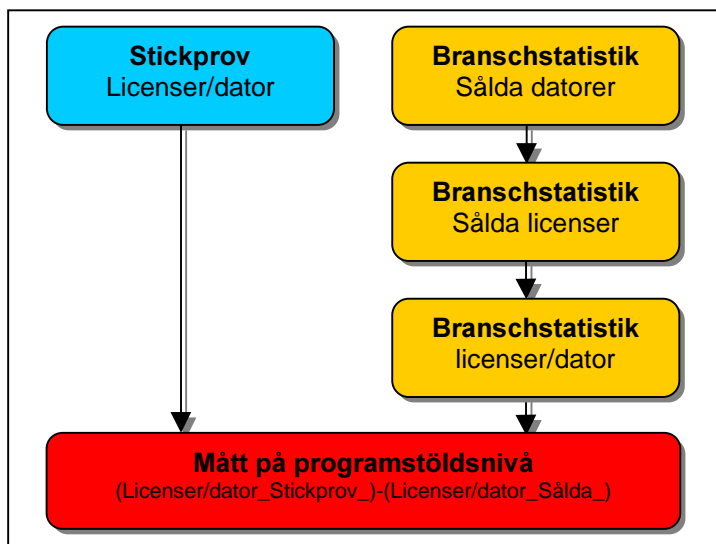


Figure 2: BSA:s beräkningsmetod

Det är från diskrepansen häremellan, som BSA drar sina slutsatser om omfattningen av piratkopiering i ett område, nation eller region.

4.1. Programvara som föremål för rättighetsintrång

Standardprogramvara utgör den absolut största delen av programvarumarknaden med en årlig omsättning i Västeuropa på över 7 miljarder dollar. Branschen genererar dessutom över 170.000 arbetstillfällen och motsvarande drygt fyra miljarder dollar i skatter i Västeuropa⁴⁷.

Det är standardprogramvara som står för den absoluta merparten av piratkopieringsmarknaden.

Detta av rationella skäl.

Specialframställd mjukvara är oftast högt individualiserad och anpassad för varje enskild beställare, och har således litet eller inget värde för utomstående systemanvändare. Vidare är antalet licenser så lågt att de lättare låter sig överblickas och genom sin individualitet är de avsevärt lättare att spåra.

Standardprogramvara däremot säljs i många fall i upplagor om flera hundra tusen, och väl ute på privatmarknaden är möjligheten till överblick kraftigt förminskad.

På grund av det sätt man hanterar programvara som produkt, och på grund av den teknik som används för att inkorporera programvara med licenstagarens övriga hård-

⁴⁷Price Waterhouse s 4 f. Uppdaterad statistik finns tillgänglig genom BSA:s website.
<http://www.bsa.org>

och programvara, existerar närmast obegränsade möjligheter att utnyttja standardprogramvara utanför lagens rāmärken.

Enligt Microsoft Scandinavias Anti piracy manager Norvald Heidel ”kopieras standardprogramvara helt enkelt dārför att den går att kopiera”⁴⁸.

Det är dessutom enligt Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) tillåtet att för eget bruk framställa säkerhetskopior och andra slag av nödvändiga kopior, vilket för in ytterligare en grāzon mellan legal och illegal hantering av programvara.

4.2. Piratkopiering - metod och omfattning

De flesta program går av säkerhetsskäl att kopiera, detta för att minska skadorna vid systemfel, inre och yttre störningar som strömavbrott och datorvirus.

Även de program som kräver registrering och lösenord kan göras tillgängliga genom att de modifieras så att skyddsspärrarna kringgås eller tas bort helt - programmen knäcks⁴⁹.

För en tid sedan trodde man att den nya teknologin bakom CD-ROM skulle försvåra så mycket att piratkopiering gjordes relativt sett mera oattraktiv⁵⁰.

I skrivande stund har dock de så kallade CD-brännare som kan användas för produktion av CD-R och CD-RW sjunkit i pris till under femtusen kronor, vilket tvärtom gjort piratkopiering ännu mera lönsamt.

De program som säljs för användning i näringslivet kan kosta upp till sextiotusen kronor och några speciella nischprodukter ännu mer. Priset för en tom CD-R är för närvarande bara cirka tio kronor. Serverplats på internet är ännu billigare.

I princip ger ingen annan bransch i näringslivet möjlighet till liknande utbyte av upphovsrättsintrång.

⁴⁸ En återkommande uppfattning om attityder rörande programvara som objekt med skyddsvärde. En sammanfattande presentation ges i kapitel 11.

⁴⁹ Speciella program bestående enbart av registreringskoder och lösenord för att möjliggöra installation av olika piratkopierade program finns tillgängliga.

⁵⁰ En CD kan rymma ungefär 650 MB data. Förutom för de fåtal personer som hade tillgång till snabba nätverksförbindelser var det enda skrivbara lagringsmediet som fanns till buds för överkomliga belopp vanliga floppydisketter vilka lagrar 1.44 MB. Man tänkte sig att det stora antal floppydisketter som krävdes för att motsvara en CD skulle vara ett besvärande hinder.

Trots att BSA ansett sig dra återhållsamma slutsatser av sina mätningar, blir resultaten häpnadsväckande: I Västeuropa skulle således piratkopieringen stå för 49 procent av marknaden. I USA är motsvarande mängd 29 procent. I extremfallet för Västeuropa - Italien - utgjorde den illegala marknaden under 1992 hela 85 procent⁵¹.

För datorspel, vilka sällan kostar mer än femhundra kronor per styck, och annan programvara med motsvarande låga royaltier finns inte någon statistik upprättad, men branschorganisationer och andra bedömare anser att det här i vissa fall rör sig om avsevärt mycket högre andel piratkopiering (se piratkopieringsmodell under kapitel 12 för en grafisk presentation).

4.3. Piratkopieringens inverkan på nationell och internationell ekonomi

IT-industrin i Västeuropa beräknas omsätta ca 146 miljarder dollar per år och utgöra närmare två procent av arbetskraftsbehovet⁵².

Standardprogramvaror beräknas växa med ca 15 - 16 procent per år fram till år 2000.

Om piratkopieringen kan minskas till USA:s nivå - 29 procent - beräknar BSA att närmare sextiotusen nya arbeten kommer att skapas. Vid år 2000 kan då uppskattningsvis 360.000 människor beredas arbete inom packaged software branschen.

BSA påpekar dessutom att de nya arbeten som kan skapas i många fall är kvalificerade sådana. Man tänker sig också avsevärda spin-off effekter för de ekonomier som kan minska sin andel piratkopiering och därigenom öka sin industriella kunskapsnivå genom större andel högteknologisk expertis och spetskunskaper mot konkurrerande ekonomier⁵³.

⁵¹ I vissa sydostasiatiska länder beräknas dock piratkopieringen var så totalt grasserande att någon egentlig upphovsrätt inte går att tala om. Man brukar i branschen till exempel ange 99 procent piratkopiering för Vietnam.

⁵² Price Waterhouse s 4 f. Uppdaterad statistik finns tillgänglig genom BSA:s website.

<http://www.bsa.org>

⁵³ Även den direkta effekten av ökade vinster för programvaruföretagen, som möjliggör ökade resurser för forskning och utveckling bör vara av intresse för de som önskar nyare och bättre programvara.

Kapitel 5. Licensavtal för datorprogram

Under senare år, när programvara blivit relativt sett billigare, och mängden licenser per användare ökar, förenklas licensavtalen till standardprogram och man använder sig mer eller mindre uteslutande av olika standardavtal på konsumentmarknaden och även mellan företag.

5.1. Standardavtal

Varför standardavtal? Praktiskt verksam juridisk personal⁵⁴ uppfattar fördelarna som varande främst:

- *Standardiserad* och gemensam grund för köpeavtalet inom viss bransch.
- *Anpassning* av reglerna i avtalet till gällande praxis och förhållanden inom den aktuella branschen.

De motiverar uppfattningen så att nya företeelser i en ekonomi, t ex leasing och handel med datorprogram, normalt regleras genom standardavtal, istället för genom lagstiftning.

Man ser även vissa nackdelar; standardavtal riskerar att förskjuta risken till den starkare avtalspartens fördel, i det här fallet programhusen.

Den viktigaste inskränkningen för en sådan riskförskjutning i standardavtalen, torde vara 36§ AvtL, där missgynnad avtalspart har rätt att få avtalet rättsligt prövat, och möjlighet till jämkning eller undanröjande.

Standardavtal måste enligt huvudregeln i svensk praxis, dock ej lag, förebringas motpart muntligt eller skriftligt, före avtalsslut för att bli del av avtalet⁵⁵.

5.2. Licensavtal för standardprogramvara

Licens innebär att en innehavare av en immaterialrätt, för datorprogram oftast upphovsrätt, ger en licenstagare nyttjanderätt till denna. Ersättning för licens brukar kallas royalty, men begreppet förekommer inte i en framträdande roll vid normal handel.

En viktig princip, som återkommer i den rättsekonomiska analysen, är att licenstagaren genom licensen även försäkras sig om att icke licenstagare inte har

⁵⁴ Lindberg s 15

⁵⁵ Bernitz s 28

tillgång till programvaran, så att nyttjanderätten och därigenom tillgängligheten till produkten kan vara en relativ fördel - jämfört med icke licenstagare - för honom i hans verksamhet.

Licensavtal omfattas inte av några särskilda regler i svensk lagstiftning, utan utgör en särskild avtalstyp, så kallad avtal sui generis⁵⁶.

5.2.1. Licenstyper

Ett antal olika former existerar för licensavtalens utformning. De allra flesta är, som nämnts ovan, standardavtal.

Några exempel på licensavtal är enkel, licens, exklusiv licens och flytande licens.

5.2.1.1. Enkel licens

En enkel licens inskränker inte licensgivarens rätt att ge ut ytterligare licenser till andra än licenstagaren. Vanligast vid konsumentförhållanden och standardprogram till företag.

5.2.1.2. Exklusiv licens

En enkel licens innebär att licenstagaren försäkras om att ingen annan i ett geografiskt område, inte heller licensgivaren, använder sig av programvaran.

5.2.1.3. Flytande licens

Vid så kallade bulklicensköp, där institutioner eller företag behöver ett större antal licenser, utformas avtalet ofta så att det enda som regleras är antalet installerade kopior av programvaran inom licenstagarens organisation.

5.2.2. Shrink-wrap licenser

När programvara handlas med i detaljhandel, i synnerhet vid handel med konsumenter, sker avtalsförhandlingen ytterst summariskt.

Normalt presenteras inga avtalshandlingar vid avtalstillfället, alltså när detaljhandlaren tar emot den royalty för programvaran, som kunden betalar för att få tillgång till en kopia av produkten, till exempel på CD-ROM.

Istället använder man sig av olika, mycket innovativa konstruktioner. Ett exempel är så kallade shrink-wrap licenser, en term som kommer sig av den engelska

benämningen på de plasthöljen (shrink-wraps) som programvara levereras i och på vilken avtalstexten finns anslagen, oftast påklustrad. Tanken är att licenstagaren godkänner avtalets utformning genom att bryta förpackningen (exempel ur Landy s 165):

**”BY OPENING THIS SEALED DISK PACKAGE
YOU ARE AGREEING TO BE BOUND BY THE
TERMS OF THIS AGREEMENT. IF YOU DO NOT
AGREE TO THE TERMS OF THIS AGREEMENT,
RETURN THIS PRODUCT TO THE PLACE OF
PURCHASE PROMPTLY FOR A FULL
REFUND.”**

I USA, där den här typen av licenser uppkom, har de stora programhusen satsat betydande kraft och juridisk expertis på att utforma och underhålla dessa shrink-wrap licenser.

Det är bara ett problem. De är i princip helt ogiltiga. Enligt amerikansk case law är shrink-wrap licenser i princip inte bindande, och därför inte ens värda papperet de är skrivna på⁵⁷.

I Sverige strider förfarandet mot huvudprincipen om standardavtals giltighet (se 5.1. ovan), och i SOU 1985:51 s 102 uttalas också mycket klart att sådana konstruktioner i princip inte är bindande.

⁵⁶ Latin: ”*Av sitt eget slag*”. Ett avtal S. kan alltså inte inordnas under någon annan känd avtalstyp.

