



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Viet Hoang

# Digitala produkters rättsliga ställning

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Patrik Lindskoug

IT-rätt, Köprätt, Konsumenträtt.

VT 2012

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställning	8
1.3 Avgränsning	8
1.4 Metod / Material	10
1.5 Disposition	10
<b>2 E-HANDEL</b>	<b>12</b>
2.1 Begreppet/Definition	12
2.2 Allmänt	12
2.3 E-handelns påverkan på juridiken	13
2.4 Olika typer av elektronisk handel	14
<b>3 DIGITAL INFORMATION</b>	<b>15</b>
3.1 Information	15
3.1.1 Hur överförs information?	15
3.1.1.1 Allmänt	15
3.1.1.2 Internet som ett medel för överföring av data	16
3.1.1.3 Webbläsning	17
3.1.1.4 Streaming	17
3.1.1.5 Neddladdning	18
3.1.1.6 E-post/Elektronisk post	18
<b>4 DIGITALA PRODUKTER</b>	<b>19</b>
4.1 Allmänt	19
4.2 Begreppsbildning och definition	19
4.3 Digitala produkter som informationsprodukt	20

<b>5</b>	<b>DEN RÄTTSLIGA KLASSIFICERINGEN AV DIGITALA PRODUKTER</b>	<b>22</b>
5.1	Inledning	22
5.2	Vara eller tjänst?	22
5.2.1	Köplagen och Konsumentköplagen	22
5.2.2	Konsumenttjänstlagen	23
5.2.3	Allmänt om gränsdragningen	23
5.2.4	Gränsdragningsproblematiken – särskilt om de digitala produkterna	24
5.2.4.1	Svensk rätt	24
5.2.4.1.1	SOU 1999:106	24
5.2.4.1.2	Förarbetena till DaL	25
5.2.4.1.3	Förarbetena till DHL	25
5.2.4.1.4	Ds. 2007:29	26
5.2.4.1.5	Ds. 2009:13	27
5.2.4.1.6	Doktrin	27
5.2.4.2	Dansk och norsk rätt samt Nordiskt ministerråd	30
5.2.4.3	Utblick mot europeisk rätt	33
5.2.5	Kan köplagarnas bestämmelser tillämpas på digitala produkter?	38
5.2.5.1	Inledning	38
5.2.5.2	Hävning	39
<b>6</b>	<b>SLUTSATS/ANALYS</b>	<b>42</b>
<b>7</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTARER</b>	<b>51</b>
	<b>BILAGA A</b>	<b>52</b>
	<b>BILAGA B</b>	<b>54</b>
	<b>BILAGA C</b>	<b>57</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>58</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>62</b>

# Summary

This essay discusses digital content and their judicial status; especially the issue concerning the classification of digital content as either sales contracts or service contracts. The term *digital content* is to be understood as computer programs, applications, games, music, videos or texts. This essay will mainly focus on consumers and their rights when purchasing digital content which are not supplied on a tangible medium.

The essay focuses on consumer protection due to the fact that the old terminology used in domestic consumer protection laws is not compatible with these new “products”. According to the Consumer Sales Act, the goods must be *tangible* in order to fall within the scope of the act. Corresponding regulations can be found in the Consumer Services Act which states that its provisions are applicable to services performed on *tangible* goods.

Due to this discrepancy, a consumer protection lacuna has arisen; the available consumer protection laws are inapplicable on contracts for supply of digital content. The essay disserts this issue from the perspective of the Nordic countries as well as from the perspective of the European Union considering that legislation issued on EU-level is binding for its member states. The essay extensively analyses doctrine in a comparative manner as well as governmental commissions for the purpose of elucidating the judicial status of digital content.

The conclusion is that the legal status of digital content is still uncertain due to the lack of praxis and applicable regulations. The European Union adopted in 2011 a new directive on consumer rights, which are entering into force December 13<sup>th</sup>, 2013. The directive establishes that digital content should neither be classified as goods, or services, but rather as something else. Since this essay does not address the issue concerning contracts for supply of digital content as license-agreements (which probably constitute “something else”), no conclusions have been reached concerning the national regulations’ conformity with the legislation of the European Union, in this specific matter.

The essay answers however, – for the essay relevant question – whether a contract for the supply of digital content should be classified as sales contracts, or service contracts with the following statement: It depends.

The essay concludes that there is a need for new, modern legislation, which is suitable for the new, digitalized world consumers both live and shop in. The essay suggests that if the contracts for supply of digital content should fall within the scope of the new legislation, the legislator should distinguish between digital content as goods *and* digital content as services. The terminology which is suggested is *digital goods* and *digital services*, as this

distinction is relevant for the assessment on the right of withdrawal and on the right to void contracts.

In order to determine whether a contract for supply of digital content should be classified as either sales contract or service contract, it is suggested that this assessment should be based on several factors, for example:

- Whether the performance of the contractual obligation contains a clear and distinctive element of *work* (of digital nature). For example: maintenance of software and reparation and installation of software through remote control.
- Whether the buyer only pays once for unlimited usage of the digital content hereinafter, or if the buyer needs to pay continuously in order for the digital content to function effectively.
- Whether the buyer, after delivery of the digital content, can independently (without involvement from the seller) use the digital content, or if they are reliant on the seller to maintain or provide additional services for the full and independent usage of the digital content.
- Some guidance can be sought in whether a contract for the supply of digital content in an appropriate manner can be subject for restoration in case of voidance.

# Sammanfattning

Arbetet behandlar digitala produkters rättsliga ställning; närmare bestämt huruvida dessa produkter ska klassificeras som tillhandahållande av tjänster, eller som köp av varor. Med begreppet digitala produkter ska förstås datorprogram, musikfiler, videofilmer, bildfiler, e-böcker, applikationer, datorspel, mm. Fokus kommer att ligga på konsumenternas rättsställning vid förvärv av de digitala produkter som levereras *elektroniskt*, dvs. utan att vara manifesterade i ett fysiskt medium.

Arbetet har fått denna inriktning med anledning av att konsumentskyddsregelverken och dess gamla terminologi stämmer dåligt överrens med dessa nya produkter: konsumentköplagen erfordrar att *varan* ska utgöra en *lös sak*. Motsvarande bestämmelse finns i konsumenttjänstlagen som erfordrar antingen arbete på, eller förvaring av *lösa saker*. Lösa saker är enligt förarbetena rörliga, fysiska föremål och därmed kan digitala produkter inte anses utgöra *lösa saker*.

Som ett resultat av denna diskrepans hamnar avtal om förvärv av digitala produkter utanför konsumentskyddsreglernas direkta tillämpningsområde. Arbetet belyser denna problematik ur ett samnordiskt perspektiv men berör även gemenskapsrättens olika rättsakter med anledning av att en lagstiftning på EU-nivå är bindande för medlemsstaterna. I arbetet görs en omfattande komparativ analys av doktrin samt statliga utredningar i syfte att redogöra för det rådande rättsläget kring förvärven av de digitala produkterna.

Slutsatsen blev att rättsläget alltså är oklart eftersom frågan varken har prövats i någon nordisk överrätt eller reglerats i någon lagstiftning. EU röstade 2011 igenom ett nytt direktiv om konsumenträttigheter som ska träda i kraft den 13 december 2013. I direktivet fastslås det att digitala produkter varken ska klassificeras som *varor* eller *tjänster*, utan som något helt tredje, än så länge odefinierat. Eftersom arbetet inte berör digitala produkter ur ett licensperspektiv (vilket då troligen utgör ”något helt tredje”) har inga slutsatser kunnat dras kring de svenska reglernas konformitet med gemenskapsrätten på just den specifika punkten.

Dock har arbetet besvarat frågan huruvida ett avtal om en elektronisk överföring av en digital produkt ska anses utgöra ett köp av en *vara* eller ett tillhandahållande av en *tjänst* med följande svar; Det beror på.

Arbetet kom fram till det finns ett behov av ny, modern inhemsk lagstiftning som är anpassad till den nya, digitaliserade värld som konsumenterna lever och handlar i. Det föreslås även att om digitala produkter ska arbetas in i en ny konsumentlagstiftning, att lagstiftaren skiljer på de digitala produkterna genom att beteckna dem antingen som digitala varor, eller digitala tjänster. Denna klassificering har nämligen betydelse vid bl.a. ångerrätt och hävning.

För att kunna fastställa huruvida en digital produkt ska anses utgöra ett köp av en digital vara eller som ett tillhandahållande av en digital tjänst föreslås det att bedömningen bör grundas på en del olika faktorer; däribland:

- Huruvida den digitala produkten utgörs av ett tydligt präglad *arbete* (av digital natur). Som exempel kan nämnas underhåll av mjukvara samt reparation och installation av mjukvara genom fjärrstyrning.
- Huruvida köparen erlägger en engångssumma för produkten eller om ytterligare betalning förutsätts för användandet av produkten.
- Huruvida köparen, efter hämtning av den digitala produkten, kan fullt ut nyttja produkten på egen hand eller om denne är beroende av att säljaren därefter utför ett arbete eller en tjänst av något slag för att köparen ska kunna nyttja produkten ändamålsenligt.
- Att viss ledning kan hämtas från huruvida den digitala produkten på ett rimligt och lämpligt sett kan återställas vid en eventuell hävning.

# Förord

Jag skulle först och främst vilja tacka Donald P. Bellisario. Utan honom hade jag nog inte suttit här idag 14 år senare och skrivit detta förord. För er som inte vet vem Bellisario är kan jag informera er om att han är skaparen av TV-serien *Judge Advocate General* som väckte mitt intresse (vid 11 års ålder) för att bli jurist.

Jag vill även tacka Patrik Lindsoug för din insats i Allmän avtalsrätt. Utan din förmåga att inspirera och väcka studenternas intresse hade jag aldrig hittat mitt uppsatsämne. Du ska ha ytterligare ett tack för att du sedermera ställde upp som min handledare och mitt bollplank inför de problem jag stötte på längst denna brokiga, men ack så givande väg.

Min familj och mina vänner. Ni vet vilka Ni är. Utan Er hade jag aldrig kommit så här långt.

Sist min inte minst skulle jag vilja tacka min praktikhandledare Gabriella Jävermo för allt hennes stöd i såväl privatliv som karriärmässigt. Tack för att du alltid utmanar mig och inspirerar mig till att göra mitt bästa, och att våga.

Lund, maj 2012  
*Viet Hoang*



# Förkortningar

Appar	(Mobil)Applikationer
AvtL	Lag 1915:218 om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Bit	Binary digit
DaL	Lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal
DHL	Distans- och hemförsäljningslag (2005:59)
Ds.	Departementsserien
EDI	Electronic Data Interchange
EUD	Europeiska unionens domstol (tidigare EG-domstolen)
FTP	File Transfer Protocol
HTML	Hypertext Markup Language
Ibid.	Ibidem ("på samma ställe")
IT	Informationsteknik
KKL	Konsumentköplag (1990:932)
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
KöpL	Köplag (1990:931)
Ot.prp.nr	Beteckning för en norsk proposition
PC	Personal Computer
Pdf.	Portable Document Format
Prop.	Proposition
RAM	Random Access Memory
Rskr.	Riksdagsskrivelse
SOU	Statens offentliga utredningar
URL	Uniform Resource Locator

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Allt fler konsumenter, men även näringsidkare, handlar varor och tjänster på Internet. I takt med att befolkningens/allmänhetens tillgång till datorer och internet ökar (9 av 10 har egen dator och 88% av befolkningen har tillgång till internet), ökar även digitaliseringen av vardagliga sysslor såsom att betala räkningar, omvärldsbevaka, socialisera och spela spel.<sup>1</sup> Som ett resultat av digitaliseringen blir det allt vanligare att även leveransen av själva avtalsobjektet sker elektroniskt via Internet, direkt till köparens dator. Detta sätt att bedriva e-handel betecknas vanligen *direkt* e-handel och avtalsobjekten benämns *digitala produkter*<sup>2</sup>. Konsumenterna blir dessutom yngre och yngre och det är enklare än någonsin att ingå avtal om ex. ”köp”<sup>3</sup> av programvara (ex. ”appar” och spel) genom datorn och mobiltelefonen.