⁵⁷ Landy s 170

5.3.3. Online-licenser

Genom den snabbt ökande handeln över internet, blir det allt vanligare att

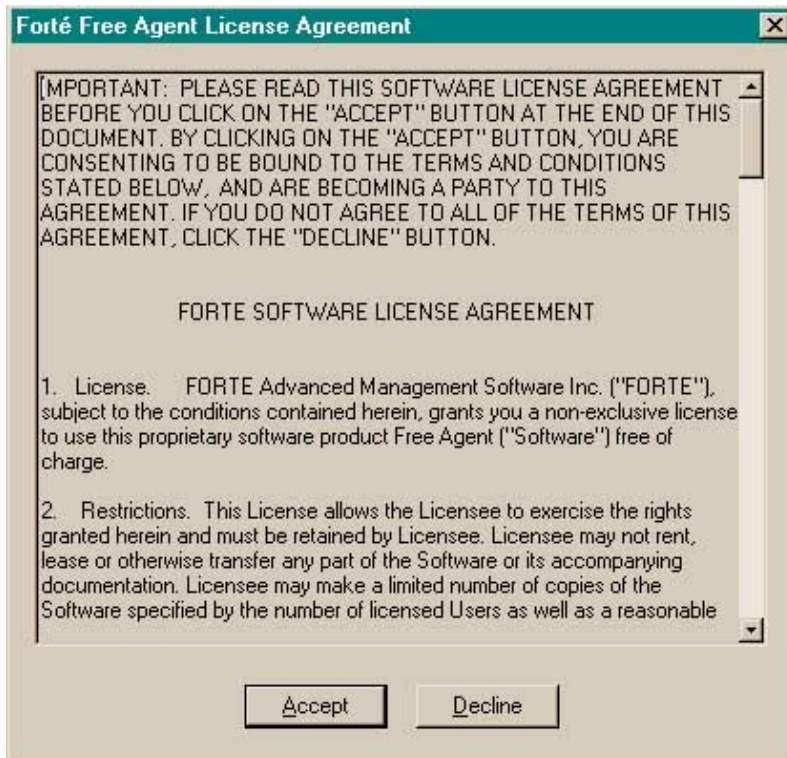


Bild 1: Forté Free Agent License Agreement

programvaror, uppgraderingar etc aldrig handlas med i fysisk mening, medelst hantering av CD-ROM eller disketter, utan genom digital överföring och installation. Även manualer och andra stödfunktioner distribueras digitalt.

Här löses det praktiska problemet med presentation av standardavtalets villkor genom att en dialogruta visas i början av installation, vilken presenterar avtalstexten och uppmanar den presumtive licenstagaren att läsa igenom denna.

För att komma vidare i installationen måste licenstagaren i programmet ange att han läst och godtagit avtalets villkor, samt förbinder sig att följa dessa, för att installationen skall fortsätta. Dessa licenslösningar har i juridisk folkmun döpts till ”click-wraps” i enlighet med deras äldre kusiner shrink-wraps licenserna.

5.4. Praktisk licenshantering

Människor är vana vid att hantera äganderätter och köpeavtal. Praktiskt taget varje dag köper människor mat, tidningar, bensin etc. De flesta av oss tränar medvetet eller omedvetet dagligen på äganderättsavtal. Mer sällan så för licensavtal.

För den genomsnittlige användaren som betalar över disk för ett paket innehållande programvara och supportmaterial som manualer etc, och för detta avlägger en engångsbetalning till ett affärsbiträde, framstår i allt väsentligt transaktionen som ett köpeavtal.

Av denna anledning, samt det faktum att licensavtal är avtal *sui generis*, kan man ta hjälp av Köplagen vid tolkning av licensavtal⁵⁸.

I denna situation finns kanske kärnan till det som behandlas i kapitel 11, nämligen det odefinierade förhållande många har till datorprogram som produkt och det amoraliska i att göra övertramp i upphovsrätter till datorprogram.

Kapitel 6. Upphovsrätt

Avseende datorprogram är den viktigaste lagregleringen möjlighet till Upphovsrättsskydd enligt Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, i fortsättningen förkortad URL. Patentskydd anses inte kunna utfärdas i Sverige, vilket också prövats av Regeringsrätten⁵⁹.

I bland annat USA är dock patentskydd möjligt för vissa typer av mjukvara⁶⁰.

Vid utarbetandet av URL hade man sannolikt inga möjligheter att förutspå datorprograms stora ekonomiska betydelse, och framförallt inte det sätt på vilken försäljning och hantering av dessa skulle komma att utformas.

Få, om ens några, rätts- teknik- och marknadsområden kan visa upp en sådan snabb och ihållande utveckling som de IT-relaterade under 80- men framförallt 90-talet.

Under 80-talet påbörjades lagstiftningsdebatten gällande datorprogram, men inte förrän 1992 och Sveriges EES-avtal, kom man i bättre paritet med de ledande nationerna på området.

Frågan om Sveriges internationella position i fråga om lagstiftning och verkställbarhet aktualiseras nu ånyo genom det nya europeiska fördrag som Sverige enligt nationell och internationell expertis inte till fullo ställt sig bakom (Se nedan om TRIPs).

⁵⁸ Lindberg s 217

⁵⁹ RÅ 1974 s 19; NIR 1974 s 311, Databehandling

⁶⁰ Även i Sverige *kan* mjukvara omfattas av patentskydd, men endast då mjukvaran utgör en integrerad del av en *process* vilken patenteras. Typiska exempel är datoriserade styrsystem.

6.1. Upphovsrättens struktur i relevanta delar för datorprogram

Nedan följer en kortfattad framställning över de grundläggande principer inom upphovsrätten som äger intresse för lagstiftningsutvecklingen inom datorprogramområdet.

6.1.1. Verkshöjd

Den kritiska punkten för upphovsrätt är avgörandet om verkshöjd uppnåtts. Detta är en bedömning om huruvida så kallat *andligt skapande* finns inbakat i något stadie av den slutliga produktens - *verkets* - framställning, och om detta särskiljer verket från andra genom viss grad av originalitet.

För datorprogram har man tänkt sig att detta kan utgöras av till exempel ett nytt gränssnitt, ett nytt sätt att hantera poster, presentera eller framställa data.

En ytterligare princip är att bakomliggande idéer och principer inte kan få upphovsrättsligt skydd. Skyddsobjektet är den färdiga - *synliga* - produkten. För datorprogram lär detta betyda att val av beräkningsmetoder etc. inte skyddas, endast det som möter användaren⁶¹.

För datorprogram finns i URL 1§ 3st vissa specialregler som på grund av programutvecklingens omfattande förarbeten utsträcker upphovsrätten till förberedande designmaterial. Exakt vad detta skall innefatta är oklart, men har inte aktualiserats och verkar inte vara av större praktisk betydelse.

Enskilda algoritmer och ekvationer i programkoden kan som nämnts inte skyddas, däremot koden som helhet.

6.1.2. Ensamrätt

Den grundläggande funktionen för upphovsrättslagstiftningen är att på ett effektivt sätt bereda upphovsmannen - skaparen - möjlighet att disponera över sitt verk.

I RF 2:19 grundlagsskyddas rätten till det egna verket för författare, konstnärer och fotografer. I URL 1§ 1st 2p jämföras härmed skapande av datorprogram.

Denna ensamrätt avser enligt URL 2§ främst den uteslutande rätten att framställa exemplar av verket och göra det tillgängligt för allmänheten.

⁶¹ Om två programhus till exempel utvecklar var sitt databasprogram, och av en händelse använder i princip exakt samma metod för att hantera data, men det ena husets produkt presenterar data genom ett

6.1.3. Konsumtion

Med konsumtion avses att upphovsrättsinnehavaren efter första överlåtelsen av ett exemplar av sitt verk förlorar - konsumerar - rätten till just detta exemplar.

Den som förvärvar exemplaret får dock inte härigenom någon rätt att mångfaldiga eller förändra verket, men får sälja det vidare inom det område inom vilket det är konsumerat.

Konsumtion kan omfatta olika stora geografiska och ekonomiska sfärer:

6.1.3.1. Global konsumtion

Global konsumtion innebär att en produkt får exporteras och återimporteras efter förvärvarens egen vilja, oavsett i vilken del av världen första överlåtelsen har skett.

6.1.3.2. Nationell konsumtion

Nationell konsumtion innebär att upphovsrätten till exemplaret konsumeras endast i det land i vilket det först överlåtits.

Det är således förbjudet att exportera eller importera exemplaret utan tillstånd av upphovsrättsinnehavaren.

6.1.3.3. Regional konsumtion

Regional konsumtion innebär liksom nationell konsumtion att upphovsrätten utsläcks inom ett avgränsat område, oftast en samling nationer.

6.1.3.4. EU

Nationell och regional konsumtion ger möjlighet till prisdifferentiering mellan marknader och ökar upphovsrättsinnehavarens kontroll över sitt verk. Inom Europeiska Unionen är presumtionen en regional konsumtion.

6.1.4. Internationellt samarbete

För upphovsrättsligt lagstiftningssamarbete är Bernkonventionen (BK) av 1886 grundläggande.

Dessutom existerar den så kallade Världskonventionen om upphovsrätt (VK), men denna är avsevärt mindre omfattande i sin ambition än Bernkonventionen, framför allt avseende minimiskydd.

Det finns en egen organisation för immaterialrättsfrågor, World Intellectual Property Organization (WIPO), med säte i Genève.

Inom ramen för GATT⁶² skapades 1994 WTO⁶³, en organisation med ambitionen att skapa ett mer enhetligt regelverk för multinationell handel⁶⁴.

I WTO-avtalet ägnas kraft åt skyddet av immaterialrätter, men också bland annat miljöfrågor. Alla medlemsländer i EU har undertecknat WTO-avtalet.

Sverige har anslutit sig till alla ovanstående organisationers medlemsavtal.

För samarbetet inom EU se nedan.

6.2. Upphovsrättens framväxt avseende datorprogram

6.2.1. Den nationella utvecklingen

Först 1989 anpassades URL till datortekniken⁶⁵. En utredning från 1985⁶⁶ låg till grund.

Utredningen motiverades i sin tur av en rekommendation från WIPO från 1982 där man uttalar sig starkt för en allmän nationell lagstiftning med upphovsskydd för datorprogram.

Den nya lagstiftningen jämställde alltså i stort datorprogram med konstnärliga och litterära verk. Man tilläts som konsument kopiera det förvärvade exemplaret inom vän- och familjekretsen, men inte för kommersiella ändamål.

1992 orsakade Sveriges EES-avtal stora förändringar inom lagstiftningen. För Immaterialrätten resulterade detta i en större lagredigering som trädde i kraft 1 januari 1993.

⁶² General Agreement on Tariffs and Trade. I Sverige kallat Allmänna tull- och handelsavtalet.

⁶³ World Trade Organization. I Sverige kallad Världshandelsorganisationen

⁶⁴ Prop 1994/95 : 35 s 18ff

⁶⁵ Prop 1988/89 : 85, SFS 1989 : 396

⁶⁶ SOU 1985:51

Med anledning av ett direktiv från EG-rådet av den 14 maj 1991⁶⁷ föreslogs i en proposition en svensk harmoniering med EG-rätt. Den slutliga lagstiftningen innebar i synnerhet följande förändringar:

- Konsumtionen blev regional (EES vid, senare EU vid).
- Kopiering till vän- och familjekretsen förbjöds.
- Rättigheter till program framställda som ett led i ett anställningsförhållande kom i fortsättningen att övergå till arbetsgivaren (URL 40 a§).

6.2.2. Sanktionssystem

För brott mot Upphovsrättslagen stadgas i URL 53§ 1st böter eller fängelse i högst två år.

Detta är en skärpning jämfört med tidigare lagstiftning då sex månaders fängelse var stadgat maxstraff⁶⁸.

6.2.3. Undantag från straffrättsligt ansvar

6.2.3.1. Omfattning

Avseende viss typ av kopiering av datorprogram existerar en omtvistad straffri gråzon: Enligt URL 53§ 2st skall kopiering av ett utgivet program för eget bruk utan kommersiella syften inte lända till straffrättslig påföljd. Detta torde inkludera nära nog all vederlagsfri programkopiering mellan privatpersoner.

6.2.3.2. Motiv

I proposition (1992/93 : 48 s 134 ff) har man förklarat sitt ställningstagande i frågan om ansvarsfrihet med en, kanske omedveten, klart rättsekonomisk motivering.

Man anser att det vore ineffektivt och rentav skadligt att straffbelägga handlingar som man inte kan beivra.

Man inser att rättsväsende, framförallt polis och åklagare aldrig kommer att, med nuvarande hantering av datorprogram på CD-ROM och Internet, kunna agera på ett trovärdigt sätt.

⁶⁷ Council Directive (91/250/EEC) of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs.

⁶⁸ Straffsatsen möts av gillande hos programvaruhusen och anses fullt tillräcklig i princip (Lindberg, Heidelberg).

6.2.4. Ersättningskyldighet och beslag

Förutom den straffrättsliga sanktionen kan rättighetsinnehavaren enligt URL 54§ begära skadestånd och enligt URL 55§ kan material som använts för kopiering, samt kopierade verk tas i beslag. Dessa institut kan bli av stor betydelse för programhusen och dess branschorganisationer.

6.3. Upphovsrätt som rättighetsknippen

Vad innebär sammantaget en upphovsrätt för dess innehavare?

Det sammanfattande snabba svaret blir att upphovsmannen innehar en negativ rätt att hindra andra från att använda verket utan upphovsmannens tillåtelse⁶⁹.

Ett mera uttömmande svar ger att en upphovsrätt faktiskt utgörs av ett rättighetsknippe⁷⁰. Den följande appliceringen av Hohfelds system avser immaterialrätter.

Detta rättighetsknippe består av fem delrättigheter vilka ger rättighetsinnehavaren ett begränsat monopol⁷¹.

1. **Reproduktionsrätt:** Rätt att göra kopior av originalverket
2. **Modifieringsrätt:** Rätt att baserat på det ursprungliga verket skapa nya versioner.
3. **Distributionsrätt:** Rätt att sälja kopior, hyra eller leasa efter eget bestämmande.
4. **Rätt till offentligt uppförande:** Rätt att återge verket inför allmänheten.
5. **Rätt till offentligt återgivande och anslående:** Rätt att visa upp verket inför allmänheten.