Professor dr. juris Olav Torvund förutspådde 2004 i sin rapport<sup>4</sup> att handeln med digitala produkter – trots bristande statistik – var ”i ferd med å ta av”. Fortfarande finns det inte – såvitt jag vet – någon tillförlitlig, rikstäckande statistik för varor och tjänster som levereras digitalt direkt till konsumentens dator, än mindre när det gäller streamingtjänsterna. Oaktat statistiken torde det inte vara helt fel att påstå att digitala produkter (videofiler, mp3filer, e-böcker, ordbehandlare, antivirusprogram, mobilapplikationer (”appar”), mm) på senare år har blivit alltmer populära och utbredda.

Leveranser av dessa digitala produkter lämpar sig självfallet endast om den ursprungliga produkten kan låta sig digitaliseras och omvandlas till filformat. Andra produkter kan överhuvudtaget inte levereras elektroniskt; t.ex. kläder, möbler och andra fysiska ting som är beroende av sin fysiska form för att tjäna sitt syfte.

Eftersom dessa digitala produkter är en relativt ny företeelse som blir allt vanligare och då lagstiftaren inte hade dessa produkter i åtanke under lagstiftningsprocessen, har denna omständighet resulterat i att de digitala produkterna fallit mellan – och ibland utanför – de lagar<sup>5</sup> som annars hade varit lämpliga att tillämpa på förvärv av digitala produkter.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> <https://www.iis.se/docs/SOI2011.pdf>.

<sup>2</sup> Som det kommer att framgå nedan under 4.2 är begreppet digitala produkter endast ett av många sätt att beteckna varor och tjänster som inhandlas genom direkt e-handel.

<sup>3</sup> Jag skriver här ordet köp med citattecken eftersom rättsläget är oklart huruvida digitala produkter överhuvudtaget kan köpas eller om förvärv av programvara (som inte är i sin helhet, d.v.s. inklusive upphovsrätten) ska anses vara en bruksrätt (nyttjanderätt/licens).

<sup>4</sup> Dr. Juris. Torvund, Olav. ”Forbrukerkjøpslovens anvendelse ved levering af digitale ytelser”, Rapport 31.03.2004 på Justis- og Beredskapsdepartementet.

<sup>5</sup> Främst KöpL, KKL och KtjL.

<sup>6</sup> Jmf. TemaNord 2000:612, ”Implementering af direktivet om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed - set ud fra et nordisk

## 1.2 Syfte och frågeställning

Arbetets primära syfte är att utröna de digitala produkternas rättsliga ställning inom förmögenhetsrätten med fokus på de digitala produkternas hänförlighet till klassificeringen *vara* eller *tjänst*. Anledningen till att denna distinktion är viktig är att om förvärv av digitala produkter skulle anses utgöra ett tillhandahållande av en tjänst, så bör köplagen och de principer som ligger till grund för denna (i den mån de inte utgör allmänna obligationsrättsliga principer) inte användas vid utfyllning eller tolkning av avtal om förvärv av digitala produkter.

Därutöver är det, med anledning av hur lätt det är för privatpersoner att olovligt ladda ned upphovsrättsligt skyddat material från Internet, angeläget att skydda den skara konsumenter som väljer att förvärva<sup>7</sup> digitala produkter genom ett lagligt alternativ. Detta lagliga alternativ bör inte missgynnas i förhållande till olovlig fildelning.

Konsekvensen av att förvärv av de digitala produkterna skulle falla utanför köplagarna och konsumenttjänstlagen torde te sig oönskad ur såväl ett konsumentperspektiv som näringslivsperspektiv. Konsumentaspekterna faller bort eftersom det blir ett ensidigt upprättat licensavtal som kommer att ligga till grund vid tvist; konsumentens enda skydd blir då jämningsregeln i 36§ AvtL. Konsumenterna tappar därmed incitament till att välja det lagliga alternativet till att fildela och ladda ned olovligt; resultatet blir att näringslivet förlorar en potentiellt stor grupp unga konsumenter som handlar allt mer musik, filmer, applikationer och spel online.

Arbetets frågeställning blir således: *Ska ett avtal om en elektronisk överföring av en digital produkt anses utgöra ett köp av en vara eller ett tillhandahållande av en tjänst?*

## 1.3 Avgränsning

På grund av arbetets begränsade omfång finns det inte utrymme för en utförlig genomgång av samtliga juridiska spörsmål som dessa digitala produkter har givit upphov till. Jag har således fått begränsa arbetets ramar till den frågeställning som angivits ovan. Det är dock min förhoppning att frågan utreds vidare, speciellt ur ett konsumenträttsligt perspektiv. Det här arbetet är mitt bidrag till kartläggandet av de digitala produkternas rättsliga ställning.

---

forbrukerbeskyttelsesperspektiv”, s. 28 samt SOU 1999:106 *Konsumenterna och IT - en utredning om datorer, handel och marknadsföring*, s. 75.

<sup>7</sup> I den fortsatta framställningen använder jag inte uttrycket ”förvärva” synonymt med att ”köpa”, utan synonymt med att ”införskaffa”; syftet är att poängtera att uttrycket är oberoende av om digitala produkter ska anses utgöra en vara eller en tjänst samt vidare oberoende av om avtal om förvärv av dessa ska anses utgöra ett köp eller en bruksrätt.

Vid förvärv av digitala produkter med fysiska bärare har det generellt ansetts att de köprättsliga reglerna är tillämpliga.<sup>8</sup> Köp av dessa faller således utanför detta arbetes ramar. Arbetet omfattar således endast digitala produkter som levereras elektroniskt, via ett nätverk, direkt till köparens maskinvara.<sup>9</sup> I den mån inget annat anges syftar jag på digitala produkter som levereras *elektroniskt, via Internet* (direkt e-handel) när jag använder begreppet ”digitala produkter”.

I den fortsatta framställningen åsyftas med termen digitala produkter filer som utgör musik, film, e-böcker, standardprogramvara (ex. mobilapplikationer, ordbehandlare, MS Office, antivirusprogram) samt datorspel för såväl nedladdning som streaming. Det är *inte* min avsikt att med termen ”produkt” i förväg klassificera de digitala produkterna som varor. Termen i sin helhet har valts för att behålla en så enhetlig terminologi som möjligt inom doktrin och statliga utredningar (även om andra begrepp förekommer i utländsk litteratur och i viss inhemsk litteratur). Digitala produkter i den mening som används i det här arbetet ska således inte förstås som att termen har valts för att signalera tillhörighet till varken den ena eller andra kategorin.

Köp av tekniska produkter såsom datorer, tvättmaskiner, digitalkameror, TV, mm. innebär oftast även leverans av någon slags förinstallerad programvara för att produkten ska kunna fungera ändamålsenligt. Dessa köp av *funktioner* (s.k. blandade avtal) faller utanför arbetets ramar.<sup>10</sup>

En annan närliggande fråga är den om digitala produkter över huvudtaget kan köpas med äganderätt eller om ett förvärv av dessa ska anses utgöra en bruksrätt (licens) till ett exemplar av ex. programvara. Jag har även här valt att inte närmare utreda frågeställningen, förutom i den mån det är erforderligt för att besvara arbetets frågeställning.

Arbetet behandlar likväl inte digitala produkter som införskaffats på olovlig väg och inte heller sådana digitala produkter med en klar benefik prägel (i form av freeware).<sup>11</sup> Jag utgår i arbetet ifrån att avtalsparterna i avtalskonstellationen är svenska.

---

<sup>8</sup> Se TemaNord 1999:598 *Shopping på Internettet*, s. 90, TemaNord 2000:612 s. 27, SOU 1999:106 s. 69, vidare J. Herre, *KKL: En kommentar*, 2009 s. 58.

<sup>9</sup> Jag använder här ordet maskinvara som ett sammantaget begrepp för såväl DVD-spelare som datorer, mobiler, spelkonsoler; alla slags fysiska maskiner som kan koppla upp sig på Internet för att sedan motta filer och program för såväl samtida som senare bruk.

<sup>10</sup> Mer om detta, se J. Ramberg, *Köplagen – En kommentar*, 1995, s. 138 samt s. 151.

<sup>11</sup> Mer om freeware och deras rättsliga status, se SOU 1999:106 s. 73ff, L. Olsen, *Gratiserbjudanden & IT – Underlag till ett seminarium, en sammanfattning av synpunkter och slutsatser*, Det IT-rättsliga observatoriets rapport 43/2001 samt R. Schober, *Licenssystemet för fri programvara och öppen källkod – En juridisk undersökning av ett alternativt programutvecklingssystem*, 2007, kapitel 5.5.

## 1.4 Metod / Material

Med anledning av frågeställningens mycket akademiska karaktär och av att digitala produkter är en relativt ny företeelse finns det ett mycket begränsat antal relevanta rättsfall. Såvitt jag vet finns det varken ARN-ärenden eller rättsfall från överrätterna att tillgå.<sup>12</sup> Arbetets fokus kommer med anledning därav att ligga på en grundlig genomgång av skandinavisk litteratur samt svenska och samnordiska utredningar som behandlat de juridiska spörsmål som digitala produkter givit upphov till. I viss mån har även norska statliga utredningar behandlats.

Klassificeringsproblematiken har varit känd inom doktrinen sedan slutet av 90 talet. Man kan finna åtskilliga avhandlingar och statliga utredningar som har försökt lösa klassificeringsproblematiken utan att kunna komma fram något entydigt svar. Ambitionen med arbetet är inte att en gång för alla fastslå huruvida digitala produkter ska klassificeras som en vara eller som en tjänst. Jag har sammanställt och återgivit alla relevanta argument, som kan hittas i såväl lagförarbeten och doktrin, som talar för och emot digitala produkters hänförlighet till den ena eller andra kategorin. Metoden jag således har valt att använda mig av kallas för den rättsdogmatiska metoden.

Skälet till att jag har valt att göra en komparativ studie med fokus på de skandinaviska ländernas argument är att våra skandinaviska grannländer ligger i framkant vad gäller den juridiska argumentationen kring digitala produkters rättsliga ställning.

Arbetet kommer även att återge för gemenskapsrättens olika bestämmelser och utredningar på området eftersom en eventuell lagstiftning på detta plan är direkt bindande för Sverige i egenskap av medlemsstat. Jag har i anknytning härtill även valt att beakta offentligrättslig EU-lagstiftning.

## 1.5 Disposition

I kapitel 2 ges en översiktlig redogörelse för vad elektronisk handel är och i vilken utsträckning som denna typ av handel bedrivs. Vidare presenteras i detta kapitel vad för effekt e-handeln har haft på IT-rätten. Nedan under kapitel 3 beskrivs rent tekniskt vad en digital produkt (som sådant) är för något och på vilka olika sätt dessa produkter kan transporteras/levereras. I följande kapitel (4) ges en beskrivning av vad som är karakteristiskt för de digitala produkterna och hur de skiljer sig från sedvanliga produkter. Vidare ges en kort genomgång av de olika begrepp som används för att beskriva vad jag i arbetet kallar ”digitala produkter”. Under kapitel 5 görs ett försök att presentera det rådande rättsläget och redogöra för klassificeringen av digitala produkter ur ett juridiskt perspektiv. Frågeställningen huruvida

---

<sup>12</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 223, prop. 1999/00:89 s. 24. Se även Foss & Bygrave, *International Consumer Purchases through the Internet*, *International Journal of Law and Information Technology*, 2000 volume 8, s. 105f vad gäller avsaknaden av överrättspraxis från de större europeiska länderna samt praxis från EUD.

förvärv av dessa produkter ska klassificeras som ett tillhandahållande av en *tjänst* eller som ett köp av en *vara* utreds i 5.2. I sjätte och sista kapitlet avslutas arbetet med en analys och avslutande reflektioner.