Det föreligger alltså fundamentala skillnader mellan de rättigheter som medföljer en äganderätt och de som bärs av en upphovsrätt. Vi återkommer i del två av arbetet till den effekt skillnaden mellan de båda rättighetsslagen kan få.

⁶⁹ Jackson

⁷⁰ Eng: "Bundle of rights".

⁷¹ Jackson

Kapitel 7. Undersökning

7.1. TRIPs

7.1.1. Bakgrund

En viktig poäng i förståelsen för immateriella rättigheter är att de är just rättigheter.

Rättigheter som måste kunna bestyrkas, försvaras, upprätthållas och respekteras. Annars fallerar hela systemet med upphovsrätter, licenser, varumärken och patent.

Dessa rättigheter är inte minst av betydelse för internationell handel, och WTO uppmärksammar och fokuserar också allt mer på detta ämne. Därför har man inom ramen för WTO slutit ett internationellt avtal om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter; TRIPs⁷².

Redan i preambeln till TRIPs-avtalet⁷³ uttalar man tydligt att immaterialrätter är privaträttsliga rättigheter.

7.1.2. TRIPs omfattning

TRIPs innehåller såväl materiella bestämmelser om immaterialrättsligt skydd, som särskilda regler om säkerställande⁷⁴ av detta skydd.

Del III i avtalet hanterar reglerna om säkerställande.

I det första av de fem olika avsnitten under del III av avtalet, fastslås först de allmänna skyldigheter medlemsländerna förbinder sig till.

Enligt artikel 41.1 förbinder sig medlemsländerna att i respektive rättsordningar införa i del III av TRIPs angivna förfaranden. Vikt läggs vid möjligheten att genom dessa förfaranden vidta effektiva åtgärder mot intrång.

Åtgärderna skall enligt artikel 41.1 vara ägnade att förebygga intrång, avskräcka från vidare intrång samt tillämpas på ett sådant sätt att handelshinder inte uppstår.

Vidare anges i artikel 41.2 att medlemsländernas skydd för immaterialrätter skall vara rättvisa och skäliga, de får inte orsaka omotiverade dröjsmål eller vara onödigt kostsamma och komplicerade.

⁷² Trade Related aspects of Intellectual Property rights

⁷³ "Recognizing that *intellectual property rights are private rights*" (min kursivering)

⁷⁴ Eng: "Enforcement"

I avsnitt 3 behandlas de för detta arbete tyngst vägande reglerna, de som rör interimistiska åtgärder⁷⁵.

7.1.3. Interimistiska åtgärder

Artikel 50 behandlar de interimistiska åtgärderna. Artikel 50 behandlar framför allt de åtgärder som de rättsliga instanserna skall vidtaga, och hur detta skall ske.

Huvudregeln uttrycks i artikel 50.1 a och b, och innebär att de rättsliga myndigheterna skall ha behörighet att besluta om åtgärd för att förebygga intrång i immaterialrätt (artikel 50.1 a), men också åtgärder för att bevara bevisning för ett påstått intrång (artikel 50.1 b).

Så artikel 50.2, den kanske enskilt viktigaste punkten, som stadgar att *när fara är i dröjsmål*, skall de rättsliga myndigheterna vara behöriga att utan hörande av motpart besluta om interimistiska åtgärder, särskilt om man har anledning att befara att rättighetsinnehavaren riskerar att åsamkas oersättlig skada vid dröjsmål, eller det är risk att bevismaterial förstörs om motparten förvarnas⁷⁶.

Artiklarna 50.3 till 50.6 behandlar procedurfrågor runt de interimistiska åtgärder man vill vidtaga. Till exempel att myndigheten kan avkräva sökanden säkerhet för eventuell skada enligt artikel 50.3.

Artikel 50.7 behandlar de fall då förordnandet visar sig vara oberättigat. Myndighet skall då kunna bestämma om skadestånd från sökanden till motparten.

7.1.4. TRIPs i förhållande till svensk rätt

I Svensk rätt existerar redan möjligheter till interimistiska åtgärder genom reglerna om domstols vitesförbud mot intrång.

Avseende bevissäkring finns i Sverige de straffrättsliga reglerna om beslag och husrannsakan att tillgå.

Sveriges hållning inför TRIPs-avtalet har också från början varit den att man inte förbinds till en motsvarande civilrättslig lagstiftning⁷⁷.

⁷⁵ Eng: "Provisional measures"

⁷⁶ Till saken hör att bevis för programstöld är relativt sett mycket svåra att säkra och lätta att radera. Om man till exempel stöter på effektivt krypterat lagrat material, och ägaren till de krypterade lagringsmedia man beslagtagit hävdar att dechiffereringsnycklarna har tappats bort eller av okänd anledning förstörts, blir bevisning snudd på omöjlig.

⁷⁷ Ds 1998:24 s 57

Denna förhållning har dock ifrågasatts inom ramen för världshandelsorganisationen. Speciellt USA har varit aktivt i kritiken mot bristen på civilrättsliga bevismöjligheter.

7.2. Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång (Ds 1998:24)

Nedanstående redovisning avser endast de delar som kan ha eller direkt har betydelse för upphovsrättslagstiftning. De övriga i samma promemoria föreslagna lagändringarna har lämnats åt sidan.

7.2.1. Bakgrund

Från början verkar enligt svensk uppfattning inget behov av ändring i den nationella lagstiftningen ha förelegat med anledning av TRIPs implementering.

Man har ansett att ett fullgott skydd erbjudits rättighetsinnehavare mot intrång genom straff- och skadeståndsreglerna i, i vårt fall, svensk straff- och processlagstiftning.

Under en sådan exempellös nivå av rättighetsöverträdelser som programvaruindustrin upplever genom piratkopiering har man börjat ändra uppfattning⁷⁸.

Man hänvisar bland annat till mycket intressanta uppgifter i en rapport från internationella ekobrottsgruppen⁷⁹ om att piratkopiering av datorprogram utgör det enskilt största problemområdet avseende intrång i immaterialrätter⁸⁰.

7.2.2. Förslag

Med anledning av ovanstående förhållande lägger Justitiedepartementet i sin promemoria fram ett förslag en ny säkerhetsåtgärd; *undersökning*.

Undersökning är helt enkelt en interimistisk åtgärd som skall komma till rätta med bevissäkringsproblematiken. Den utgör, om man så vill, en civilrättslig husrannsakan. Syftet med undersökning är att motparten vid behov inte nödvändigtvis hörs före beslut om sådan⁸¹.

⁷⁸ Ds 1998:24 s 59

⁷⁹ Ds 1997:51

⁸⁰ Problemet för rättighetsinnehavaren är just att de medel som står till buds är straffbestämmelser, i ett tvistemål kan bevis ofta inte säkras. Sålunda handikappas den civilrättsliga aktiviteten och rättighetsinnehavaren står de facto maktlös.

⁸¹ Latin: "*Inaudita altera partes*". Utan hörande av motpart.

Man motiverar behovet av en civilrättslig interimistisk åtgärd med att man från rättsvårdande myndighet måste prioritera sin verksamhet och att straffprocessuella tvångsmedel i så fall måste förbehållas grov brottslighet⁸².

Andra immaterialrättsintrång kan förvänta sig en låg prioritering.

7.2.2.1. Vad som får undersökas

Beslut skall kunna tas om undersökning av såväl exemplar av förfalskning och counterfeit, alltså kopior, som relaterade handlingar vilka kan äga bevisvärde avseende intrång (§ 55 a i den föreslagna ändringen).

7.2.2.2. Hur beslut om undersökning tas

Enligt den föreslagna § 55 b skall domstol vid vilken mål är anhängigt eller kommer att göras anhängigt, endast på ansökan av upphovsrättsinnehavare, kunna ta beslut om undersökning.

Beslut om undersökning skall fattas endast om de men som uphovsrättsinnehavaren riskerar lida av ett intrång, pågående eller befarat, står i proportion till det tvångsmedel som undersökningen utgör.

Sökandens påståenden om rättighetsintrång måste uppnå bevisnivån *skäligen antas*, en mellannivå i svensk rätt, mellan *anledning att anta* och *sannolika skäl*.

7.2.2.3. Verkställighet

Enligt den föreslagna § 55 f skall undersökning utföras av kronofogdemyndighet. Bestämmelserna i utsökningsbalken och sekretesslagen skall tillämpas.

Man kan ta hjälp av sakkunnig.

7.2.2.4. Resultat

Kronofogdemyndigheten skall dokumentera resultatet av undersökningen. Såväl sökande som motpart skall kunna ta del av denna information.

⁸² Dessutom är en civilrättslig, interimistisk tvångsåtgärd inte ovanlig inom Europeiska Unionen. Många medlemsländer, till exempel Storbritannien, har redan sådan lagstiftning.

7.2.2.5. Verkställighet utan hörande av motpart

Normalsituationen vid beslut om undersökning är att motparten ges tillfälle att yttra sig (§ 55 b 3st, nya lydelsen), men i samma stycke bestäms e contrario möjligheten till undersökning *inaudita altera parte*.

Detta skall kunna ske när fara är i dröjsmål för säkerställande av bevisning som snabbt kan förstöras⁸³.

7.3. Justitiedepartementets ekonomiska motivering

Justitiedepartementet tillerkänner sammantaget innehavare av immateriella ensamrätter ett starkt ekonomiskt betingat behov av att kunna försvara sina rättigheter. Man hävdar att detta har stor betydelse även för resten av samhället av de skäl som följer nedan.

Man konstaterar att det finns en risk att företag förlorar viljan att utveckla produkter och ta på sig kostnader för sådan verksamhet, när de förväntade ersättningarna sjunker med så mycket som 50 procent på grund av illojal hantering av produkterna, utan möjlighet för rättighetsinnehavaren att vidtaga några effektiva åtgärder mot detta⁸⁴.

Man tar även in ett internationellt perspektiv när man i samma avsnitt av motiveringen gör bedömningen att brist på godtagbara skyddsåtgärder kan avskräcka utländska företag från att investera i Sverige, i synnerhet om det i vårt närområde finns andra och bättre skyddsmöjligheter.

Man säger dessutom att den svenska inställningen är att innehavare av immateriella rättigheter själva bör gripa in och försvara sina rättigheter, och att statens roll av denna anledning blir att skapa effektiv lagstiftning för marknadsaktörerna.

Man för även ett liknande kostnadsresonemang. Genom att skapa en ny väg till effektiv civilprocess, anser man att denna typ av mål kommer att öka väsentligt, men räknar med att brottmålen skall sjunka i antal i motsvarande grad.

Avseende kostnaderna för själva undersökningsförfarandet, räknar man med att undersökningsavgifter skall täcka dessa, och verksamheten alltså inte föranleda en totalt sett ökad kostnad.

⁸³ Ett inte helt okvalificerat antagande är att merparten sökande kommer att lägga ner stor möda på att uppvisa sådana skäl i sin ansökan om undersökning.

⁸⁴ Ds 1998:24 s 60

DEL II - Analys

Kapitel 8. Världen enligt Coase

[Nyckelord: Coaseteoremet, transaktionskostnader, Lighthouse, kollektiva varor]

En bidragande faktor till temat i föreliggande arbete, är Ronald Coases teorier och skrifter. Hans tankegångar utgör delar av det fundament på vilken denna framställning byggs. Därför presenteras sammanhållet de viktigaste teorierna från Coases⁸⁵ verk.

De teorier som presenteras här återkommer senare i arbetet, applicerade på handel med datorprogram och programstöld.

8.1. Coaseteoremet

Coaseteoremet säger att om transaktionskostnader⁸⁶ är låga och äganderätter existerar, kommer inga externa effekter uppstå vid privata avtal, och dessa avtal blir effektiva.

Om transaktionskostnader inte existerar mellan två parter, kommer de att inkludera alla tänkbara aspekter i ett avtal, avseende pris, immissioner och andra störningar.

Det spelar alltså ingen roll för effektiviteten i lagstiftningen vem som från början haft vilka rättigheter; ett fullständigt utarbetat avtal kommer att ge upphov till det mest effektiva utnyttjandet av egendomen eller rättigheterna i fråga.

Problem uppstår således när parter och rättigheter är svåra att definiera, eller när transaktionskostnader av någon anledning är höga. Då kan parter inte effektivt arbeta fram en lämplig avtalssituation.

Ett ofta använt exempel på höga transaktionskostnader är när flera, av varandra oberoende, företag ger upphov till immissioner hos väldigt många människor, kanske till och med i ett annat land⁸⁷.

8.2. The Lighthouse in Economics

Coase kommenterar debatten om marknadsmisslyckande med sin egen syn på ett ofta återkommande exempel i ekonomisk debatt; lönsamheten för ett fyrtorn.

⁸⁵ CV för Ronald Harry Coase; Född 1910 i London; Bachelor's degree i ekonomi 1932; Kommer under studietiden till USA, där han skriver *The nature of the firm*, en skrift som publiceras 1937; Stipulerar vad som kommer att benämnas *Coaseteoremet* 1960; Utgivare av *Journal of Law and Economics* 1964 – 1982; Skriver *The Lighthouse in Economics*, vilken publiceras i *Journal of Law and Economics*, 1974; Nobelpris i ekonomi 1991 för *The nature of the firm*.

⁸⁶ Transaktionskostnader brukar delas upp i undergrupperna *uppsökning*, *kontrakt* och *kontroll*

⁸⁷ Parkin m.fl. s 500

8.2.1. Market failure

När ekonomer och politiker vill exemplifiera *marknadsmislyckanden* - *market failures* - väljer de ofta fyrton, försvar och rättsväsende som exempel. Dessa är situationer, menar man, där en marknadsekonomi inte medför en effektiv fördelning av resurser⁸⁸.

Det kan finnas olika anledningar till en sådan situation, men den som har betydelse för temat i *The Lighthouse in Economics*, är kollektiva varor⁸⁹.

8.2.2. Kollektiva varor

För att enklast möjligt beskriva kollektiva varor, kan vi jämföra med privata varor⁹⁰. De två faktorer som har betydelse för klassificeringen av en vara är *rivalitet* och *exkluderbarhet*⁹¹.

8.2.2.1. Helt privat vara

En helt privat vara är något som är exkluderbart och om vilket det råder rivalitet, till exempel en antik möbel. Om den auktioneras ut, kan den bara säljas till en köpare. Potentiella köpare blir rivaler. När någon väl köpt möbeln, har han full äganderätt till denna, och ingen annan kan utan hans tillåtelse använda den.

8.2.2.2. Privat, icke exkluderbar vara

En privat, men icke exkluderbar vara, kan exemplifieras med kabel-TV. Den som vill ha tillgång till kabel-TV betalar leverantören och får tillgång till en tjänst, men han behöver inte bekymra sig om hur många andra som också kan tillgodogöra sig sändningarna, andra inkräktar inte på hans nytta av tjänsten.

8.2.2.3. Icke exkluderbar vara

En icke exkluderbar vara om vilken det dock råder rivalitet, är till exempel fiskbeståndet i haven. För närvarande är många fiskevatten något av allmänningar, där fiskare inte kan muta in vissa områden, eller hävda äganderätt till enskilda fiskstim innan de fångats.

⁸⁸ Parkin m.fl. s 444

⁸⁹ Eng: "Public goods"

⁹⁰ Eng: "Private goods"

⁹¹ Parkin m.fl. s 445

8.2.2.4. Kollektiv vara

En rent kollektiv vara är till exempel det nationella försvaret. Inga företag eller privatpersoner kan köpa särskilda tjänster av detta, och när väl gränserna väl är befästa, kostar det inte mera att skydda ytterligare en medborgare innanför dem.

8.2.3. Det brittiska fyrtornssystemet

Det finns alltså vissa institutioner, vissa företeelser, i samhället, vilka traditionellt bedöms som ohanterliga i en marknadsekonomi utan effektivitetsförluster. I somliga fall kanske det är så, i andra fall har man förbiset möjligheter⁹².

I fallet med fyrtorn är problemen uppenbara:

Det är av samhällelig betydelse att fyrtorn uppförs, så att sjöburen handel inte avskräcks från landets hamnar.

När ett fyrtorn väl är byggt och sänder ut sitt ljus över havet, kan man inte exkludera någon från nyttan av att navigera efter detta.

Det är inte uppenbart vem som bör bära kostnaden för tjänsten.

I Storbritannien har man löst problemen på följande sätt: Ända sedan 1500-talet har en institution vid namn *Trinity House* haft kunglig tillåtelse att uppföra och kontrollera fyrar.

Man har redan från början finansierat verksamheten så att *ljusavgifter (light dues)* tas ut i hamnar till vilka fartyg gått med hjälp av navigering efter fyrtorn.

Man tar avgifter för alla handelsfartyg och större privata fritidsyachter. Avgifterna varierar efter tonnage och om fartygen går mellan olika brittiska hamnar, eller på utrikesrutter, men tas bara ut under de 6 till 10 första resorna för varje skepp.

8.2.4. Generaliserade teorier

Så varför lägger Coase ned energi på att slå ned på ett fyrtorn som ett exempel på marknadsmisslyckande?

För att förstå hans inställning, måste man veta att Coase över huvud taget vänder sig ifrån svepande generaliseringar som *nytta* i ekonomisk doktrin. Han använder sig själv

⁹² Coase, *Lighthouse* s 357-376

av teorier och har själv givit upphov till ett teorem (se ovan), men accepterar ändå inte att ekonomisk teori blir abstrakt in absurdum⁹³.

I fallet med fyrtorn, är det uppenbart att dessa tjänat som ett lämpligt och visuellt exempel, väl lämpat för debattinlägg i ekonomiska frågor, men ingen har brytt sig om att kontrollera hur det verkligen låg till.

Coase säger att det visst är viktigt att skapa generella principer för hur en marknad skall skapas, eller ett skatte- eller rättssystem ordnas, men också att dessa principer utvinns från studier av hur verksamhet faktiskt bedrivs inom olika institutioner⁹⁴.

Följande kapitel strävar efter att bedöma datorprogramvarubranschen och de rättigheter som berörs efter liknade metodik.

Kapitel 9. Rationell avskräckning

Kapitlet belyser de incitament som verkar genom straffrättsliga sanktioner och civilrättsliga alternativ till dessa.

9.1. Information

Lagar är metoder att styra mänskligt beteende genom regler⁹⁵. Regler och system inbegriper även preventiva sanktionssystem som straff och skadestånd. För att uppnå preventiv effekt, är information om den avskräckande repressalie som följer en viss handling grundläggande. Först när detta kriterium uppfyllts, kan man resonera om rationell avskräckning.

Lon Fuller har i sitt huvudarbete, *The Morality of Law*, formulerat åtta maximer för lagstiftning. Ett fullständigt misslyckande med att uppfylla någon enda av dem är tillräckligt för att lagstiftningen skall falla⁹⁶.

1. Det måste finnas regler.
2. Reglerna måste reglera framtida beteende.
3. Reglerna måste vara kungjorda.
4. *Reglerna måste vara begripliga* (min kursivering).
5. Reglerna får inte vara inbördes motstridiga.

⁹³ Coase s 9ff

⁹⁴ Coase, *Lighthouse* s 375

⁹⁵ Simmonds s 123

6. Det måste vara möjligt att åtlyda reglerna.
7. *Det får inte vara så att reglerna hela tiden ändras* (min kursivering).
8. *Det måste råda överensstämmelse mellan de regler som tillkännagivits och de regler som tillämpas av myndigheter* (min kursivering).

Punkterna fyra, sju och åtta motsvarar kanske bäst den problematik som berör regler för hantering av datorprogram.

9.2. Generell avskräckningsteori

Beroende på social tillhörighet, om man är riskbenägen, riskneutral eller riskaversiv, och vad man i förlängningen riskerar, respektive har att vinna på olaglig verksamhet, gör varje individ en egen bedömning av den risk han ställs inför.

Generellt sammanfattas formeln för rationell avskräckning, som den stipulerats av Gary Becker⁹⁷, så att:

För den potentiellt kriminelle, ekonomiskt rationelle individen bör den straffsats (**SS**) vid vilken han väljer att inte begå brott, stå i ett sådant förhållande till vinsten av brottet (**BV**) och upptäcktssannolikheten (**P**) att:

$$SS > 1 / P * BV$$

Alltså att den förväntade kostnaden statistiskt skall överstiga nyttan av brottsligheten.

9.3. Avskräckning från piratkopiering

För det aktuella rättsområdet kan vi exemplifiera med en omtalad CD-ROM kopiering, där marknadsvärdet för programvaran var ca 10 miljoner kronor.

BV blir alltså tio miljoner kronor

P är svår att bedöma, men för exempletts effekts skull, spelar inte ens ett fel på faktor tio, upp eller ned, någon roll. **P** sätts således högst godtyckligt till 1 %.

Alltså:

$$SS > (1 / 0.01) * 10.000.000 \rightarrow$$

$$SS > 1.000.000.000 \text{ kr}$$

⁹⁶ Simmonds s 123

⁹⁷ The New Palgrave s 153 ff

För en riskneutral, moraliskt nollställd individ, skall alltså straffsatsen för den brottsliga handling han överväger att begå i det här fallet på något sätt motsvara 1 miljard kronor.

Omräknar vi straffet till fängelse, skall det framräknade värdet ställas mot URL 53§, som stadgar maxstraff 2 år. Är detta tillräckligt avskräckande? Utan att dra förhastade slutsatser, torde den rimligaste variabeln att åtgärda vara **P**.

9.4. Alternativ till straffrättslig avskräckning

Skadeståndskrav och informella uppgörelser bör kunna spela en större roll, om eller när upptäckts sannolikheten ökar. De i kapitel 6 och 7 beskrivna reglerna om bland annat vitesförbud, beslag, skadestånd och undersökning fyller naturligtvis en preventiv funktion på samma sätt som straffrättsliga sanktioner.

De faktorer som påverkar den civilrättsliga avskräckningen i förhållande till den straffrättsliga är enligt min mening:

- *Upptäcktsrisk* - vilken bör vara lika stor i båda fallen.
- *Beviskrav* – vilka är lägre i civilmål.
- *Bevismedel* – vilka hittills varit sämre i civilmål, men kan förbättras genom tillgång till undersökning.
- *Sanktion* – vilket avser den inverkan på juridisk eller fysisk person som sanktionerna i fråga äger. Betänk till exempel att det i många mindre counterfeitoperationer finns extremt små resurser i verksamheten och skadestånd därmed inte är ett särskilt potent vapen.
- *Reputation* – vilket avser den skada som den fysiska eller juridiska personen i fråga drabbas av avseende rykte och PR. Här bör straffrättsliga tvångsmedel äga en större tyngd än civilrättsliga.

Idag bedömer yrkesverksamma jurister och programhusens egna ombud upptäcktsrisken för till exempel CD-ROM kopiering som så liten att risken för skadestånd inte verkar tillräckligt avskräckande⁹⁸. En viss mängd straffrättsliga processer anses krävas för att uppnå avskräckning⁹⁹.

⁹⁸ Under rådande omständigheter avseende upptäcktsrisk och straffskala måste slutsatsen formuleras så att piratkopiering är högst rationellt. Visserligen olagligt, men rationellt.

⁹⁹ Heidel, Lindberg, Gulliksson

Kapitel 10. Spelteori

Kapitlet belyser ett av själva grundfundamenten i problemet med en ineffektiv marknad för handel med datorprogram: hur licenstagare och programhus betraktar varandra och sig själva, sin inbördes relation och de incitament som krävs eller saknas för att förbättra denna relation.

Alla spel kännetecknas av tre principer, det finns:

1. Regler,
2. Strategier och
3. Vinst

10.1. Fångarnas dilemma

Fångarnas dilemma är en allmänt vedertagen spelmodell¹⁰⁰ vars bakgrund är följande:

Två män (A och B) sätts i arrest, misstänkta för flera brott. De har verkligen begått brotten, men åklagaren kan endast binda dem till ett mindre av dessa utan erkännande. De sätts i isoleringsceller utan möjlighet till kontakt mellan varandra.

10.1.1. Regler

Männen ställs inför valet att, var för sig och ovetande om varandras val, erkänna eller förneka att de begått alla de brott de misstänks för. Konsekvenserna är följande:

- Om båda erkänner, får de 3 års fängelsestraff vardera.
- Om båda förnekar, kan de endast bindas till det mindre brottet och får 2 års fängelsestraff vardera.
- Om en av dem erkänner att de är skyldiga, men den andre förnekar detta, kommer den som erkänner undan med ett ettårigt fängelsestraff medan hans kumpan får hela 10 år.

		A:s strategier	
		Erkänna	Förneka
B:s strategier	Erkänna	B: 3år A: 3år	B: 1 år A: 10 år
	Förneka	B: 10 år A: 1 år	B: 2 år A: 2 år

Tabell 1: Fångarnas dilemma

¹⁰⁰ Skogh & Lane s 67 ff

10.1.2. Strategier

A och B har vardera endast två strategier att välja mellan; erkänna eller förneka. Är de lagda åt rationell analys, gör de var för sig följande bedömning:

A tänker på B:s möjliga alternativ (se tabell 1):

- B erkänner brottet. Om A då erkänner får han tre år, om han förnekar får han tio år. Om B erkänner brottet, är det alltså mest fördelaktigt för A att också han erkänner.
- B förnekar brottet. Om A då erkänner får han ett år, om han förnekar får han två år. Om B förnekar brottet, är det alltså mest fördelaktigt för A att erkänna.

Vilken strategi B än väljer, skall A erkänna, och vice versa. *Att erkänna är i det här fallet en dominant strategi.*

10.1.3. Vinst

I vårt exempel blir utfallet oönskat ett ineffektivt sådant för A och B. För att nå till en effektiv lösning måste de först av allt *kommunicera*, så att de kan enas om att förneka brottet.

Men räcker det med att de har kommit överens om något? Varför skall A hålla fast vid överenskommelsen när sanningens minut är inne? Han kan öka sin vinst genom att erkänna och på så sätt lura B. B får tio års fängelse, men A reducerar sitt straff från två år till ett (se tabell 1). Vad som är än viktigare, han inser att B har samma möjlighet att i sista stund vara illojal.