## 2 E-handel

### 2.1 Begreppet/Definition

I en skrivelse från regeringen konstateras att begreppet elektronisk handel inte har någon klar eller entydig definition. Begreppet ges en vid betydelse samt omfattar alla situationer där två parter utväxlar affärsinformation genom olika former av telekommunikation och där minst en av parterna har ett ekonomiskt intresse av kommunikationen.<sup>13</sup> Dock används begreppet i en snävare bemärkelse i den proposition som har legat till grund för lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (*lagen om elektronisk handel*). I denna proposition avser begreppet själva handeln med varor och tjänster över Internet eller andra nätverk för kommunikation mellan datorer.<sup>14</sup> I den fortsatta framställningen används begreppet synonymt med den definition som har givits i propositionen till lagen om elektronisk handel.

### 2.2 Allmänt

E-handeln omsatte enligt E-barometern 27,7 miljarder SEK år 2011. Detta är en ökning med 10,6 procent om man jämför med 2010. Denna siffra är anslående hög med tanke på att motsvarande siffra för den traditionella detaljhandeln endast var 0,8 % och med hänsyn till den sviktande konjunkturen. Under de senaste åtta åren har e-handeln (med reservation för undersökningens avgränsningar och definitioner) mer än femfaldigats.<sup>15</sup>

Termen *E-handel* eller *elektronisk handel* används ofta för att beskriva handel med varor och tjänster som sker genom användandet av informations- och kommunikationsteknik. Fördelen med denna typ av handel är många; dels är det en snabb och relativt billig handelsprocess, dels kan aktörerna nå ut till många fler, tekniken är praktiskt taget gränslös.

Ett avtal kan ingås på säljarens webbsida genom ett beställningsformulär eller per e-post utan att papper för den delen behöver användas, och utan att varje köp behöver behandlas manuellt av säljaren. Som ett resultat av denna utveckling blir det allt vanligare att även själva fullgörelsen av avtalet sker

---

<sup>13</sup> Rskr. 1997/98:190 *Elektronisk handel*, s. 8.

<sup>14</sup> Prop. 2001/02:150 *Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster*, m.m., s. 19.

<sup>15</sup> Denna undersökning är en produkt av ett samarbete mellan Posten, HUI Research och Svensk Distanshandel och avser endast e-handel där beställning av varor har skett på internet. Det innebär att beställning av tjänster (t.ex. resor och hotell) som sker via internet och nedladdningar (t.ex. musikfiler, filmer och applikationer) inte har tagits med i undersökningen. I själva verket torde e-handeln i sin helhet utgöra en ännu större andel av marknaden än den nu angivna.

via internet. Filerna som utgör avtalsobjektet kan enkelt ”levereras”<sup>16</sup> till kundens hårddisk. En alternativ metod är att kunden ges tillgång till en webbtjänst (ex. en ftp). Med andra ord behövs det inget fysiskt objekt<sup>17</sup> för att överföra den digitala produkten från säljaren till köparen. Nätet kan även användas för att förmedla både fakturan och betalningen för den digitala produkten.<sup>18</sup>

## 2.3 E-handelns påverkan på juridiken

Elektronisk handel aktualiserar en hel del rättsfrågor som i viss utsträckning är densamma som vid all annan handel. Merendels kan etablerade rättsliga principer appliceras utan några nämnvärda svårigheter, samtidigt som befintliga rättsregler kan tillämpas utan alltför stora problem. Teknikens framsteg medför emellertid likväl rättsliga utmaningar.

Det sätt att kommunicera i digitala nätverksmiljöer fungerar ofta på ett annorlunda sätt än de kommunikationsformer som lagstiftaren hade i åtanke vid utformningen av de gällande rättsreglerna. Detta gäller även vid avtals ingående i digitala miljöer. Som kommer att visas under kapitel 4.3 har digital information som avtalsobjekt andra egenskaper än fysiska, tangerbara saker; detta är ett problem som kan påverka den etablerade rättsliga klassificeringen vara/tjänst. Därutöver påverkas även förutsättningarna för att ångra ett redan ingånget avtal.

Med hänsyn till denna problematik kräver företeelsen elektronisk handel nya juridiska infallsvinklar och strategier för att rättsligt kunna koexistera med traditionell handel. Ibland kan man lösa problemen genom att företa teleologiska tolkningar av befintliga rättsregler, t.ex. avtalslagen. Som Magnusson-Sjöberg m.fl. uttryckte sig: ”Det handlar enkelt uttryckt om att se till att *juridiken byggs in* i tekniken”.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Som arbetet närmare kommer att belysa under 4.3 öppnar den digitala miljön många olika dörrar som de gängse juridiska begreppen omöjligen kunnat inrymma. Det kan nämnas bl.a. att begreppet ”leverera” i juridiskt språkbruk inte är anpassat för leveranser i den digitala miljön eftersom en leverans av någonting oftast kräver att säljaren eller någon i hans eller hennes ställe *förflyttar* ett objekt från punkt A till punkt B med en relativt klar tidpunkt då risken går över från säljare till köpare. I en digital miljö ställer endast säljaren objektet till förfogande för något som liknar en ”avhämtning”, eftersom det är ju egentligen köparen som laddar ned den digitala produkten till sin dator, inte får den ”levererad” till sig. Leveransbegreppet i dess traditionella bemärkelse blir sålunda vansklig att tillämpa på förvärv av digitala produkter.

<sup>17</sup> Bok, CD, USB, etc. Ofta används termen *fysiska bärare*.

<sup>18</sup> C. Magnusson-Sjöberg m.fl., *Rättsinformatik*, 2011, s. 137.

<sup>19</sup> *Ibid.*, s. 137f, se även Waltré/Hedbäck, *Konsumentavtalsvillkor på Internet*, i Ny Juridik 1:11 s. 21.



## 2.4 Olika typer av elektronisk handel

Det är lämpligt att vid en rättslig analys skilja på olika typer av e-handel. Olika förkortningar brukar då användas för olika typer av aktörer inom olika sektorer av marknaden. För handel där en näringsidkare riktar sig till konsumenter används beteckningen B2C (Business-to-Consumer). För handel näringsidkare emellan används beteckningen B2B (Business-to-Business), mellan en näringsidkare och en myndighet används istället beteckningen B2G (Business-to-Government).

Varför finns det ett behov av att skilja på dessa olika typer av handel? Först och främst aktualiseras det vid B2C-handel konsumenträttsliga aspekter som är tvingande till konsumentens fördel, som inte är tillämpliga på B2B- eller B2G-handel (dessa situationer omfattas istället av reglerna i den allmänna köplagen). En liknande skiljelinje finns vid köp av tjänster: vid konsumenttjänster blir konsumenttjänstlagen tillämplig medan en motsvarande reglering helt saknas för övriga tjänster.<sup>20</sup>

Man brukar även skilja på *direkt* och *indirekt* e-handel. Med direkt e-handel avses att parterna ingår avtalet såväl som levererar och betalar på elektronisk väg. Vid indirekt e-handel å andra sidan beställer köparen på elektronisk väg medan produkten levereras och betalas på traditionell väg, ex. genom postförskott eller faktura.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 39f samt C. Magnusson-Sjöberg m.fl., *Rättsinformatik*, 2011, s. 138.

<sup>21</sup> Rskr. 1997/98:190 s. 9 samt SOU 1999:106 s. 44.

# 3 Digital information

## 3.1 Information

I grund och botten är en digital produkt en binär representation av ett och nollor (information) sammansatta till ett program som tjänar en viss funktion (ex. problemlösning).<sup>22</sup> Lehrberg menar att elektronisk fullgörelse (leveransen/överförandet av digitala produkter) i grunden handlar om överföring av *information*. Vad är då information?

Tar man begreppet i dess allmänspråkliga betydelse är det enligt Nationalencyklopedin en "generell beteckning för det meningsfulla innehållet som överförs vid kommunikation i olika former".<sup>23</sup> Det finns inte någon klar och allmängiltig definition av begreppet information som sådant men man kan säga att information kan ta sig i form av bilder, texter, ljud eller i kombination med varandra, som exempelvis dataspel eller filmer.<sup>24</sup>

Information i datornätverk hanteras i digital form. Informationen representeras av digitala signaler, så kallade "ettor och nollor". Varje ental är en bit (den absolut minsta informationsmängd som finns i en digital miljö). Emellertid är den digitala informationen beroende av tekniken för att kunna uppfattas (den är således endast läsbar med hjälp av maskiner). Dock är den flexibel i den meningen att den inte är beroende av ett medium för att kunna avläsas och transporteras. Digital information är därutöver enkel att kopiera, redigera och manipulera. Den kan således vara problematiskt att fastställa ett digitalt dokumentets autenticitet.

Den digitala informationen lagras i olika typer av minnen; främst i hårddiskar, RAM-minnen och CD-skivor.<sup>25</sup>

### 3.1.1 Hur överförs information?

#### 3.1.1.1 Allmänt

De rättsliga följderna av den direkta e-handeln beror oftast på *hur* den avtalade prestationen har skickats över ett nätverk. Av nämnda anledning är det av intresse att översiktligt redogöra för hur kommunikationen av data mellan datorer fungerar rent tekniskt.

---

<sup>22</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk Fullgörelse*, 2008, s. 49, se även Foss & Bygrave, *International Consumer Purchases through the Internet*, International Journal of Law and Information Technology, 2000 volume 8, s. 105f.

<sup>23</sup> [www.ne.se/sok?q=information](http://www.ne.se/sok?q=information).

<sup>24</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk Fullgörelse*, 2008, s. 74.

<sup>25</sup> *Ibid.*, s. 53f.

När flera datorer och datorsystem kopplas samman så att de kan kommunicera med varandra har det skapats ett datanät. De ledningar och kopplingar som behövs för datakommunikationen bildar således ett datanät. Normalt sett överförs data mellan olika datorer i ett nätverk av en så kallad server eller serverdator. En server kan enligt Lehrberg definieras som "en dator med ett datorprogram som tillhandahåller gemensamma servicefunktioner i ett datornät". Servern förser således de uppkopplade datorerna (dess *klienter*) med olika tjänster i form av tillhandahållande och sammanställande av information.<sup>26</sup>

Ett datornät kan beroende på den geografiska omfattningen betecknas som antingen ett LAN (eng. Local Area Network) eller ett WAN (eng. Wide Area Network). Det förra har en mindre omfattande utbredning, oftast begränsad till en byggnad, eller möjligen en grupp av byggnader. Olika företag och universitet använder denna typ av datornätverk för att kommunicera internt. Ett WAN, i sin tur benämns ofta på svenska som ett "globalt nätverk" trots att det inte nödvändigtvis behöver vara världsomfattande. I ett WAN ingår normalt sett ett eller flera sammankopplade lokala datornät som är så stora att de omfattar länder eller världsdelar. Internet är ett klassiskt exempel på ett WAN. Man brukar då tala om ett "nät av nät".<sup>27</sup>

Datorer arbetar med så kallade digitala signaler. Det innebär att data (ex. text, bild- eller ljudfiler) överförs som en bitsträng bestående av ettor och nollor. Det finns i princip två olika sätt data kan överföras via ett datornätverk; nämligen kretskoppling och paketförmedling. Med kretskoppling menas att det upprättas en direkt förbindelse mellan sändare och mottagare (ungefär som vid ett vanligt telefonsamtal). Vid avslutat datasamtal kopplas linjen ned och blir tillgänglig för andra.

Vid paketförmedling å andra sidan finns det ingen direkt förbindelse mellan sändare och mottagare. Data skickas istället ut på nätet i form av paket, försedda med adresser, identifikationsnummer och ibland även data för felkontroll. Denna typ av förmedling är vanligast i LAN, men förekommer också på större nätverk såsom Internet.