Ett sätt att undvika situationen med illojalitet, trots kommunikation, är att spela *upprepade spel*. Om A och B vet att de kommer att hamna i nya situationer där deras inbördes lojalitet har samma betydelse som i vårt exempel, kommer det att vara viktigt för dem att bygga upp ett förtroende och en lojalitet.

Problemet är bara att något av spelen kommer att vara det sista, och då blir det åter effektivt att agera illojalt för båda parter. Men om båda vet om detta, blir den logiska åtgärden för vardera parten att agera illojalt ett spel tidigare, för att förekomma motparten, som måste svara med att vara illojal ytterligare ett spel tidigare osv.

Upprepade spel riskerar alltså att få sin lojalitetsskapande funktion allvarligt skjuten i sank långt tidigare än vad som är effektivt.

10.2. Piraternas dilemma

Låt oss då applicera detta spel på datorprogrammarknaden. Vi låter i en första modell licensutgivaren motsvara rättsväsendet, straffet licenskostnader och fångarna licensköparna.

10.2.1. Regler

Vi låter i modellen förhållandet mellan inbetalda licensavgifter och programkostnader vara omvänt proportionellt. Detta är ett viktigt antagande, eftersom vi alltså betraktar programhuset som en processor som ger billigare program över tiden, om ersättningen ökar.

		A:s strategier	
		Betala	Piratkopiera
B:s strategier	Betala	A: Medel B: Medel	A: Gratis B: Högt
	Piratkopiera	A: Högt B: Gratis	A: Gratis B: Gratis

Tabell 2: Piraternas dilemma

10.2.2. Strategier

Varje licensköpare står inför valet mellan att betala för sin licens och att skaffa den begärda programvaran på annat sätt.

Han inser snart att andra presumtiva programanvändare står inför samma val. Det bästa de kan göra är att handla illojalt och låta andra betala programhuset för besväret.

Licensköparen vill inte vara den som står för de andras fusk och väljer så att kopiera själv. *Att bedriva piratkopiering blir en dominant strategi*

10.2.3. Vinst

Var finns analogien med straff? Inte direkt, då alla pirater kommit undan från en ibland mycket betungande utgift. Oavsett vad de andra konsumenterna gör. Inte heller bör de direkt ta programhusets bästa i åtanke, då även detta förväntas handla rationellt.

Straffet utmäts istället i kvalitet och utbud över tiden, och innebär här att incitament för programutveckling stryps och programhusen faller som kortditen.

Det rationella är även här lojalt agerande, om konsumenterna vet att de kommer att spela *upprepade spel*. Då kan man dela bördan för programhusets kostnadstäckningsbehov och över tiden fortsatt få ny programvara till allt lägre priser.

Även här krävs kommunikation mellan fångarna. Detta måste också kunna lösas utan för höga transaktionskostnader och med eliminering av freeriders¹⁰¹.

Observeras bör också att en av grundförutsättningarna är att denna omvända proportionalitet mellan input och output i programhuset verkligen fungerar. Detta måste också säkras genom lojalt, strategiskt beteende mellan konsument och producent, vilket illustreras i andra modellen.

10.3. Kollektivets dilemma

Här låter vi fångarna utgöras av konsumentkollektivet och programhuset, i två skilda celler.

10.3.1. Regler

Det här är inte en strikt tillämpning av den klassiska spelteorin fångarnas dilemma, men jag skapar modellen för att i sammanhanget pedagogiskt belysa de ekonomiska förhållanden som är för handen.

Som framgår är för programhuset vinst vid olika strategier en obekant, det är dags att göra en ekonomisk vinstmaximerande analys av situationen.

Observera att det här programhuset mycket väl kan skilja sig från det i tabell 2 ovan, i det att det väljer den vinstmaximerande strategin, vilken inte alls behöver innebära en perfekt *elastisk prissättning* i förhållande till konsumenternas preferenser för piratkopiering.

		Programhus (A)	
		Högt pris	Lågt pris
Licens- tagare (B)	Betala	A: Vinst? B: Högt	A: Vinst? B: Lågt
	Piratkopiera	A: Vinst? B: Gratis	A: Vinst? B: Gratis

Tabell 3: Kollektivets dilemma

10.3.2. Strategier

En prissättningsstrategi byggs på mängder av faktorer; konkurrenter, nischprodukter, volymfördelar, leveransmetoder, etc.

¹⁰¹ Se Kapitel 2, avsnitt 2.2.4.

Om man, *ceteris paribus*, ser till benägenheten hos en konsument att välja mellan en licensierad produkt från ett specifikt programhus eller att stjäla produkten, kan programhuset välja mellan att begära lägre royalty per licens och således öka volymen tills man når en vinstmaximerande jämvikt mellan utbud och efterfråga i en lägre prisnivå, eller ta ut höga royaltyer av det marknadssegment som av olika anledningar inte är piratbenägna alls.

För konsumenterna ställs man dels inför samma osäkerhet som i tabell 2, dels inför osäkerheten om programhusets avgifter för licenser verkligen sjunker vid ökad volym.

10.3.3. Vinst

Om vi ser till programhuset, ställs detta inför följande fråga:

Hur starkt *korrelerad* är nivån av programstöld till licenskostnaderna?

- Är korrelationen stark, kan man förvänta sig att en höjning av priset ökar programstölden, och att en sänkning av priset minskar programstölderna på motsvarande sätt.
- Är korrelationen svag, är det inte licenskostnaderna som i första hand avgör valet att stjäla program, utan andra faktorer, kanske ideologi, tradition, eller ren okunskap.

Konsumenterna måste ställa sig frågan hur en lojal hållning i licensbetalningen besvaras av programhuset.

Tror man att licensavgifterna kommer att sjunka och bättre produkter produceras, har man, efter att ha träffat en inbördes överenskommelse om lojalitet enligt tabell 2, ett incitament att betala för licenser.

Tror man inte att man själva kommer att gynnas av ett lojalt agerande, finns inga incitament inom modellen att betala.

Kapitel 11. Moral och immaterialrätt

11.1. Samhällsdebatt

Vid analys av licenshantering av datorprogram kommer man förr eller senare in på frågor som är speciella för just programvarubranschen.

- *Information wants to be free*: Röster höjs som kräver att programvara skall vara fri och tillgänglig för alla. Man accepterar inte tanken på att internationella programhus kan erhålla rättsligt stöd för att undanhålla programvara från alla.
- *Intellectual property is property*: Samtidigt argumenterar branschorganisationer för att samhälle och rättsapparat mer fullödigt skall uppfatta immaterialrättigheter som vilka andra rättigheter som helst.

I detta arbete äger moralaspekter värde endast i de fall de färgar rationellt agerande. Om ett immaterialrättsbrott väger moraliskt lättare än andra brott för en fysisk eller juridisk person, bör det inverka på dennes risktagande i sådan riktning att han är mindre mottaglig för rationell avskräckning enligt kapitel 9.

11.2. Immaterialrätters särställning

Den ovan beskrivna åsiktsmotsättningen är på sätt och vis lätt att avfärda i ett rättsekonomiskt präglad arbete¹⁰².

Man kan till exempel nöja sig med att i rättspositivistisk anda konstatera att gällande lagstiftning omfattar och skyddar immateriella rättigheter¹⁰³.

Situationen för handel med - och skydd för - programvara är dock radikalt annorlunda. Sålunda uppfattar universitetsinstitutioner frågan som så intressant att artiklar skrivna av den frihetsförespråkande falangen¹⁰⁴ anges som kurslitteratur¹⁰⁵.

Företrädaren för BSA i Sverige, Agne Lindberg, anser till och med att prissättning på programvarulicenser inte påverkar människors beslut att begå programstöld, han anser med andra ord inte att programstöld i första hand är ett ekonomiskt motiverat brott, utan ett ideologiskt sådant, styrt av ”medvetna beslut och attityder”¹⁰⁶.

¹⁰² Man kan dra analogier till att grupper som förespråkade till exempel allas rätt till att få ta saker gratis ur affärer knappast hade bemödats med någon analys, förutom av polis och åklagare.

¹⁰³ Simmonds s 83 ff.

¹⁰⁴ Walleij.

¹⁰⁵ Institutionen för Informatik, Lunds Universitet.

¹⁰⁶ Lindberg, telefonintervju.

Letar man vidare hittar man flera uttalanden om att människor inte har en särskilt stark uppfattning av programstöld som ett egentligt brott¹⁰⁷.

11.3. Egenmoral

Följande analysmodell följer principen att immaterialrättsintrång inte ens behöver skapa en konflikt mellan egennyttan och moral. I exemplet nedan ställs David Humes tankar om rationalitet och effektivitet mot Immanuel Kants moralteori¹⁰⁸, och befinns kunna samexistera.

En ung man hittar en Warezsite¹⁰⁹ och erbjuds av en händelse att hämta ett CAD¹¹⁰-program med en royalty på 50.000 kronor. Han utför mer eller mindre omedvetet följande tvådelade tankeoperation¹¹¹:

1. Utgör han del av det designerade målsegmentet för produkten? Om inte, finns det anledning att anta att hans olagliga tillgång till produkten påverkar honom att inte skaffa rättighet att använda en inferior utbytesprodukt, alltså ett billigare programalternativ för liknande uppgifter?

Om han medvetet eller omedvetet besvarar dessa frågor nekande, innebär det alltså att han inte under några omständigheter utgör marknadsunderlag för produkten ifråga eller konkurrerande alternativ.

2. Minskar hans användning av produkten någon annans nytta av samma produkt? Om inte, påverkar hans användning av produkten på något sätt rättighetsinnehavaren – programhuset - på ett negativt sätt, till exempel genom minskad rådighet över exemplar av produkten. Om inte, kan han svårligen se att han på något reellt sätt skadar eller begår en orätt mot någon.

I exemplet med tonåringen och CAD-programmet lär utfallet bli följande:

1. Han inser att programmet är dyrt. Han reflekterar inte ens över möjligheten att betala för en licens. Faktum är att han inte ens vet vad CAD betyder och han har under inga omständigheter tillgång till 50.000 kronor.

¹⁰⁷ Alter s 646.

¹⁰⁸ Simmonds s 35

¹⁰⁹ Plats på internet där program finns tillgängliga för hämtning.

¹¹⁰ Computer Aided Design

¹¹¹ *The Nyman two-step*

2. Mer eller mindre medvetet har han nu stillat sin egen känsla av att begå en orätt mot programhuset som från början skapade programmet. När han påbörjar nedladdningen över nätet innebär det i och för sig att han får tillgång till ett upphovsrättsskyddat verk på ett illegalt sätt, men det innebär inte på något sätt att programhuset eller någon annan lider någon skada. Han fortsätter, lugn i själen, att ladda hem programmet.

Det intrång han kan göra i steg två av tankeoperationen motsvaras av delrättigheterna *rådighet* och *immunitet* enligt Hohfelds systematiserade rättighetsknippen (se kapitel 2, avsnitt 2.2.7. om rättighetsknippen).

- Rådigheten har inte minskat inför kommande hantering av programmet.
- Det förhållande att programhusets vilja inte har respekterats och en kopia av produkten har producerats innebär ingen ekonomiskt mätbar skada för programhuset¹¹².

Enligt den Hohfeldska modellen har inget egentligt inkräktande på äganderätten ägt rum. Inte heller den av Jackson (se kapitel 6, avsnitt 6.3. om rättighetsknippen) för immaterialrätter stipulerade varianten av rättighetsknippen ger grund för egentligt rättighetsintrång.

Kapitel 12. Tre personer

De motsättningar som presenterats i kapitel 11 leder till nedanstående framställning av situationen, där tre personer i motsatta roller ställs mot varandra.

Jag har under tiden jag framställt det här arbetet pratat med en mängd människor med olika relation till datorprogramvarubranschen. I det här kapitlet följer återgivande av intervjuer med tre av dem.

De tre utvalda representerar marknadens olika parter: Rättighetsinnehavaren, licenstagaren och juristen.

- Rättighetsinnehavaren representeras av Norvald Marstrand Heidel som är Microsoft Scandinavias anti piracy manager.
- Licenstagaren representeras av en anonym ung man i webdesignbranschen, kallad John Doe¹¹³.

¹¹² Däremot en prestigeförlust, en ideell skada och ett underlag för brottsstatistik.

- Juristen representeras av Jonas Gulliksson på Ström & Gulliksson AB i Malmö.

12.1. Norvald M. Heidel

12.1.1. Arbetsuppgifter

Norvald Heidel arbetar mycket nära Microsofts branschorgan BSA¹¹⁴. Heidel ser fram mot den nya rättsfigur, undersökning¹¹⁵, som kommer att införas. Han ser lagändringen som en möjlighet att höja profilen för branschens egen lobbyverksamhet och samtidigt som en bekräftelse från rättsväsendet att det företag han företräder har legitima krav på skydd för sin verksamhet på samma sätt som andra näringsidkare.

12.1.2. Professionell bedömning

Heidel för fram uppfattningen om att ”gratis alltid är billigast” (fritt citerat). Man menar att från en rent ekonomisk aspekt spelar det inte någon roll för den ambivalente piraten om royaltyn för den programlicens han behöver är lågt, medelhögt eller mycket högt.

Har den presumtive piraten inget annat bedömningsunderlag än royaltykostnaden är ändå programstöld att föredra, då det de facto alltid är billigast.

Ponera att det nu är så att man inte förväntar sig ett supportbehov, garantier eller uppgraderingar. Om man anser upptäcktsrisken vara noll och man inte ser några moraliska betänkligheter i ett illojalt agerande mot det företag Heidel företräder, kan man svårligen slå hål på Heidels argument. Även om en licens bara kostar en svensk krona, är den stulna kopian en svensk krona billigare.

Under dessa omständigheter är samspelet mellan programhus och konsument alltså inte endast en prisfråga, om så var fallet fanns inget utrymme för de kvasiräntor som ett programhus behöver för sin existens.

Heidels syn – i sin roll som branschföreträdare - på programstölden låter sig i verkligheten snarare sammanfattas så här:

Man kan dela in programstöld i en privat och en kommersiell sfär. Den privata är svår att överblicka från utsidan och sträcker sig från en utlånad CD-ROM till annonser i

¹¹³ Den anglosaxiska motsvarigheten till N.N. John Doe används istället för N.N. i syfte att göra textstoffet mera lättläst.

¹¹⁴ Heidel är civilekonom och har en bakgrund från olika marknadsavdelningar på större företag. Han håller föredrag om programstöld och arbetar över huvud taget mycket med information.

¹¹⁵ Se kapitel 7.

tidningar och specialkomponerade CD-ROM med ny programvara såväl som servrar anknutna till Internet eller åtkomliga via ett BBS¹¹⁶.

Den kommersiella sfären kan ur Heidels egen (här ovan med tillstånd fritt återgivna) modell tolkas på följande sätt. De gula trianglarna representerar parterna. Till vänster företagen som skaffar programvaran och till höger källan som levererar denna.

Högst upp är trianglarna breda, vilket motsvara stora organisationer; storföretag och myndigheter med tusentals datorer i verksamheten för den vänstra triangeln, storskalig counterfeitt och intern distribution för den högra.

Längre ner blir trianglarna smalare och smalare, vilket skall motsvara mindre organisationer för båda parter; småföretag respektive små datorbutiker.

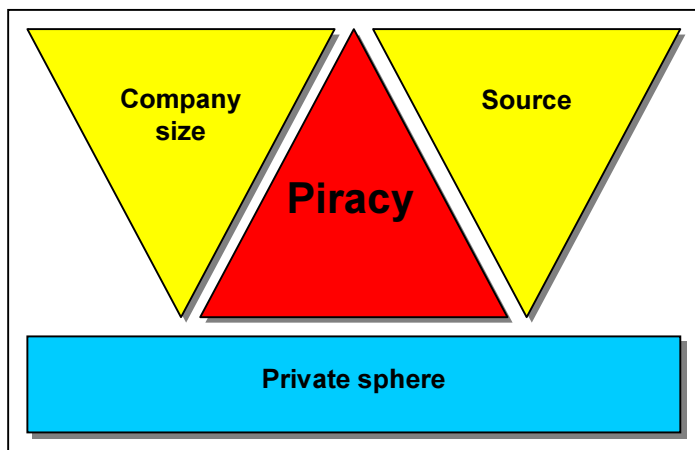


Figure 3: The Heidelberg Pyramids

Det mest intressanta i modellen är den omvända mittentriangeln, den röda, som får symbolisera frekvensen av programstöld. Som tydligt framgår, tänker man sig ett omvänt förhållande mot organisationernas storlek, med andra ord att det blir mindre och mindre vanligt att man hanterar licenser på ett olagligt sätt, ju större organisationen blir.

Å andra sidan innebär det en större mängd licensbrott om ett stort företag med tusentals datorer agerar illojalt, än om tiotals eller till och med hundratals småföretag helt struntar i en korrekt licenshantering. Därför anser Heidelberg att det är lika viktigt att rikta sin verksamhet mot alla typer av företag.

¹¹⁶ Bulletin Board System, sv: (ung) Elektronisk anslagstavla

12.1.3. Reputationsrisker

När jag frågar Heidel om han tror att en aktiv branschorganisation och en hög företagsprofil i aktioner mot företag och institutioner som missbrukar programvara kan slå tillbaka i form av dålig PR, säger han direkt att det i och för sig inte är en positiv situation för hans företag att allt för ofta angripa sina kunder, men det är en nödvändighet att upprätthålla en viss nivå av aktivitet och inte ge vika för illojalt agerande. Det står stora värden på spel. Heidel säger själv att ”piratkopieringen är vår värsta konkurrent”

Jag tolkar Heidel som att man vet att det innebär en trade-off att angripa potentiella kunder och att slåss för sina rättigheter, jag antar själv att det är därför man satsar hårt på sin mest aktiva branschorganisation, BSA, som den aktiva, utåtriktade parten.

12.2. John Doe

12.2.1. Bakgrund

Sedan 1980-talet tar unga, företrädesvis, pojkar del av en allt mer utbredd subkultur med datorspel, hacking och cracking.

Datorklubben på skolan eller studiecirkeln på kvällen där man kommer i kontakt med ny teknik leder ofta vidare till kontakter med eller medlemskap i hackergrupper.

En informellt organiserad värld med till exempel demopartys där grupper tävlar mot varandra i att uppvisa skicklighet i grafisk design, musik och programmering blir följden. Roller skapas¹¹⁷.

Men vilket intresse kan ett ungdomsfenomen på 80-talet ha för en analys av nutidens datorprogramindustri?

Förmodligen mycket stort om inte till och med fundamentalt. En väldigt stor andel av de som idag är yrkesverksamma inom IT-branschen har sina rötter i den här subkulturen. Värderingar, attityder och beteenden har grundlagts i den ovan uppskissade miljön och det är inte osannolikt att de lever kvar.

¹¹⁷ Några exempel på hackers benämningar på varandra, åtminstone på 80-talet:

Lamer: Någon som har viljan men inte kunskaperna. Ingen eftersträvd titel

Swapper: Någon som får tag i spel och förmedlar till andra som *knäcker* eller *ripar* dem, varefter swappern förmedlar de knäckta kopiorna till andra.

GraphicWiz/MusicWiz: Någon som har talang för att skapa multimedia att användas i demon, vilka i sin tur är reklam för en grupp.

12.2.2. Nutid

När jag träffar John Doe upptäcker jag omedelbart att hans bakgrund stämmer överens med min framställning ovan. Vi är i det närmaste jämnåriga och kommer ihåg samma spel, samma datorer och samma namn i hackervärlden.

Idag jobbar han med webdesign och databasapplikationer på ett mindre företag. Han har fortfarande kontakt med de som för ett decennium sedan åkte på demopartys och bytte piratkopior, med den skillnaden att några av dem nu själva utvecklar spel och driver IT-företag med utsikt till börsintroduktion.

Jag börjar med att kontrollera den yrkesmässiga situationen. Det visar sig snart att det företag John Doe arbetar på inte använder licensierad programvara. Man har inte råd, säger han, eftersom man tävlar om uppdrag från företag att producera webssidor med tonårsgrabbar som fortfarande går i skolan och definitivt inte har licensierad mjukvara.

Inte ens ett mindre företag har möjlighet att betala sina royaltyer utan att hamna i för dåligt konkurrensläge.

Avsikten med intervjun är dock inte att bedöma ett företag, utan John Does personliga agerande och inställning.

Det visar sig också där snabbt att mycket lever kvar från tonåren. John Doe har ett personligt nätverk innefattande detaljister i datorbranschen hos vilka han kan låna mjukvara på CD-ROM och bränna kopior hemma. Inte nog med att det egna behovet tillfredställs, han har också så smått börjat expandera till anonym försäljning och annonsering via internet, men är tveksam om det egentligen "är så smart".

12.2.3. En pirats tankar

Vi samtalar en stund och det står snart klart att:

- John Doe inte tycker att det han gör är moraliskt riktigt.
- Han inte tänker upphöra med den personliga kopieringen så länge licensavgifterna är kvar på nuvarande [höga] nivåer.
- Han inte anser det vara rimligt att vara "den ende som betalar när alla andra kommer undan gratis".

Efter några ledande frågor säger John Doe att han gärna skulle betala för licenser om han visste att lojalitet från hans och andra konsumenters sida skulle avspegla sig i sänkta licensavgifter från mjukvaruhuset.

Ergo, då han idag inte betalar royaltyer förkastar han kausaliteten mellan lojalitet och sjunkande licenskostnader som uppmålas i kapitel 9 om *Piraternas dilemma* ovan.

Han tror inte heller att alla produkter kommer att kunna hanteras via traditionell licenshantering. En uppfattning som är vanlig i hans kretsar är att priser sätts ytterst godtyckligt och att dyra produkter lika gärna kunde ersatts av gratisprogram¹¹⁸.

Man brukar säga att "There is no such thing as a free lunch", men i IT-världen är det ibland precis så, åtminstone för en konsument¹¹⁹.

12.3. Jonas Gulliksson

12.3.1. Bakgrund

Jonas Gulliksson tillhör den grupp yrkesmän som fått tillfälle att representera båda sidor i fråga om upphovsrättsintrång¹²⁰. Mest känt är kanske det så kallade BBS-målet¹²¹ från 1996 där Gulliksson företrädde en medelålders datorentusiast med egen BBS, på vilken ett antal program funnits tillgängliga för de som haft tillgång till databasen.

Intervjun med Gulliksson sker efter de andras. Jag levererar en del av deras åsikter för kommentar från den potentiellt mer neutralt advokaten.

12.3.2. Juristens roll

Gulliksson gör ganska snart ett klart principuttalande att han har en bredare värdemässig gemenskap med rättighetsinnehavare (programhus) än med pirater. Inte så förvånande egentligen, av flera skäl.

- För det första är piratkopiering i de flesta fall helt enkelt brott. I den något svårgreppade miljö som IT-branschen utgör är det ibland lätt att glömma bort.

¹¹⁸ Freeware.

¹¹⁹ Ett exempel är de webbläsare som rivalerna Microsoft och Netscape ger ut som freeware. Andra exempel är Adobes *Acrobat Reader* och klientprogrammet till First Class system.

¹²⁰ Han är en meriterad jurist med processerfarenhet sedan många år. Juris kandidat 1971 och sedan dess 27 års yrkeserfarenhet av immaterialrätt. Driven av ett genuint intresse för kultur och naturvetenskap har immaterialrätt hela tiden varit Gullikssons naturliga verksamhetsområde.

¹²¹ NJA 1996 s 79

- För det andra är programhusen de naturliga uppdragsgivarna för en praktiserande immaterialrättsexpert, man talar samma språk och har självfallet andra yrkesmässiga beröringspunkter.

Men Gulliksson utgör samtidigt något av det undantag som kan bekräfta regeln. I det så kallade BBS-målet företrädde han en medelålders man som åtalats med anledning av de program man funnit på hans privat upprättade BBS¹²².

Den intressanta synpunkt som direkt uppdagas i Gullikssons beslut att åta sig försvaret, och vilken på ett direkt sätt återges i kapitel 11 ovan, är att det är två världar som kolliderar. Datasoperatören, som tillhör den grupp datorintresserade människor som enligt Gulliksson ”i någon Rousseauisk anda springer nakna i cyberrymden” (fritt citerat) och inte alls har ekonomisk vinning som mål, ställs mot lagens skydd för immaterialrätter.

Mannen förlorar målet i tingsrätten, men frias i såväl hovrätt som HD. Han beskrivs av sin försvarare som mindre klandervärd och framför allt mer juridiskt okunnig än den bild som programhusens branschorganisation vill måla upp.

12.3.3. Allmän betraktelse

Gulliksson anser att det nuvarande systemet med försvarbara immaterialrätter under en relativt lång period är det naturliga för datorprogram. Liksom Norvald Heidel tror han att licenshandel är en effektiv metod och att den lojala marknaden skall uppnås genom information¹²³ och väl anpassad lagstiftning.

Jag är framför allt intresserad av hans syn på konfliktlösning. Ett stort problem, vilket analyseras i detta arbete är bristen på effektiv avskräckning, som den definieras i kapitel 9, och vedergällning.

Gullikssons snabba överslag ger att 70-80 procent av de konflikter som seglar upp i fråga om licenser, bootlegging eller andra missförhållanden mellan rättighetsinnehavare och kunder går till förlikning.

¹²² Det är inte den naturliga rollen för en högt betald jurist att för ett avsevärt mycket lägre arvode än normalt taga sig an ett fall där man indirekt står på motsatt sida om skranket från sina potentiella storklienter, programhusen.

¹²³ På min fråga om kunskapsnivån en jurist möter hos företag, myndighet och privatpersoner, skakar han bara på huvudet. De stora företagen har ökat sin kunskapsnivå, men det avser mera den generella skyddsbenägenheten och processvilligheten än datorprogram specifikt. Mindre företag och rättsvårdande myndighet får inte godkänt och privatpersoner står över huvud taget på en knappast mätbar kunskapsnivå.