När data skickas över internet förloras de inte från avsändarens dator för att sedan återskapas i mottagarens dator. Utan det görs istället en kopia av levererade data under varje led i överföringen. Kopiorna varar olika länge och de flesta försvinner oftast efter en kortare tid.<sup>28</sup>

### **3.1.1.2 Internet som ett medel för överföring av data**

Internet kan användas på många olika sätt och för allehanda ändamål. En internetanvändare kan exempelvis läsa en dagstidning på Internet, spela ett spel för att fördriva tiden eller titta på en dokumentär. Men för att kunna

---

<sup>26</sup> Se även prop. 2004/05:175 *Från IT-politik för samhället till politik för IT-samhället*, s. 212f samt prop. 2001/02:150 s. 19.

<sup>27</sup> S. Eriksson, m.fl., *Datalogi*, 2000, s. 161.

<sup>28</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk Fullgörelse*, 2008, s. 55ff.

utnyttja Internets många fördelar krävs det att användaren ex. har vissa program installerade på datorn. Vissa av dessa program medföljer det operativsystem (Windows, Mac OS, Linux) man köper antingen fristående från en dator eller som medföljer ett köp av en PC, andra kan man ladda ned (gratis) snabbt och enkelt före användning. Nedan följer en liten översiktlig redovisning av hur Internet kan användas som hjälpmedel för information och dataöverföring.

### 3.1.1.3 Webbläsning

För att kunna exempelvis läsa en dagstidning "online" behöver man en webbläsare.<sup>29</sup> Detta är det vanligaste sättet man stöter på Internet i vardagen<sup>30</sup> och det är oftast den här delen som är den mest populära och åsyftade när man talar om Internet. World Wide Web består av en mängd *sidor* och varje enskild sida har en egen webbadress, även kallad URL (Uniform Resource Locator).<sup>31</sup> Man behöver således en webbläsare för att kunna läsa webbsidor.

Informationen på World Wide Web lagras i HTML (Hyper Text Markup Language), vilket är ett lagringsformat. Internetanvändaren startar överföringen av information genom att antingen skriva in en webbadress i adressfältet eller klicka på en länk. Själva överföringen sker enligt "paket switchmodellen", dvs. den begärda informationen bryts ned i mindre paket som senare sätts samman igen hos slutanvändarens RAM-minne och ofta i cacheminnet. Någon permanent lagring sker dock inte utan samtycke av användaren.

### 3.1.1.4 Streaming

Streaming är enligt Datatermsgruppen<sup>32</sup> "[dataöverföring] som är tillgänglig via en webbplats och åtkomlig medan dataöverföringen *pågår* [min kursivering] i stället för först när hela överföringen är klar."<sup>33</sup>

Streaming används för direktuppspelning av lagrade filer från webbplatser och lämpar sig särskilt bra för mottagning av direktsända evenemang på Internet i realtid. Det kan röra sig om en direktsänd fotbollsmatch eller en "strömning" av en redan lagrad fil hos värddatorn. Tekniken skiljer sig från andra överföringsformer eftersom den medger en successiv överföring *och* samtidig uppspelning av densamma (i princip i takt med att informationen sänds/hämtas). Någon permanent lagring av data sker dock inte hos slutanvändaren. Streaming används framförallt vid video- och radioöverföring men ibland även flödande text.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Det finns åtskilliga webbläsare att tillgå men till de allra vanligaste hör: Internet Explorer, Mozilla Firefox, Google Chrome och Safari.

<sup>30</sup> Olika hemsidor i form av www-länkar.

<sup>31</sup> Ex. [www.webbadress.domänamn](http://www.webbadress.domänamn).

<sup>32</sup> [www.datatermgruppen.se](http://www.datatermgruppen.se).

<sup>33</sup> <http://www.datatermgruppen.se/ordlista.html#a106>.

<sup>34</sup> Carlén-Wendels, *Nätjuridik, Lag och rätt på Internet*, 2000, s. 23f.

### 3.1.1.5 Neddladdning

Nedladdning (eng. downloading) innebär till skillnad från streaming att informationen som överförs till förvärvaren lagras permanent på förvärvarens (den nedladdandes) dator. Denna nedladdning kan initieras på många olika sätt: ett exempel är att informationens ägare gör filen tillgänglig på en server för nedladdning och sedermera förser nedladdaren med en länk till serverdatorn och filen (FTP). Denna metod används vanligen för nedladdning av filer som typiskt sett skulle klassificeras som "ett program" och som för användning erfordrar *hela* installationsfilen på ett och samma ställe (till skillnad från streaming som spelar upp filen samtidigt som informationen förs över, det finns så att säga ingen slutprodukt, utan själva "tjänsten" är ett kontinuerligt flöde av text/bild och ljud, eller en kombination därav).

Genom nedladdning får slutanvändaren full tillgång till filen och därmed en i princip oinskränkt möjlighet (inte nödvändigtvis rättighet) att använda filen hur han eller hon önskar. Slut användaren kan välja att föra filen över på en lagringsenhet (t.ex. USB eller CD-rom) och spela upp filen (vare sig det är en ljud-, film- eller textfil) på en annan dator eller helt enkelt vid ett senare tillfälle, oberoende av att vara i kontakt med filens ursprungskälla (den server som filen ursprungligen laddades ner från).<sup>35</sup>

### 3.1.1.6 E-post/Elektronisk post

Att skicka elektronisk post (eller e-mail) är i grund och botten samma sak som att skicka ett helt vanligt brev på posten. Fördelen med e-post är att felmarginalerna minskas i och med att meddelandena befordras elektroniskt och därmed elimineras risken för borttappade och skadade brev, därutöver förminskas pappersförbrukning.

Självfallet finns det även en risk att meddelandet går förlorat vid överföringen mellan server A (avsändarens) och server B (mottagarens) men eftersom (som ovan nämnts och som nedan under 4.3 kommer att belysa) information inte kan förflyttas, utan endast kopieras har avsändaren alltid en kopia av e-målet kvar även om kopian under överföring inte når fram till mottagaren. Fördelen är således att ett elektroniskt dokument oftast finns på flera ställen samtidigt i form av exakta kopior.

Leveranstiden är minimal i förhållande till traditionell postgång (speciellt vid internationella utväxlingar). Nackdelen är att användarna av e-postmeddelanden är beroende av tekniska hjälpmedel för att kunna tillgodogöra sig information levererade på elektronisk väg.

---

<sup>35</sup> E. Lehrberg, Elektronisk Fullgörelse, 2008, s. 61 samt 78f.

# 4 Digitala produkter

## 4.1 Allmänt

Det finns många fördelar med användning av information i digital form (vad som här kallas digitala produkter). Den digitala produkten är flexibel och kan således användas i *olika* datorer men även i *andra* apparater än datorn (t.ex. i mobiler, CDspelare, DVDspelare, spelkonsoler, mm.). Egenskapen att information kan överföras direkt genom ett datornätverk (ex. Internet) och utan att vara beroende av ett fysiskt medium för transport möjliggör snabba, effektiva leveranser som minskar transportkostnader och mellanhänder (som oundvikligen medför merkostnader för slutanvändaren).

Det är just dessa egenskaper hos de digitala produkterna som gör dem så användbara och som gör att de skiljer sig från sedvanliga produkter som är föremål för rättigheter. Emellertid utgör dessa egenskaper också grunden till de juridiska problem som aktualiseras i anslutning till detta moderna sätt att bedriva e-handel (att leverera avtalsobjektet elektroniskt).<sup>36</sup>

## 4.2 Begreppsbildning och definition

Med digitala produkter avses i den här framställningen filer som består av en mängd data i form av ettor och nollor.<sup>37</sup> Dessa data kan utgöra olika slag av information: text (e-böcker), ljud (mp3filer), bilder (bildfiler) eller en kombination som utgör dataspel, filmer eller olika standardprogramvara. Situationer som innebär att den digitala produkten samtidigt levereras i ett fysiskt medium såsom CD,USB eller annan elektronisk lagringsenhet faller utanför arbetets ramar.

Termen digitala produkter förekommer i svensk doktrin<sup>38</sup> samt i statliga utredningar<sup>39</sup>. Lehrberg använder istället begreppet ”digitala objekt” för att beskriva vad den här uppsatsen kallar digitala produkter.<sup>40</sup> Bengtsson betecknar istället musik, film och andra upphovsrättsligt skyddade verk levererade via Internet, *nätvaror*.<sup>41</sup> De är i grund och botten en typ av (för

---

<sup>36</sup> Ibid s. 73.

<sup>37</sup> Se ovan under 3.1.

<sup>38</sup> P. Lindskoug, *Domsrätt och lagval vid elektronisk handel*, 2004, s. 23 samt I. Jansson, *Den elektroniska marknadsplatsen*, 1997, s.16, vidare M. Larsson, *Konsumentskyddet över gränserna – särskilt inom EU*, 2002, s. 69.

<sup>39</sup> Se ex. SOU 1999:106 s. 11, prop. 1999/2000:89 *Lag om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal*, s. 24, prop. 2004/05:13 *Distans- och hemförsäljningslag*, m.m. s. 126 samt Ds. 2007:29 *Musik och film på internet – hot eller möjlighet?*, s.16.

<sup>40</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk Fullgörelse*, 2008, s. 74.

<sup>41</sup> Ds. 2009 *Konsumenttjänster m.m.*, s. 247.

att använda Peter Seipels terminologi) ”informationsprodukt”, vilket begrepp man än använder för att beskriva dem.<sup>42</sup>

### 4.3 Digitala produkter som informationsprodukt

Det mest karakteristiska i fullgörandet av avtalen om de digitala produkterna är som redan omnämnts informationen i olika former. Datorprogram, databaser, teknisk know-how och tjänster anses normalt sett utgöra avtalsobjektet, oberoende av lagringsenheter eller andra tekniska hjälpmedel för att utnyttja informationen som medföljer. Den karakteristiska prestationen – informationen – som normalt är skyddad av immateriella rättigheter, utgör en rättslig hybrid; en blandning mellan varor, tjänster och ibland t.o.m. nyttjanderätt.

”Informationsprodukter” i denna bemärkelse är väldigt speciell i sin egenskap av avtalsobjekt:

- ”\* [Informationsprodukter] kan säljas och samtidigt behållas av säljaren.
- \* Säljaren blir inte mindre kunnig bara för att han säljer den information han innehar. På detta sätt kan alltså information delas gång på gång utan att förlora i värde.
- \* Till detta ska läggas att det ofta är dyrt att skapa eller sammanställa, men att det därefter är billigt att reproducera den digitalt.
- \* Kopior av digitaliserad information har dessutom samma kvalitet som originalet.<sup>43</sup>”

Vidare kännetecknas de digitala produkterna av följande egenskaper, att de är:

- \* till sin natur *immateriella*. Detta innebär att man inte kan vidröra dem. De har ingen egen fysisk form; därför kan man heller aldrig skada dem genom onormalt användande. Av samma anledning kan man heller inte tala om något slitage, oberoende om slitaget kommer från att användaren använder varan felaktigt eller genom att varan blir ”gammal”. I detta avseende anser Lehrberg att digitala produkter påminner om ”rättigheter och immateriella tillgångar i allmänhet”.

- \* beroende av ett *medium* för att existera. Trots att en digital produkt till sin natur är immateriell kan den inte existera oberoende av ett fysiskt medium. Den behöver således, vara manifesterad på ett fysiskt medium (t.ex. i en hårddisk, på ett USB-minne eller en CD-skiva) eller i form av en signal

---

<sup>42</sup> P. Seipel, *Juridik och IT – Introduktion till rättsinformatiken*, 2004, s. 199. Begreppet ”informationsprodukt” förekommer även i dansk doktrin, se ex. S. Jakobsen, *Køberetlige spørgsmål*, i *Internetretten*, (red. J. Trzaskowski), 2008, s. 115 samt M. Bryde Andersen, *IT-retten*, 2005, s. 844.