De resterande fall som går till domstol skall genom TRIPs implementering i allt högre grad kunna genomföras som tvistemål. Ett hinder kvarstår: I fråga om storskalig piratkopiering kan värdet på de program som omfattas vara mycket högt, samtidigt finns endast ringa värde i verksamheten.

I princip räcker det med en högst ordinär PC och en CD-brännare för att verksamheten skall kunna få enormt hög omsättning. John Doe i underkapitlet ovan har till exempel alla möjligheter att bedriva bootlegging för mångmiljonbelopp.

I dessa fall anser Gulliksson, liksom Norvald Heidel, att det krävs avskräckande brottsmålsprocesser med kännbara straff.

12.4. Sammanfattning

Hur stor är diskrepansen mellan de tre männens uppfattning av dagens situation, av orsak och verkan till denna situation och av den önskade utvecklingen?

Egentligen föreligger ingen större diskrepans. Om man bortser från det historiska bagage av kompistryck och den unges lust att få leka med dyra leksaker som John Doe bär med sig, står de nära varandra.

- Alla anser att programutveckling måste få vara lönsamt. Det måste finnas kanaler att skapa vinst. De tror inte att ideella insatser i längden kommer att producera bra programvara. Se kapitel 2, avsnitt 2.2.4. om freeriders.
- Alla anser att en illojal marknad är av ondo, att det är ohållbart i längden ur nyttomaximerande synvinkel.

Däremot brister samsynen i fråga om lojalitet och upprepade spel. Det finns i nuläge inte några kanaler för kontroll och kommunikation mellan aktörerna som gör det rationellt att agera lojalt mot varandra enligt de spelteoretiska modellerna i kapitel 10 ovan.

Kapitel 13. Kontroll

13.1. Spontan ordning

Som visats i kapitel 10 ger valmöjligheter i spelmatriser upphov till strategier enligt rationella bedömningar. Om ingen rättsordning existerar, eller åtminstone inte verkar särskilt effektivt *de facto*, (jämför kapitel 9 om Fullers maximer för lagstiftnings misslyckande) kommer enligt Friedrich Hayek¹²⁴ istället parterna genom val och strategier att skapa konventioner och på det sättet utveckla en spontan ordning¹²⁵.

Hayek säger att denna ordning alltid är effektivare än centralt stiftade regler, då en utomstående lagstiftare inte har tillgång till samma information som en involverad part.

Med denna utgångspunkt kan vi gå vidare och betrakta hur ansvar för kontroll av illojal hantering av datorprogram bör kunna utformas på ett rationellt sätt.

13.2. Den överlägsne kontrollanten

Då licenshantering och programvaras spridning i nuläget befinner sig i en låg nivå av kontroll, relativt andra branscher och marknader, uppkommer frågan: Vem är den överlägsne kontrollanten?

Den generella principen¹²⁶ för fördelning av kontrollansvar tar sikte på att den part som har bäst insyn, möjlighet att kontrollera risk och händelseförlopp, samt den av parterna som är bäst försäkringsgivare, skall utföra kontrollen i ett avtalsförhållande.

Frågan ställs dessutom i ljuset av att branschorganisationer utökar sin verksamhet samtidigt som ny lagstiftning strävar efter att undandra ett antal fall från straffprocessuell hantering genom att underlätta för civilrättsliga alternativ (se kapitel 7 ovan om undersökningen).

13.3. Kontrollhierarkier

Sett ur direkt effektivitetssynpunkt bör man utgå från följande faktorer:

- Det bör vara lättare att överblicka programvarans spridning om man kan hålla antalet mellanhänder så kort som möjligt.

¹²⁴ Skogh & Lane s 67

¹²⁵ Eng: "Spontaneous order"

¹²⁶ Skogh & Lane s 95 f. Se även Posner, Scott och Calabresi för en djupare redogörelse.

- I princip bör man kunna anlägga en hierarkisk kontrollstruktur där varje led ansvarar för det underliggande ledets vidare hantering av programvaran.
- Strukturer inom vilka licenshantering förekommer bör här jämfört med utomstående aktörer som programhus och branschorganisationer, men också jämfört med polis och åklagare, vara de som bäst kan styra över risken genom till exempel upprättandet av rapportkanaler och intern revision¹²⁷.

För att återknyta till kapitel 8 och Coaseteoremet spelar det ingen roll, så länge rättigheterna är klara och transaktionskostnaderna låga, hur rättigheterna från början fördelats. Om avtal utformas tillräckligt noggrant kommer kontroll och tillsynskostnaden för licenstagaren att ingå i kontraktet med programhuset eller dettas företrädande organisation¹²⁸.

Kapitel 14. Rent seeking

14.1. Lokala monopol

Man kan jämföra värdet av en immaterialrätt med funktionen rent seeking inom nationalekonomi¹²⁹. När en ensamrätt kommit till stånd och kan försvaras, föreligger ett lokalt monopol för produkten (jämför kapitel 2 och 6 om rättighetsknippen).

Ett sådant monopol kan i andra sammanhang skapas via avtal:

Om till exempel en stad vid ett och samma tillfälle endast tillåter ett enda företag att dela ut post innanför stadsgränsen och för denna ensamrätt kräver X kronor, kommer näringsidkare, som tror sig kunna generera tillräckligt mycket mer vinst än X kronor för att verksamheten fortfarande kommer att bli attraktiv, att vara villiga att betala för ensamrätten.

14.2. Bundling

I fallet datorprogram kan lokala monopol dels vara frågan om att genom upphovsrättsskydd hindra counterfeit och olika försök till plagiat, dels en vidare

¹²⁷ En metod för ett programhus att få acceptans för denna ytterligare belastning för licenstagaren kan vara att helt enkelt erbjuda ersättning eller sänkta royaltyer i utbyte mot ett åtagande för licenstagaren att upprätta en standardiserad eller auktoriserad revision, alternativt anlita en extern licensrevisor som programhuset godkänner.

¹²⁸ Under dessa premisser är det knappast effektivt att vidareutveckla externt agerande organisationer till den punkt då de framstår som en maktfaktor, ett programhusens SWAT-team. Därtill är reputationsriskerna alltför stora och nettoeffekten snarast negativ.

¹²⁹ Parkin m.fl. s 301 ff

avtalsmässig lösning; möjligheten att ingå avtal med en hårdvaruleverantör om en ensamrätt att knyta sina produkter till hårdvarupaket¹³⁰.

Redan i slutet av 70-talet sökte Microsoft denna lösning för sitt nyutvecklade programmeringsspråk BASIC, till stor del betingad av trycket från piratkopiering¹³¹. Genom bundling kom man i så hög grad som möjligt bort från slutanvändarlicenser. Idag används en sådan medveten strategi från programhus i princip endast i fråga om freeware där det nästan alltid finns en moderprodukt i bakgrunden för vilkens licens en substantiell royalty kan tas ut¹³².

Bundling innebär alltså i korthet att olika produkter slås samman till paket. En vanlig konstruktion är att ett nytt datorpaket inte bara innehåller operativsystem utan också ett kontorsprogram med ordbehandlare och liknande applikationer. Även för vissa specialkomponenter som grafik- och ljudkort är det vanligt att relaterad programvara eller spel följer med.

Normalt upprättas en personlig licens utan extra avgift till mjukvaran vid installation eller första användningstillfället av hårdvaran.

Teknikutvecklingen inom IT innebär troligen att det under överskådlig tid kommer att krävas regelbundna uppgraderingar av företags datorsystem för att hålla jämna steg med konkurrenter etc¹³³. Mjukvara utvecklas i samma snabba takt.

14.3. Effektivitetshinder

Det skall inte bortses från en del nackdelar med ett utbyggt system av bundles. Risken är att komponent X strikt förknippas med program A, Y med B och vice versa. De som föredrar komponent X framför Y men inte under några omständigheter kan tänka sig program A i stället för program B, kommer att välja Y+B bundeln. Tillverkaren av komponent X kommer i det läget att avbryta samarbetet.

¹³⁰ En lösning som jag personligen i hög grad rekommenderar av effektivitetsskäl. Om programhusen är villiga att bortse från de sista piratkopierna, kanske till och med bjuda på en ökad mängd freeware till konsumenter, och istället koncentrerar sig på en effektiv distribution vid nyförsäljning av hårdvara och en bred uppslutning för detta från dennas försäljningskanaler, när man förmodligen en avsevärt mycket effektivare situation än dagens.

¹³¹ Gates s 60

¹³² Ett exempel är Adobes *Acrobat Reader*, vilken är en kostnadsfri applikation för att läsa dokument i ett särskilt format. Moderprodukten, *Acrobat*, som krävs för att kunna skapa dessa dokument är däremot royaltybelagd. Man kan förutsätta att antalet installerade gratisprogram är mycket högt i förhållande till moderprodukten. Den totala kontraktsmängden blir i motsvarande grad mycket lägre.

¹³³ Moores lag, vilken säger att kraften hos processorer kommer att fördubblas var artonde månad, anses gälla under ännu ett antal år.

Även utan avtalsmässiga ensamrätter skapar immaterialrätter i sig alltså en rent seeking situation. I många fall är en sådan effektiv för näringsidkaren, men medför *deadweight loss* och ett *konsumentöverskott*¹³⁴ på marknaden.

I fallet med datorprogram är även dessa faktorer potentiellt försumbara, delvis på grund av de minimala marginalkostnaderna (avseende *deadweight loss*) men också på grund av de ytterligt stora möjligheterna till prisdiskriminering (för att motverka konsumentöverskott).

Kapitel 15. Prisdiskriminering

15.1. Möjligheter

Prisdiskriminering förutsätter en fragmenterad marknad, eller ännu hellre flera isolerade marknader. I fråga om prisdiskriminering är det av dessa skäl inte önskvärt att konsumenter har goda kanaler för kommunikation och inbördes kontroll (jämför kapitel 10 om *Fångarnas dilemma*).

Om person A är villig att betala 20.000 kronor för en programlicens, person B är villig att betala 7,500 kronor för samma licens och person C bara är beredd att betala 300 kronor för licensen, uppstår följande scenario:

1. Royaltyn sätts till 20.000 kronor. Endast A betalar. Sammanlagt betalas 20.000 kronor.
2. Royaltyn sätts till 7.500 kronor. A och B betalar. Sammanlagt betalas 15.000 kronor.
3. Royaltyn sätts till 300 kronor. A, B och C betalar. Sammanlagt betalas 900 kronor.

Det är inte svårt att inse att royaltyn kommer att sättas till 20.000 kronor.

Programhuset går då miste om 7.500 + 300 kronor som B och C varit villiga att betala.

Om man kan isolera och skapa en separat marknad för varje potentiell kund, kan företaget, istället för att använda sig av en enhetlig nivå för royaltyster, genomföra en perfekt prisdiskriminering och erhålla maximala royaltyster från alla. I exemplet 20.000 + 7.500 + 300 kronor.

¹³⁴ Parkin m.fl. s 300 ff

15.2. Begränsningar

Är det möjligt att få acceptans för uttag efter betalningskraft för samma tjänst?

I Sverige och de flesta andra länder kan man som exempel se till hur den offentliga verksamheten finansieras med hjälp av progressiva skatter.

Dock kräver en prisdiskriminering som ovan vissa förutsättningar. Det kan till exempel inte vara möjligt för C att sälja vidare sin licens till A. I så fall kommer C att köpa licensen för 300 kronor och sälja den till A för strax under 20.000 kronor.

Här kan man dra starka paralleller till konsumtionsreglerna för immaterialrätter (se kapitel 6 ovan). När ensamrätten utsläckts inom en region råder normalt upphovsmannen inte över den vidare hanteringen. Det är alltså önskvärt för rättighetsinnehavaren att kunna isolera och begränsa konsumtionsområden för att kunna uppnå prisdiskriminering och undvika fenomen som parallellimport.

Kapitel 16. Sammanfattning

Nedan följande avslutande analys utgår från effektivitetsaspekter. Rättvisa är inte ett nödvändigt kriterium för effektivitet. Jämför med nyttomaximerande resonemang i förhållande till utilitarism i kapitel 2 och rationalitet i förhållande till moral i kapitel 11.

16.1. Immaterialrätt

Varför föreligger sammantaget ett intresse att över huvud taget upprätthålla immaterialrätter som till exempel upphovsrätt. Hur bedömer man detta med effektivitetsmått?

16.1.1. Privat vara

till att börja med kan vi erinra oss att immaterialrätter kan betraktas som konkurrensmedel¹³⁵.

För att anknyta till kapitel 8 ovan, ger immaterialrätten samma resultat som att definiera en äganderätt till fysisk egendom och en ekonomisk drivkraft att utveckla och förädla denna egendom. Enligt definitionen i kapitel 8 strävar lagstiftningen efter att skapa en privat, icke exkluderbar vara av datorprogram.

¹³⁵ Bernitz m.fl. s 123.

Genom att ge möjligheten för marknadsaktörer att skapa en privat vara och tillåta att denna blir bärare av ett rättighetsknippe (enligt kapitel 2 och 6) med kraft att skapa ett lokalt monopol, ger man utrymme för rent seeking och incitament för utveckling och produktion.

Samtidigt måste man komma ihåg att två av de mest fundamentala begreppen inom ekonomisk teori, knapphet och marginalkostnad, inte är direkt tillämpbara (se kapitel 2 om dessa begrepp).

16.1.2. Fördyrande faktorer

I fråga om datorprogram finner jag tre negativa effekter på dess värde som privat vara och marknadsprodukt.

- Man kan i bästa fall skapa en privat men icke-exkluderbar vara av datorprogram.
- En fråga som kan och bör ställas är om datorprogram alltid är en lämplig kommersiell produkt på egen hand, i förhållande till möjligheten att låta intäkter skapas via till exempel bundling.
- I nuläge använder man sig av immaterialrätt med licenser riktade till slutanvändare som kontrollredskap. Tidigare i detta arbete har modeller presenterats som visar att det åtminstone inte är säkert att licensavtal möts av motsvarande kunskap och förståelse som traditionella äganderätter.

Det kan vara av dessa skäl vi ser en [bedömt] hög brottslighet på datorprogrammarknaden. De mest inflytelserika aktörerna (programhus och branschorganisationer) propagerar ensidigt för det rådande rättslägets förankrande och strävar mot en avsevärt reducerad nivå av kriminalitet genom traditionella kanaler.

Vid någon punkt blir nettoeffekten av att bekämpa illojalt agerande negativ. Det är helt enkelt mera kostsamt att ytterligare trycka tillbaka kriminalitet än att acceptera uteblivna royaltyer.

Kostnaden kan mätas i form av reputationsskador, direkta kostnader för lobbyverksamhet och varumärkes- och produktflykt (alltså att konsumenter byter till ett annat programhus produkter).

Problematiken tar ytterligare en vändning när man tagit beslutet att se mellan fingrarna med en viss nivå av programstöld eller en viss grups, till exempel studenters¹³⁶, agerande. Då uppkommer problemet som presenterats i kapitel 10 ovan: Ingen vill bli utan stol när musiken slutar. Möjligheten för någon aktör att påräkna lojalt agerande från andra minskar och en ond cirkel påbörjas.

16.1.3. Alternativ

För att anknyta till tidigare presenterade idéer om okunskap angående licenshantering, teorin om den överlägsne kontrollanten och Coaseteoremet, är det min personligt funna slutsats att licenshantering till slutanvändare är en godtagbar men i många fall ineffektiv metod för ett programhus att få utbyte av sitt arbete.

Redan i sin linda försökte till exempel Microsoft hitta vägar att kringgå slutanvändarlicenser (se kapitel 14) och min uppfattning är att det är ett alternativ programhusen bör ägna mera intresse.

16.2. Lagstiftning

16.2.1. Otillfredsställande lagstiftning

Om marknaden inte finner rådande lagstiftning godtagbar, försöker man ta sig förbi den med andra metoder som till exempel nya avtalstyper eller skiljedomar (jämför Hayek om spontan ordning i kapitel 13).

För ett företag kan det innebära olika alternativ att ta ställning till beroende på vilken avgränsning man gör på marknaden i fråga.

När man når den globala scenen finns en radikal utväg att tillgå vid missnöje med lagstiftningsfrågor; att helt enkelt flytta sin verksamhet till en sfär med mer passande lagstiftning. Sverige blir i sammanhanget reducerat till ett börsnoterat företag där utländska och inhemska företag uppträder som ägare. Som i övriga bolag har ägarna inflytande genom *voice* och *exit*¹³⁷.

I analogin med ett företag underkänns ett land med undermåligt immaterialrättsskydd enklast genom *exit*, att företag etablerar verksamhet på annan ort i stället för i Sverige. Förvisso skall man inte heller glömma *voice*, vilket snarast kommer till uttryck genom

¹³⁶ Kanske i syfte att "sponsra" produktvana för senare licensanskaffning när dessa studenter kommit ut i näringslivet och skall besluta om inköp av programvara till ett helt företag. Långsökt men omöjligt att motbevisa.

olika branschorganisationer¹³⁸, ett uppmärksammat fenomen inom bland annat datorprogramindustrin.

16.2.2. Effektivitetsfrämjande riktlinjer

I samband med att svensk lag ändras på ett nydanande sätt i fråga om civilrättslig verksamhets omfattning och medel genom undersökningen (se kapitel 7) kan det var lämpligt att föra ett resonemang om vilka åtgärder som främjar respektive motverkar en god marknad.

Ett civilrättsligt förfarande som undersökningen, med möjlighet till verkligt effektiva åtgärder, bör ha goda preventiva effekter och bör kunna, genom att undandra fler mål från straffprocess, öka spelrummet för alternativa förfaranden som skiljedom och förlikning mellan parter som vill komma över missförhållanden och fortsätta verksamhet, snarare än att skada varandra med rättsliga medel.

För att ett sådant klimat skall kunna råda måste en viss styrkebalans existera, utan detta kriterium föreligger knappast incitament för parter att mötas i förhandling.

Med undersökningen som potentiellt maktmedel har balansen förskjutits i riktning mot programhusen och dess juridiska ombud, i förhållande till illojala motparter.

Tilläggas kan dock, att ett antal yrkesverksamma jurister, bland andra advokaterna Agne Lindberg på Delphilawyers och BSA och Jonas Gulliksson på Ström & Gulliksson, har riktat stark kritik mot de, i deras tycke, bristfälliga verkställighetsmetoderna och kravet på ställd säkerhet.

Ett annat problem föreligger i fallet med bristande moralisk uppfattning och situationer där det är tveksamt om egentliga rättighetsintrång enligt Hohfelds system (se kapitel 2, 6 och 11) äger rum trots att rekvisiten för upphovsrättsbrott kan vara uppfyllda.

På vilket sätt är det ineffektivt att ett program, i ett enskilt fall, under i kapitel 11 beskrivna omständigheter efter handlingens utförande tar upp plats på en hårddisk någonstans? Helt enkelt därför att det är olagligt.

Det är ineffektivt därför att man måste stävja även de mest absurda situationer där databitar förflyttas genom olika medier, över nätet, på en BBS eller en bränd CD-

¹³⁷ Skogh & Lane s 108 f

¹³⁸ Som till exempel BSA, BONUS och STIM.

ROM, utan att programhus kommer till någon som helst reell skada. Det tar resurser från den verkligt skadliga verksamheten och riskerar att minska respekten för immaterialrätter.

Kom ihåg:

- Knapphet existerar inte.
- Datorprogram är inte naturliga produkter, de påminner mera om de typfall som presenteras som exempel på market failure i nationalekonomisk doktrin. Först genom immaterialrätter blir datorprogram över huvud taget en definierbar produkt.

Det innebär dock inte att man inte skall fortsatt arbeta för en fungerande marknad genom lagstiftning, information och effektiva och kompetenta forum, det innebär bara att man måste ägna mer tid åt att klargöra vad målet med ansträngningarna skall vara.

16.3. Avslutning

Det kommer alltid att finnas piratkopior där ute, i cyberrymden.

Frågan är egentligen inte **hur många** piratkopior det kommer att finnas, kom ihåg, det råder aldrig brist på databitar.

Frågan är **vilka** piratkopior det skall handla om.

Litteraturförteckning

Tryckt material

Alter, S. (1996), *Information systems*

Second edition

The Benjamin/Cummings Publishing Company, Inc, CA, USA.

Andersson, K. (1991), *Piratkopiering av datorprogram*

Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet

Juristförlaget JF AB, Stockholm.

Bernitz, U. (1991), *Standardavtalsrätt*

(Bernitz)

Femte upplagan

Juristförlaget JF AB Stockholm

Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L. & Sandgren, C. (1991), *Immaterialrätt*

(Bernitz m.fl.)

Tredje upplagan

Juristförlaget JF AB, Stockholm.

Brown, V.F. (1988), *Copyright of Computer Software*

North Carolina Law Review, vol. 66, s 980-1017.

BRÅ. (1995), PM 1995:1, *Privatisering inom rättsväsendet*

Graphic Systems AB, Malmö.

Coase, R.H. (1974), *The Lighthouse in Economics*

(Coase Lighthouse)

Journal of Law and Economics, October.

23 Journal of Law and Economics, 357-376.

Coase, R.H. (1992), *Företaget, marknaden och lagarna*

Ratio, AB Timbro, Fählts tryckeri, Värnamo.

Gates, B. (1995), *Vägen till framtiden*

ScandBook, Falun.

Gulliksson, J. (1998), Remissyttrande över Ds 1998:24

Hohfeld, W.N. (1919), *Fundamental Legal Conceptions*

Yale University Press.

Höglund, B. (1992), *Spelet om resurserna i den svenska blandekonomin*

Tredje upplagan

TA-Tryck, Bjärnum.

Karnell, G.W.G. (1997), *First Step Protection*

Copyright World, issue 71, June/July, s 34-38

Landy, G.K. (1994), *The Software Developer's and Marketer's Legal Companion*

Addison-Wesley, USA.

Larsmo, O. & Ilshammar, L. (1997), *net.wars*

Smegraf, Smedjebacken.

Lloyd, I.J. (1993), *Information Technology Law*

Butterworths, London, Great Britain.

Negroponte, N. (1995), *Leva digitalt*

WSOY, Juva, Finland.

Newman, P. (1998), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*

Macmillan Reference Limited, UK.

Parkin, M., Powell, M. & Matthews, K. (1997), *Economics*

Third edition

Addison Wesley Longman Limited, Great Britain.

Price Waterhouse. (1995), *Contribution of the packaged business software industry to the European economies*

BSA Europe.

-
- Pålsson Syll, L. (1995), *Coase och rättsekonomens grunder*
Department of economic history Lund University
Lund papers in economic history
Reprocentralen Lund University.
-
- Rosén, J. (1995), *Swedish Software Law*
Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms Universitet
Skriftserie nr. 46
Juristförlaget JF AB, Stockholm.
-
- Schwanflügel, D. (1992), *Softwarepatentet Immaterialrettens enfant terrible?*
Complex 4/92 Institut för rettinformatikk
Engers Boktrykkeri A/S, Otta, Danmark.
-
- Seipel, P. (1990), *Juristen och datorn*
Tredje upplagan
Studentlitteratur, Lund.
-
- Silberman, O. (1990), *Upphovsrätt till datorprogram Sverige i ett internationellt perspektiv*
IRI-rapport 1990:4
Institutet för rättsinformatik, Stockholms universitet
Reprocentralen Stockholms universitet.
-
- Simmonds, N.E. (1994), *Juridiska principfrågor*
Norstedts Juridik
Graphic Systems AB, Göteborg.
-
- Skogh, G. & Lane, J-E. (1993), *Äganderätten i Sverige*
SNS Förlag
Norstedts Tryckeri AB, Stockholm.
-
- Skogh, G. (1983), *Rättsekonomi*
Ekonomi Under Debatt
Liber Tryck, Stockholm.
-
- Smitt, R., Ossmer, P., Lindberg, A. & Brinnen, M. (1992), *Databranschens standardavtal*
Norstedts Juridik
Graphic Systems, Göteborg.
-
- Tapper, C. (1989), *Computer Law*
Fourth edition
Bath Press, Avon, Great Britain.
-

Offentligt tryck

- NJA 1996 s 74, BBS-mål
- NJA 1996 s 79, BBS-mål
- RÅ 1974 s 19
- SOU 1985 : 51 *Upphovsrätt och datorteknik*
- SOU 1986 : 12 *Datorer Sårbarhet Säkerhet*
- SOU 1988 : 31 *Översyn av upphovsrättslagstiftningen Delbetänkande 4*
- SOU 1990 : 30 *Översyn av upphovsrättslagstiftningen Slutbetänkande*
- SOU 1996 : 40 *Elektronisk dokumenthantering*
- Prop. 1992/93 : 48
- Prop 1994/95 : 35
- Ds 1997:50
- Ds 1998:24 Justitiedepartementet. *Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång*

Council Directive (91/250/EEC) of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs

Online material

Awapatent	www.awapatent.com/
Brottsförebyggande rådet	www.brottsforebygganderadet.se/
BSA	www.bsa.org/
David D. Friedman	www.best.com/~ddfr/index.shtml
DelphiLawyers	www.delphilawyers.se/
Europeiska kommissionen	www.eukomm.se/
IFIM	130.237.176.106/ifim/
Information Rosenbad	www.regeringen.se/
IT-kommissionen	www.itkommissionen.se/
Juridiskt forum	www.jit.se/
Law & Economics mailing list	hobbes.itc.virginia.edu/~cjg4t/gmmail.html
LawCrawler	web.lawcrawler.com/
Library of Congress	lcweb.loc.gov/homepage/lchp.html
Linus Walleij	www.df.lth.se/~triad/book/15cybsoc.html
Notisum	www.notisum.se/
Rixlex	rixlex.riksdagen.se/
Ronald D. Jackson	www.rdjlaw.com/copyrigh.htm
SITO	www.sito.se/
SPA	www.spa.org/
STIM	www.stim.se/
Ström&Gulliksson	www.sg.se/
The Copyright Office	lcweb.loc.gov/copyright/
WIPO	www.wipo.org/

Intervjuer, skriftliga och muntliga

Agne Lindberg, BSA

Jonas Gulliksson, Ström & Gulliksson AB

Norvald Marstrand Heidel, Microsoft

John Doe, incognito