<sup>43</sup> Lindberg/Westman, *Praktisk IT-rätt*, 2001, s. 369ff.

under överföring från ex. server A till server B. Den fysiska bäraren (mediumet) kan man åtminstone se och vidröra men informationen som den bär på kan man knappast förnimma, än mindre ta på.<sup>44</sup>

\* teknikberoende. De digitala produkterna tjänar inget syfte utan teknisk hjälpmedel i form av en dator, projektor, skärm eller någon annan teknisk apparat som omvandlar *information* till förnimbara signaler (ex. bild eller ljud). Utan denna teknik är de digitala produkterna i egenskap av informationsprodukt tämligen värdelösa. De är dessutom mindre stabila och mer känsliga för störningar än ”vanlig” fysisk egendom. T.ex. kan en digital produkt skadas eller helt gå förlorad vid endast tillfälliga ström- eller teknikavbrott under nedladdnings- eller installationsprocessen.<sup>45</sup>

\* oberoende av en *specifik* teknik. Trots att de digitala produkterna är, som ovan nämnts, beroende av tekniska hjälpmedel för att fungera är de emellertid väldigt flexibla och tekniskt oberoende i den meningen att en digital produkt (ta t.ex. en ljudfil i mp3format) kan spelas upp av samtliga mp3spelare, datorer, spelkonsoler, de allra flesta mobilerna, mm. De är således inte bundna till något speciellt medium eller någon speciell teknik. Det handlar om i princip identiska produkter oberoende av om det finns lagrat på en CD-rom, en hårddisk, på en USB-enhet eller om den befinner sig under överföring över ett digitalt nätverk.<sup>46</sup>

\* *oflyttbara* mellan olika medium. Skulle man vilja överlåta en digital produkt (i traditionell mening) som finns manifesterad i en CD-skiva, kan man endast göra det genom att även överlåta CD-skivan den är manifesterad i. Skulle man istället vilja överföra själva datafilen till ett annat (fysiskt) medium måste man göra det genom att göra en kopia av filen och sedan överföra *kopian*. Den digitala produkten kan således inte *flyttas* såsom vanlig fysiska ting (i den mening att den försvinner från punkt A när den anländer till punkt B).<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 88f.

<sup>45</sup> Ibid., s. 89f.

<sup>46</sup> Ibid., s. 91f.

<sup>47</sup> K. Frost, *Informationsydelsen*, 2004, s. 55, M. Bryde Andersen, *IT-retten*, 2005, s. 109 samt E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 94f.



# 5 Den rättsliga klassificeringen av digitala produkter

## 5.1 Inledning

I detta kapitel görs en omfattande genomgång av nordisk litteratur samt nordiska utredningar och lagförarbetsuttalanden i syfte att försöka utröna vilket eller vilka regelverk som ska anses vara tillämpliga på förvärv av digitala produkter.

Under 5.2.1 ges en allmän presentation om skillnaden mellan köpeavtal och tjänsteavtal. Det ska klargöras vilka avtal som ska hänföras till den ena kategorin eller den andra, och vilka avtal som hamnar däremellan med tyngdpunkt på vilka egenskaper som är av betydelse för bedömningen huruvida ett avtal ska anses utgöra ett köp av en vara eller ett tillhandahållande av en tjänst.

I kapitel 5.2.2 görs en utförlig redogörelse av vilka argument som har framförts inom doktrin och statliga utredningar för att digitala produkter ska klassificeras som ett köp av en vara eller som ett tillhandahållande av en tjänst. Vad gäller övrig nordisk litteratur och utredningar har jag valt att presentera de författare som har refererats till mest under arbetets gång och som får anses vara auktoriteter på området. Inom svensk rätt har så gott som all relevant doktrin och litteratur återgivits. Arbetet presenterar även alla relevanta aspekter som behandlar ämnet.

Efterföljande avsnitt (5.2.3) behandlar hur EU och gemenskapsrätten ser på klassificeringen av digitala produkter ur såväl ett offentlighetsrättsligt som privaträttsligt perspektiv.

## 5.2 Vara eller tjänst?

### 5.2.1 Köplagen och Konsumentköplagen

I 1§ KöpL och KKL stadgas det att lagarna är tillämpliga på köp av lös egendom respektive lös sak. I förarbetena till KKL uttalas det att den dåvarande konsumentköplagen var tillämplig på köp av ”varor”. Med varor åsyftades lösöre, dvs. rörliga fysiska föremål. Anledningen till att lagstiftaren har valt att begränsa konsumentköplagens tillämpningsområde var att ”behovet av särskilda köprättsliga regler till skydd för konsumenter gör sig gällande främst beträffande köp av dagligvaror, varaktiga konsumtionsvaror, t.ex. möbler, samt kläder, skor, etc.”<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Prop. 1989/90:89 *Om ny Konsumentköplag*, s. 28.

Tillämpningsområdet för den allmänna köplagen är emellertid mera vidsträckt och omfattar köp av lös egendom. Lös egendom har ingen definition per se, utan definieras negativt som alla förmögenhetsrätter som inte går att hänföra till fast egendom. I sin tur får man gå till 2:1 Jordabalken för att fastställa att fast egendom är jord och att denna är indelad i fastigheter.<sup>49</sup>

## 5.2.2 Konsumenttjänstlagen

1§ KtjL stadgar att lagen gäller avtal om tjänster som näringsidkare utför åt konsumenter i de fall då tjänsten avser arbete på lösa saker (dock ej behandling av levande djur), arbete på fast egendom samt förvaring av lösa saker (dock ej levande djur).

Det finns ingen klar och tydlig definition på vad som utgör en tjänst. Det finns dock allmänna uttalanden i statliga utredningar om tjänstebegreppets innebörd. I t.ex. förarbetena till distansavtalslagen (DaL) uttalas det enligt regeringen att en tjänst torde utgöra en prestation som varken består av pengar, varor eller arbete i ett anställningsförhållande. Ett tjänsteavtal står således i motsatsförhållande till bl.a. ett avtal om köp. I propositionen ges några exempel på avtal om tjänster: ändring eller reparation av fasta eller lösa saker, montering och installation av varor, transporter av varor, intellektuella prestationer såsom upprättande av byggnadsritningar, mm.<sup>50</sup>

## 5.2.3 Allmänt om gränsdragningen

Det kan många gånger vara tveksamt om ett avtal bör uppfattas som ett köp av en vara eller tillhandahållande av en tjänst. 2§ KöpL och KKL reglerar vad man kallar tillverkningsköp: när köparen tillhandahåller en väsentlig del av materialet. Dessa avtal utgör gränsen mellan ett avtal om köp av en vara och ett avtal om ”köp” av en tjänst.

Riktat man uppmärksamheten på förpliktelsen att avlämna den färdiga produkten framstår avtalet som ett köp. Fäster man sig istället vid det arbete som erfordras för att åstadkomma produkten ligger det närmare till hands att betrakta avtalet som en tjänst.<sup>51</sup> Även om det i många avseenden är samma rättsgrundsatser som gäller i fråga om båda avtalstyperna kan det vara nödvändigt att avgöra huruvida det i ett särskilt fall föreligger ett köp av en vara eller ett köp av en tjänst.<sup>52</sup>

Lagstiftaren valde vid B2C-handel att lösa gränsdragningsproblematiken genom proposition 2001/02:134 där regeringen föreslog att samtliga

---

<sup>49</sup> Prop. 1988/89:76 *Om ny Köplag*, s. 60.

<sup>50</sup> Prop. 1999/00:89 *Lag om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal*, s. 24.

<sup>51</sup> Prop. 1984/85:110 *Om Konsumenttjänstlag*, s. 152, prop. 2001/02:134 *Ändringar i Konsumentköplag*, s. 31f samt prop. 1988/89:76 s. 62f.

<sup>52</sup> Prop. 1988/89:76 s. 62.

tillverkningsköp, även när K tillhandahöll en väsentlig del av materialet skulle omfattas av KKL.<sup>53</sup>

## 5.2.4 Gränsdragningsproblematiken – särskilt om de digitala produkterna

### 5.2.4.1 Svensk rätt

Bedömningen försvåras beträffande digitala produkter av att dessa inte innehåller något egentligt *material*. Hur en digital produkt ska vara beskaffad för att falla in under kategorierna *vara* respektive *tjänst* är sålunda problematiskt att klargöra med stöd av traditionella gränsdragningsregler.<sup>54</sup> Enligt Lindskoug är ”begreppen *leverans av en vara* [min kursivering] respektive *utförande av en tjänst* [min kursivering], oavsett hur man vänder och vrider på dem, inte [...] anpassade för den typ av digitala transaktioner som i huvudsak karakteriserar den direkta elektroniska handeln.”<sup>55</sup>

Frågan om huruvida förvärv av digitala produkter som levereras elektroniskt ska anses utgöra leverans av en vara eller utförande av en tjänst har ännu inte besvarats i svensk rätt.<sup>56</sup> Inom litteraturen råder det delade meningar om hur dessa avtal rättsligt sett ska bedömas. Frågan har dock behandlats i åtskilliga statliga utredningar och rapporter. Rättsläget är emellertid alltså oklart.

#### 5.2.4.1.1 SOU 1999:106

Det ansågs i en utredning om IT-samhället och *konsumenthandel* (hädanefter *1999 års utredning*) att avtal om förvärv av digitala produkter låg närmast till hands att bedömas som ett köp av en vara (ett exemplar av en mjukvara); låt vara med begränsningen att konsumenten inte får framställa kopior o.d. i strid mot den upphovsrättsliga lagstiftningen samt avtalsvillkoren. Det kunde enligt utredningen dock hävdas att förvärv av digitala produkter skulle anses vara ett tillhandahållande av en tjänst och därmed inte omfattas av köplagen. Mot detta talade emellertid omständigheten att konsumenten själv fick tillgodogöra sig produkten; det är alltså inte någon annan som genom att utföra en tjänst ger konsumenten nyttan av produkten. Man gjorde härvid en jämförelse mellan ett köp av en videofilm och ett biobesök.

Enligt utredningen torde det te sig vanskligt och godtyckligt, för såväl köpare som säljare, om samma programvara som köps på cd-rom skulle bedömas utifrån köprättsliga regler enär samma programvara levererad över Internet skulle anses utgöra ett tillhandahållande av en tjänst.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Prop. 2001/02:134 s. 81.

<sup>54</sup> I. Jansson, *Den elektroniska marknadsplatsen*, 1997, s. 64.

<sup>55</sup> P. Lindskoug, *Domsrätt och lagval vid elektronisk handel*, 2004, s. 57.

<sup>56</sup> Bl.a. prop. 1999/2000:89 s. 24.

<sup>57</sup> SOU 1999:106 s. 69f; se även TemaNord 2000:612, s. 29.

Utredningen ansåg att digitala produkter stämde dåligt in på konsumentköplagens definition av lös sak på grund av lagens relativt snäva tillämpningsområde. Således fick de digitala produkterna istället anses omfattas av den vidare definitionen lös egendom.<sup>58</sup> Utredningen påpekade att ”genom att konsumenttjänstlagen endast är tillämplig på arbete på *lös sak* [original kursivering] tycks tjänster med avseende på mjukvara, t.ex. installation och support av datorprogram, falla utanför [konsumenttjänstlagen]. [sic!]” Utredningen anför vidare: ”Inte heller omfattas sådana tjänster som innebär att konsumenten bereds tillgång till nätet, t.ex. Internetabonnemang. En stor del av de tjänster som konsumenten är beroende av vid elektronisk handel faller således utanför [konsumenttjänstlagens] tillämpningsområde.”<sup>59</sup>

#### 5.2.4.1.2 Förarbetena till DaL

Gränsdragningsproblematiken har även berörts i anknytning till distansavtalsdirektivet (97/7/EG). Direktivet gav sedermera upphov till 2000 års distansavtalslag (2000:274). I förarbetena till DaL uttalades det att lagen torde vara tillämplig även på digitala produkter. Det kunde röra sig om t.ex. köp av filmer, musik, spel eller datorprogram som levereras via Internet hem till konsumentens dator för installation på hårddisken.<sup>60</sup>

Regeringen hänvisade till 1999 års utredning och anförde: ”I svensk rätt har frågan huruvida elektronisk leverans av en digital produkt är leverans av en vara eller utförande av en tjänst ännu inte besvarats i rättstillämpningen.” Regeringen ansåg dock att det vid on-line-överföring (streaming) av t.ex. musik och filmer, låg närmare till hands att betrakta som i huvudsak tillhandahållande av en tjänst. I andra situationer, som t.ex. leverans av datorprogram som laddas ner på hårddisken för senare användning, liknade det mer en leverans av en vara. Men det kunde enligt regeringen inte uteslutas att omständigheterna ändå kunde föranleda att leveransen istället skulle betraktas som ett tillhandahållande av en tjänst. Hur distansavtalsdirektivet (och därmed DaL) skulle tolkas på denna punkt ”är en fråga för rättstillämpningen, i sista hand EG-domstolen.”<sup>61</sup>

#### 5.2.4.1.3 Förarbetena till DHL

Även i propositionen till den nu gällande ”distansavtalslagen”, närmare bestämt Distans- och hemförsäljningslag (2005:59), har lagstiftaren valt att avstå från att ta ställning till huruvida digitala produkter ska anses vara leverans av en vara eller som ett tillhandahållande av en tjänst. Det uttalas i förarbetena att ”tillämpningsområdet omfattar även *digitala produkter* [original kursivering].”<sup>62</sup> Eftersom lagen är tillämplig på såväl köp av

---

<sup>58</sup> Ibid., s. 70.

<sup>59</sup> Ibid., s. 72.

<sup>60</sup> Ds. 1999:45 *Distansavtalslag*, s. 85 samt prop. 1999/2000:89 s. 24.

<sup>61</sup> Prop. 1999/00:89 s. 24f.

<sup>62</sup> Prop. 2004/05:13 s. 126.

varor<sup>63</sup> som tillhandahållande av tjänster fanns det således inget akut behov för lagstiftaren att ta ställning till den rättsliga klassificeringen.<sup>64</sup>

Ett problem som dyker upp i anknytning härtill är frågan när ångerfristen ska anses börja löpa. Denna tid påbörjas vid köp av varor när konsumenten mottagit varan eller en väsentlig del därav. Samma tidsperiod påbörjas för avtal om tjänster den dag då avtalet ingicks (dock tidigast den dag kunden fick information om ångerrätten).<sup>65</sup> Trots att det inte uttryckligen står i förarbetena att digitala produkter är en sådan typisk produkt som ska falla in under undantagen från ångerrätten (2:4 punkt 1-2 DHL) torde det vara rimligt att dra slutsatsen att regeringen måste haft dessa i åtanke vid utformningen av bestämmelserna om ångerfrist (2:10 DHL) och därmed inte funnit det nödvändigt att ta ställning till huruvida digitala produkter ska hänföras till kategorin vara eller tjänst.

#### 5.2.4.1.4 Ds. 2007:29

I en utredning av Renfors från 2007, som dock enbart behandlar nedladdning och streaming av musik och filmer, påpekas det att den som laddar ned musik eller film från en nättjänst inte blir ägare till musiken eller filmen. Han eller hon får istället en förfoganderätt över exemplaret i enlighet med lag och de för avtalet uppställda villkoren, som ofta stipulerar begränsningar för användaren att förfoga över musiken eller filmen. Med den utgångspunkten, menar utredningen att det ligger ”närmast till hands att beskriva konsumentens rätt som en nyttjanderätt till ett exemplar”. Utredningen anför vidare att den som köper en film eller musik på en skiva blir givetvis inte heller ägare till verket men att det i den situationen finns en vara som är föremål för avtal mellan konsumenten och näringsidkaren och som därmed utgör ett köp.

När en webbplats tillhandahåller musik och film för streaming eller nedladdning klassificeras detta upphovsrättsligt som *tillhandahållande på begäran*. De affärsmodeller som möjliggörs genom tillhandahållanden på begäran har i litteraturen snarast klassificerats som licensavtal/nyttjanderätt.<sup>66</sup>

Det är enligt utredningen med anledning av det som ovan nämnts, oklart om KtjL och KKL kan anses tillämplig på avtal om nedladdning och streaming av musik och film. Det måste också anses vara osäkert om någon av lagarna kan tillämpas analogt på dessa avtal. Det är än mer osäkert i frågan om en analog tillämpning kan leda till att ett villkor i avtal som strider mot en tvingande bestämmelse kan åsidosättas. I likhet med 1999 års utredning anser Renfors dock att utgångspunkten måste vara att konsumentskyddet ska vara lika starkt för digitala produkter som för fysiska produkter.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Även varor som är hänförliga till egenskapskategorin *lös egendom*.

<sup>64</sup> Kapitel 2 §1 DHL.

<sup>65</sup> 2:10 DHL samt prop. 1999/00:89 s. 47.

<sup>66</sup> Ds. 2007:29 s. 302.

<sup>67</sup> Ibid., s. 302f.

#### 5.2.4.1.5 Ds. 2009:13

F.d. Justitierådet Bertil Bengtsson fick 2007 i uppdrag av Justitiedepartementet att göra en översyn av konsumenttjänstlagen och i samband härmed berörde han som hastigast *nätvaror* (vad han kallar digitala produkter i sin utredning). I utredningen kommer han fram till att Internettjänster är en speciell avtalstyp, som liknar mer ett köp av en vara än ett köp av en tjänst. Han påpekar emellertid att KKL inte är tillämplig på dessa transaktioner med hänvisning till vad 1999 års utredning kom fram till. Ändock anser utredningen att lagen torde kunna tillämpas analogt på dessa avtal, åtminstone i den mån avvikande villkor inte har avtalats mellan parterna.<sup>68</sup>

Enmansutredningens slutsats blev att konsumentköplagen – med smärre ändringar – kunde anpassas till att bli direkt tillämplig på förvärv av nätvaror. Utredningen föreslog att i 1§ KKL ange att ”reglerna gäller i tillämpliga delar också när en konsument mot vederlag tillhandahålls musik, film och andra verk som avses i 1§ upphovsrättslagen till en konsument via elektroniskt kommunikationsnät”.

Det ansågs vara mer lättbegripligt för de som arbetar med konsumentfrågor, utan att vara juridiskt skolade, att förstå vad lagstiftaren åsyftade om man införde en särskild term av detta slag. Det saknades enligt utredning anledning att göra skillnad på det sätt nätvaran levererades; oberoende av om varan streamades eller laddades ned skulle KKL vara tillämplig på köpet.<sup>69</sup> Utredningen anförde därutöver som skäl för sitt ställningstagande att ”det är fråga om leverans av en immateriell produkt för överlåtelse eller upplåtelse, *medan något egentligt moment av arbete inte framträder* [min kursivering].

#### 5.2.4.1.6 Doktrin

I kommentarerna till köplagen anförs det dock, i anknytning till gränsdragningsproblematiken vad gäller distribution av elektrisk kraft och om ett sådant avtal ska klassificeras som ett köp eller tjänst, att: ”Liknande gränsdragningsvårigheter uppkommer med avseende på TV-sändningar och överföringar av elektronisk information. Även i dessa fall är föremålet alltför speciellt för att kunna betraktas som >>lös egendom<<.” Det verkar som att författaren utesluter avtalstypen köp som tillämplig på förvärv av digitala produkter och därmed torde man kunna dra slutsatsen att dessa avtal ligger närmare till hands att betrakta som ett tillhandahållande av en tjänst.<sup>70</sup>

Det har från flera håll hävdats att ett förvärv av en digital produkt i själva verket består av två delar. Den ena delen utgör en tjänst som består av ett tillhandahållande av en värddator (server) som köparen kan ladda hem

---

<sup>68</sup> Jmf. Ds. 2007:29 s. 302.

<sup>69</sup> Ds. 2009:13 s. 247f.

<sup>70</sup> J. Ramberg, *Köplagen – En kommentar*, 1995, s. 137.

produkten från. Den andra delen utgör en licens som består av en rätt för köparen att kopiera produkten.<sup>71</sup>

I svensk doktrin har uppfattningen att förvärv av digitala produkter ska anses utgöra dels en licens och dels en tjänst kritiserats. Lehrberg menar att detta är ett ”mycket begreppsjuridiskt synsätt”. Enligt henne är det ändamålssynpunkter som torde vara avgörande för hur en transaktion rättsligt sett ska klassificeras, inte det sätt på vilket objektet levereras. Hon anser att om syftet med förvärvet av den digitala produkten är att den ska kunna användas *utan begränsning i tid* och mot betalning i form av en *engångssumma*, ligger det närmast till hands att betrakta transaktionen som ett köp än som en tjänst.<sup>72</sup> Det har enligt Lehrberg, Bengtsson och Torvund också konstaterats att många av de köprättsliga reglerna är tillämpliga på förvärv av digitala produkter.<sup>73</sup>

Hon anför vidare: ”De likheter som alltså – såväl när det gäller tillgängliga sanktioner som förutsättningarna för dessas inträde – föreligger mellan digitala objekt och fysiska objekt bör rimligen föranleda att reglerna om köp kan tillämpas även på de förra.”<sup>74</sup> En elektronisk leverans av en digital produkt medför inte alltid att förvärvaren får rådighet över prestationen. Under dessa omständigheter ligger det närmare till hands att tala om en tjänst eller eventuellt någon annan avtalstyp. Inom litteraturen anses streaming av ex. musik eller film via Internet utgöra ett tillhandahållande av en tjänst och inte ett köp.<sup>75</sup>

Vissa avtal som ger tillgång till information på online-databaser mot betalning har ansetts utgöra ett tillhandahållande av en tjänst, och inte ett köp av en vara. Det kan ex. röra sig om olika söktjänster. Lindsoug jämför härvid köpet av Nationalencyklopedin i bokform (vilket skulle utgöra ett klassiskt köp av en vara) med ett avtal om tillträde till Nationalencyklopedins hemsida för informationssökning (vilket skulle utgöra ett tillhandahållande av en tjänst). Gränsdragningen mellan köp och tjänst kan i dessa situationer te sig vansklig eftersom den sökta informationen många gånger kan laddas ned för senare bruk.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> O. Torvund, *Forbrukerköpslovens användelse vid levering av digitale ytelser*, 2004, kapitel 8 samt Ot.prp.nr 44 (2001-2002) *Om lov om forbrukerkjøp*, s. 78, se även TemaNord 1999:598, s. 93.

<sup>72</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgørelse*, 2008, s. 228 se även P. Lindsoug, *Domsrätt och lagval*, 2004, s. 68.

<sup>73</sup> Se bl.a. Ibid., kapitel 11-13, Ds. 2009:13 s. 252 samt O. Torvund, *Forbrukerköpslovens användelse vid levering av digitale ytelser*, 2004, kapitel 10.

<sup>74</sup> Jmf. L. Olsen, *Gratiserbjudanden och IT* (Det IT-rättsliga Observatoriets rapport), 2001, s. 11.

<sup>75</sup> T.ex. TemaNord 1999:598, s. 99, P. Lindsoug, *Domsrätt och lagval*, 2004, s. 68, Ot.prp.nr 44 (2001-2002), s. 104 samt Ot.prp.nr 23(2006-2007) *Om lov om endringer i forbrukerkjøpsloven mv.*, s. 52.

<sup>76</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgørelse*, 2008, s. 229 och P. Lindsoug, *Domsrätt och lagval*, 2004, s. 68. Resonemanget kan återfinnas redan år 2000 i Foss & Bygrave, *International Consumer Purchases through the Internet*, 2000, s. 106f.

Lehrberg menar att man vid denna bedömning kan ta hjälp av bestämmelsen i 2§ köplagen. Bestämmelsen har sin motsvarighet i 2§ konsumentköplagen som behandlats ovan under 5.2.1 och behandlar vad man kallar tillverkningsköp. Frågan: ”Vad utgör i det enskilda fallet den övervägande delen av den prestationsskyldiges förpliktelse?” ska kunna tjäna som vägledning för bedömningen, menar hon. Om vi tar exemplet med informationssökningsdatabaser bör man rimligen ställa frågan om det är sammanställandet och sökandet av informationen utifrån ett angivet sökord eller är det istället leveransen av datafilen med viss information som utgör den övervägande delen? Hon utesluter inte möjligheten att det i vissa fall skulle kunna vara fråga om såväl en tjänst (sökandet och sammanställandet) som ett köp (leveransen av filen).<sup>77</sup>

Som tidigare anförts är köplagen tillämplig på tillverkningsköp, där varan ska tillverkas först efter avtalsslutet, under förutsättning att beställaren inte ska tillhandahålla en väsentlig del av materialet (2§, första stycket). När programvara utvecklas på beställning av köparen tillhandahåller denne inte materialet.<sup>78</sup> Det synes enligt Lehrberg därför ligga nära till hands att, i de fallen där avtalet rör elektronisk leverans av kundspecifik mjukvara utan att leverantören åtagit sig att i samband härmed utföra en tjänst (ex. omfattande installationsarbete, livstids reparation och underhåll), anta att det rör sig om ett köp<sup>79</sup>.

Bergstedt Sten har<sup>80</sup> anförts (dock utan att särskilt ha uttalat sig om programvara som levereras elektroniskt) att avtal om utveckling av programvara torde stämma väl in på det av lagstiftaren uppmärksamade fallet i 2§ KöpL. Hon skriver: ”Det faktum att programvara tillverkas delvis genom intellektuellt arbete i interaktion med en dator innebär knappast att det inte ska ses som en tillverkningsprocess vars slutresultat - lös egendom - faller under köplagen.” Härvid presenterar hon följande exempel: ponera att en person avtalar med en bilhandlare om att köpa en specialbeställd gul Volvo som ska förses med airbags, taklucka, lila skinnklädsel och så många tillbehör och finesser att bilen måste specialtillverkas *efter* avtalsslutet. Skulle monteringsarbetet då innebära att avtalsobjektet till övervägande del ska anses som ett utförande en tjänst och därmed utesluta det köprättsliga regelverket? Sannolikt torde svaret på den frågan vara nekande.

I motsats till Bergstedt Sten menar Westman och Lindberg att utveckling av programvara ligger långt närmare en tjänst än ett tillverkningsköp. De framhäver att det torde vara en utbredd branschpraxis att uppfatta mer avancerad utveckling av programvara som ett tjänsteavtal. Dock menar de

---

<sup>77</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 229.

<sup>78</sup> V. Bergstedt Sten, *Felbegreppet vid leverans av programvara*, SvJT 1997, s. 224 samt K. Frost, *Informationsydelsen*, 2002, s. 140.

<sup>79</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 231 med reservation för att Lehrberg i sin avhandling kommit fram till att digitala produkter utgör lös egendom som kan överlåtas. Samma resonemang kan återfinnas i L. Olsen, *Gratiserbjudanden och IT* (Det IT-rättsliga Observatoriets rapport), 2002, s. 11.

<sup>80</sup> V. Bergstedt Sten, *Felbegreppet vid leverans av programvara*, SvJT 1997, s. 227.



att om istället upphovsrätten till det färdiga programmet skulle överlåtas till kunden så torde köplagens regler i princip vara tillämplig på överlåtelsen.<sup>81</sup>

#### 5.2.4.2 Dansk och norsk rätt samt Nordiskt ministerråd

En överlåtelse av en redan etablerad nyttjanderätt (t.ex. manifesterat i en CD-rom) kan anses utgöra ett köp, men rätten att framställa ett exemplar torde varken utgöra ett köp av en vara eller tillhandahållande av en tjänst: det blir en form av licens. Skulle man komma fram till att digitala produkter inryms under köplagarna, är det i alla fall uteslutet att konsumentköplagen skulle vara tillämplig.<sup>82</sup>

I dansk rätt har Frost kritiserat den i föregående kapitel nämnda inställning till digitala produkter; nämligen att det vid nedladdning av filer via Internet inte kan bli tal om ett köp med anledning av att det handlar om etableringar av *nya rättigheter*.

Enligt Frost bör det sätt på vilket de digitala produkterna levereras inte tillmätas någon betydelse vid den rättsliga bedömningen av programmets innehåll. Om man fokuserar på prestationsformen riskerar man att skapa en oenhetlig reglering, vilket förefaller orimligt. Det skulle enligt Frost då kunna uppstå den oegentliga situationen att leverans av programvara levererad på en CD-skiva skulle omfattas av köplagen enär exakt samma programvara levererad elektroniskt till köparen inte skulle omfattas av lagen. Han menar att det inte finns något belägg för en sådan skillnad.<sup>83</sup>

I en utredning av det Nordiska Ministerrådet<sup>84</sup> år 2000 anfördes det att digitala produkter till synes kunde, vid en bokstavstolkning, falla utanför begreppet "lös sak". Det är, anser rådet, inte generellt uteslutet att använda de nordiska köprättsliga regelverken på förvärv av immateriella varor: "Tingsbegreppet förstås bredt". Det avgörande bör inte vara en bokstavstolkning av det begrepp som används för de köprättsliga regelverkens tillämpningsområden eftersom digitala produkter knappast var kända under lagstiftningsprocessen. Frågan är istället huruvida innehållet i de köprättsliga reglerna "er egnede til at regulere de pågældende transaktioner."<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Lindberg/Westman, *Praktisk IT-rätt*, 2001, s. 373f.

<sup>82</sup> TemaNord 1999:598, s. 93.

<sup>83</sup> Detta resonemang kan återfinnas i åtskilliga utredningar och avhandlingar, det kan nämnas följande: H. Bender, "Kvalifikation af edb-programrettigheder", (Nordiskt Immateriellt rättsskydd 1999) s. 34, K. Frost, *Informationsydelsen*, 2002, s. 123, S. Jakobsen, *Køberetlige spørgsmål, i Internetretten*, (red. J. Trzaskowski), 2008, s. 115, TemaNord 2000:612, s. 28ff samt Ot.prp.nr 44 (2001-2002), s. 102.

<sup>84</sup> Det ska härvid anmärkas att utredningen prövar köplagens giltighet vid förvärv av digitala produkter. Utredningen gör således ingen direkt jämförelse mellan vilket regelverk (köp eller tjänst) som är mest lämpligt.

<sup>85</sup> TemaNord 2000:612, s. 28.

I dansk doktrin har det föreslagits att man ska skilja mellan två typer av information. Den *ena* typen betecknas ”funktionel information” och kännetecknas av att den har en teknisk funktion i produkten. Fel som kan hänföras till denna typ av information, anses falla inom köplagens tillämpningsområde. Skulle således ett tekniskt fel i det inlästa programmet påträffas, som medför att det inte kan användas som det arbetsredskap som man hade förväntat sig, ska de köprättsliga felreglerna tillämpas.<sup>86</sup>

Den *andra* typen betecknas ”brugerinformation” och karaktäriseras av att informationen framträder i en kommunikationsprocess med användaren. Som exempel nämns att en programvara anger missvisande data. Denna typ av information är allmänt sett olämplig för reglering enligt det köprättsliga regelverket, liksom de köprättsliga reglerna inte skulle vara tillämpliga på situationer då andra medier (som t.ex. en bok) innehåller missvisande data.<sup>87</sup>

Det är enligt det Nordiska Ministerrådet rimligt att ifrågasätta huruvida all information på ett lämpligt sätt kan underkastas en felbedömning.<sup>88</sup> Den av Bryde Andersen föreslagna uppdelningen av funktionel information och brugerinformation framstår emellertid som problematisk. Det är för det första oklart på vilket sätt eller hur information framträder i en kommunikationsprocess med användaren. För det andra förefaller det inte uppenbart att det skulle vara uteslutet att göra köprättsliga anspråk gällande om det skulle föreligga objektivt konstaterbara fel på den levererade ”brugerinformationen”.<sup>89</sup>

Det uttalas i utredningen att: ”Det er ingen reale hensyn, der taler for generelt at anse købelovens mangelsregler – med den fleksibilitet de rummer – for uanvendelige i sådanne tilfælde.” Digitala produkter bör inte, enligt utredningen, klassificeras annorledes endast på den grund att de levereras i digital form istället för ex. bokform.<sup>90</sup> Även de särskilda konsumentskyddsaspekter, som begränsar säljarens möjligheter att friskriva sig från skadeståndsansvar, bör kunna göras gällande. Utredningen anför att det inte finns några skäl som talar för att säljaren borde ges vidare möjligheter att friskriva sig från ansvar när en digital produkt levereras digitalt än om den vore levererad i ex. tryckt form.<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> H. Bender, *EDB-rettigheder*, 1998, s. 302.

<sup>87</sup> Som återgivits i TemaNord 2000:612 s. 28.

<sup>88</sup> Som t.ex. nämns att ett spel som inte lever upp till användarens förväntningar eftersom han eller hon finner spelet tråkigt, inte utan vidare kan anses behäftad med ett fel enligt de köprättsliga reglerna. Inte ens om användarens förväntningar med anledning av bakomliggande marknadsföring är befogad.

<sup>89</sup> Exempelvis nämns sådana objektivt konstaterbara fel som kan relateras till informationens innehåll (ex. oriktiga upplysningar i ett lexikon eller uppslagsverk) eller till den form, vari den presenteras (ex. en dansk guidebok till Budapest, som sedan visar sig vara skriven på tyska eller franska. Eller är behäftad med så många tryckfel att den i syvende och sist är oanvändbar.)

<sup>90</sup> Jmf. H. Bender, *EDB-rettigheder*, 1998, s. 298. Se även not 88.

<sup>91</sup> TemaNord 2000:612, s. 28f.

Digitala produkter som levereras digitalt ligger enligt utredningen ännu längre från de köprättsliga regelverken än de som levereras tillsammans med ett fysiskt medium. Det heter: ”Det kan i disse tilfælde forekomme nærliggende at overveje, om den præsterede ydelse snarere må karakteriseres som en tjenesteydelse.” Digitala produkter torde, åtminstone som utgångspunkt, anses omfattas av det köprättsliga regelverket på samma sätt som de digitala produkterna manifesterade i fysiska medium.<sup>92</sup>

Bortser man från de shrink-wrapavtal som oftast medföljer standardprogramvaror uppvisar transaktionen många likheter med ett köp. Standardprogramvaror massframställs allt som oftast och omsätts sedan på marknaden precis som alla andra varor på marknaden. Man kan på så vis enligt Frost beteckna standardprogramvarorna som ”hyllvaror”.

Köparens prestation består vid köp av programvaror oftast av ett engångsbelopp medan det vid licensiering kännetecknas av löpande avgifter. Därutöver är de villkor som uppställs i licensavtal oftast tidsbegränsade och ger köparen en rätt att säga upp avtalet. När avtalet om programöverlåtelsen är ingånget har säljaren överlåtit egendomsrätten till *det* programexemplaret. Det är därför i princip inget hinder (trots de licensliknande avtalsvillkoren) att betrakta förvärv av standardprogram som ett köp. Omständigheten att förvärvaren är förhindrad (av upphovsrättsliga skäl) att utnyttja programmet fritt innebär inte att transaktionen faller utanför den köprättsliga regleringen.<sup>93</sup>

I dansk litteratur har Jakobsen anfört att den rådande uppfattningen (till synes) är att informationsprodukter som utgångspunkt bör omfattas (direkt) av den danska købeloven. Han menar att denna slutsats kan härledas ur lagens 1§ 1 stycke som stipulerar att lagen är tillämplig på ”alle køb, bortset fra køb av fast ejendom”. Skulle en domstol emellertid komma fram till att köplagen inte skulle vara direkt tillämplig på förvärv av digitala produkter blir den praktiska betydelsen härav ändock begränsad med anledning av att åtskilliga regler i köplagen kan tillämpas analogt även på andra typer av köp. Därutöver torde avtalet kunna utfyllas med allmänna obligationsrättsliga principer, vars ursprung många gånger kan härledas ur köplagen.<sup>94</sup>

I likhet med Jakobsen understryker Justis- og politidepartementet, i den norska propositionen från 2002, att även om överföringen av digitala produkter via Internet inte omfattas av köplagarna är emellertid reglerna i densamma i många hänseenden utslag av allmänna kontraktsrättsliga principer. Således är åtskilliga av köplagarnas regler analogiskt tillämpliga i den mån de passar. Emellertid påpekar departementet att lagens regler –

---

<sup>92</sup> Ibid., s. 29f samt bl.a. SOU 1999:106 s. 11.

<sup>93</sup> K. Frost, *Informationsydelsen*, 2002, s. 120f. Mer om köparens begränsade rätt att förfoga över den digitala produkten som ett hinder att betrakta förvärvet som ett köp, se Ibid., s. 79f samt M. Bryde Andersen, *Praktisk aftaleret*, 1995, s. 585f.

<sup>94</sup> S. Jakobsen, *Køberetlige spørgsmål*, i *Internetretten*, (red. J. Trzaskowski), 2008, s. 116 samt H. Bender, *EDB-rettigheder*, 1998, s. 158.

trots att de i och för sig är analogiskt tillämpliga – inte kan antas ha företräde framför avtalsvillkor som är mindre förmånliga för avtalsparten, även om köparen handlar i egenskap av konsument.<sup>95</sup>

### 5.2.4.3 Utblick mot europeisk rätt

I direktivet<sup>96</sup> ”om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden” benämns elektroniska leveranser ”tjänster”. Inom doktrinen har vissa företrädare pekat på den terminologin som har använts inom EU som en indikation<sup>97</sup> på att elektroniska leveranser ska anses utgöra en tjänst.<sup>98</sup>

I likhet med E-handelsdirektivet har (inom norsk rätt) Torvund uttalat att en leverantör av en datafil tillhandahåller en tjänst när han gör filen tillgängliga för nedladdning. Denna tjänst omfattas av e-handelsdirektivet och utgör således en ”informationssamhällets tjänst”, som regleras i den norska e-handelsloven.<sup>99</sup> Trots att han anser att digitala produkter utgör dels en licens (och inte ett köp), dels en tjänst, föreslår han ändock att ”digitale ytelser” ska omfattas av den norska forbrukerkjøploven.<sup>100</sup>

I den svenska E-handelslagens (2002:562) 2§ definieras informationssamhällets tjänster på följande sätt: ”tjänster som normalt utförs mot ersättning och som tillhandahålls på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare.” Regeringen uttalar i förarbetena till lagen att innebörden av begreppet tjänst får sökas i artikel 50 i EG-fördraget.<sup>101</sup> I fördragets artikel 50 definieras tjänster som ”prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de *inte* faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.” Detta innebär att inom EU-rätten definieras tjänstebegreppet negativt som allt annat som inte utgör varor eller kapital. Problemet är att det inte finns någon definition av begreppet vara.

Lehrberg anser att det är uppenbart att begreppet tjänst i lagen om elektronisk handel är mycket vidsträckt. Det är enligt henne (och i likhet med Lindskoug) osäkert huruvida detta begrepp överrensstämmer med det civilrättsliga tjänstebegreppet. Man kan inte utifrån hur begreppet ”tjänst” används i e-handelslagen dra några slutsatser om begreppets innebörd i situationer som inte direkt omfattas av lagen. Det finns nämligen inga

<sup>95</sup> Ot.prp.nr 44 (2001-2002), s. 78f. Se även TemaNord 1999:598, s. 93.

<sup>96</sup> Direktiv 2000/31/EG, ”E-handelsdirektivet”.

<sup>97</sup> Jag använder här ordet *indikationen* med anledning av att EU använder begreppet tjänst i en vidare bemärkelse än den svenska förmögenhetsrätten. Inom EU-rätten måste som senare kommer att belysas, alla ekonomiska transaktioner kategoriseras antingen som varor, tjänster eller kapital. Den svenska privaträtten och dess kategoriseringar är mer nyanserad än som så. Läs vidare i P. Lindskoug, *Domsrätt och lagval vid elektronisk handel*, 2004, s. 57.

<sup>98</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 226.

<sup>99</sup> O. Torvund, *Forbrukerkjøpslovens anvendelse vid levering av digitale ytelser*, 2004, kapitel 8.3.

<sup>100</sup> *Ibid.*, kapitel 10, 12 och 13.

<sup>101</sup> Prop. 2001/02:150 s. 56.

garantier för att de civilrättsliga regler som har utvecklats för prestationer som avser tjänster passar med den mycket vidsträckt definitionen av begreppet tjänst som lagen ger.<sup>102</sup>

Det kan i sammanhanget ändå vara intressant att nämna att svenska Skatteverket har utfärdat riktlinjer för hur företag ska momsdeklarerat sina varor och tjänster. I dessa riktlinjer uttalas det att: ”Beställda varor levereras t.ex. i brev eller paket. Materiella ting som böcker, cd- och dvd-skivor är varor. Texter, musik, filmer och dataprogram som levereras elektroniskt till din dator är inte materiella ting och därmed inte varor. Du har i stället köpt tjänster som i vissa fall beskattas annorlunda än varor.” Därefter stadgas det särskilt att: ”Leverans som sker elektroniskt, online, är *alltid* [min kursivering] leverans av tjänst.”<sup>103</sup>

Detta ställningstagande har sannolikt föranletts av 1 kapitel 6§ mervärdesskattelagen (1994:200). Enligt denna bestämmelse ska: ”med vara förstås *materiella* [min kursivering] ting, bland dem fastigheter och gas, samt värme, kyla och elektrisk kraft. Med tjänst förstås allt annat som kan tillhandahållas i yrkesmässig verksamhet.”

Inom EU-rätten har rådet antagit direktiv 2006/112/EG om ett gemensamt system för mervärdesskatt.<sup>104</sup> I artikel 56 under punkterna (a)-(l) listas några exempel på vilka tjänster som ska falla in under bestämmelsens tillämpningsområde. Under punkten (k) stadgas det att bestämmelsen omfattar tjänster som tillhandahålls på elektronisk väg, bland annat de som avses i bilaga II. I denna bilaga (II)<sup>105</sup>, nämns bl.a. texter, bilder och upplysningar samt databasåtkomst, programvara och uppdatering av densamma, inklusive nästan samtliga former av streaming (däribland, musik, filmer och spel) inklusive TV-sändningar.

Med anledning av senare uppkomna tolkningsvårigheter (gränsdragningsproblematik och oklarheter) i ovan nämnda direktiv utfärdade rådet, fem år senare, en genomförandeförordning<sup>106</sup> i syfte att säkerställa en enhetlig tillämpning av mervärdesskattsystemet.<sup>107</sup> I artikel 7 i förordningen uttalas det följande: ”Begreppet *tjänster som tillhandahålls på elektronisk väg* [original kursivering] som anges i direktiv 2006/112/EG ska inbegripa tjänster som tillhandahålls via Internet eller ett elektroniskt nät och som till sin natur är sådana att tillhandahållandet huvudsakligen är automatiserat, kräver ett minimalt mått av mänsklig inblandning och inte kan utföras i avsaknad av informationsteknik.” Punkten 2 (f) hänvisar vidare

---

<sup>102</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 225ff. Se även not 102.

<sup>103</sup> [http://www.skatteverket.se/foretagorganisationer/moms/sarskildamomsreglerforvissavaro\\_rjanster/elektroniskhandel.4.18e1b10334ebe8bc80002768.html](http://www.skatteverket.se/foretagorganisationer/moms/sarskildamomsreglerforvissavaro_rjanster/elektroniskhandel.4.18e1b10334ebe8bc80002768.html).

<sup>104</sup> Se bilaga A.

<sup>105</sup> Se bilaga A.

<sup>106</sup> Rådets genomförandeförordning (EU) nr 282/2011 av den 15 mars 2011 om fastställande av tillämpningsföreskrifter för direktiv 2006/112/EG om ett gemensamt system för mervärdesskatt. Se bilaga B.

<sup>107</sup> Se punkten (4) i preambeln.

till bilaga I, som utgör en förtydligande lista över de punkter som räknas upp i bilaga II till direktiv 2006/112/EG.

I bilaga I till genomförandeförordningen<sup>108</sup> uppräknas, i detalj, vilka typer av digitala produkter som ska falla in under begreppet ”tjänster som tillhandahålls på elektronisk väg”. Listan täcker mer eller mindre samtliga digitala produkter som konsumenter och företagare kan tänkas komma i kontakt med i den digitala miljön (bl.a. antivirusprogram, drivrutiner, tillhandahållande av diskutrymme online, mm.). Av intresse för detta arbete är främst punkten 4 i bilaga I till förordningen som stadgar att såväl ”tillgång till” (streaming) och ”nedladdning” (downloading) av filmer, musik och onlinespel, mm. utgör sådana tjänster som omnämns i direktivet.

Man bör dock ha i åtanke att det är vanskligt att dra några slutsatser kring digitala produkters hänförlighet till den ena eller andra kategorin utifrån offentlighetsrättsliga (skatterättsliga) regler. Detta gäller för såväl svensk offentlighetsrättslig lagstiftning som EU-rättsliga akter och förordningar som berör offentlig rätt.<sup>109</sup>

Det anfördes redan år 2000 av Foss och Bygrave att det inom det skatterättsliga området var populärt att klassificera digitala produkter som tjänster snarare än som varor. Författarna menar att det vid första anblick kunde förefalla vara en korrekt bedömning att klassificera digitala produkter såsom tjänster eftersom de inte har några fysiska egenskaper såsom varor ”ska ha”. De menar dock (och i likhet med de allra flesta nordiska författare) att denna bedömning inte kan vara avgörande för denna klassificering. De medger att vissa digitala produkter är närmast att klassificera som tjänster, som exempel nämns radiosändningar över Internet. Dock anser de att leverans av produkter som i den fysiska världen hade ansetts vara en vara (ex. datorspel eller en fysisk bok) inte borde klassificeras som en tjänst allena på den grund att de levereras online:

”However, when the products which are delivered would not be classified as services if they were to be delivered by other (offline) means, it is hard to see why they should be classified as services simply because they are delivered online.”<sup>110</sup>

Problemet belystes dock på konsumenträttens område i grönbok KOM(2006) 744 där kommissionen framhöll: ”De flesta direktiv som ingår i konsumentregelverket[...] uppfyller inte längre helt kraven på dagens föränderliga marknader. Detta gäller särskilt med tanke på den digitala teknikens och de digitala tjänsternas (t.ex. nedladdning av musik) allt större betydelse, vilket väcker kontroversiella frågor om användares rättigheter, jämfört med försäljning av fysiska varor.”

---

<sup>108</sup> Se bilaga B.

<sup>109</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 227, P. Lindskoug, *Domsrätt och lagval vid elektronisk handel*, 2004, s. 57f samt Foss & Bygrave, *International Consumer Purchases through the Internet*, 2000, s. 106f. Se särskilt not 102 ovan.

<sup>110</sup> Foss & Bygrave, *International Consumer Purchases through the Internet*, International Journal of Law and Information Technology, 2000 volume 8, s. 106f.

Kommissionen bekräftade att det fanns en lucka i de EU-rättsliga bestämmelserna som ledde till att programvara och data inte omfattades av konsumentköpsdirektivet. Denna brist kunde föranleda att näringsidkarna försökte undgå ansvar för skadestånd/bristande avtalsenlighet hos dessa produkter genom att friskriva sig i licensvillkoren för slutanvändaren. I princip kan konsumenterna helt och hållet berövas sin rätt till ersättning vid bristande avtalsenlighet.<sup>111</sup>

Det heter i grönboken: "The lack of coverage of contracts for the supply of software and data is a *particularly* [min kursivering] important problem." Enligt Kommissionen har det kommit in rapporter om konsumenter som har haft problem med nedladdad musik, ringtoner och andra digitala produkter till mobiler och MP3spelare. "With the increase in digital content consumption, questions of liability (eg. when software damages hardware) and guarantee from defects will grow in importance."<sup>112</sup>

Vidare har Europaparlamentet i två resolutioner år 2007 uttalat sig positivt till att se över de berörda direktiven på konsumentområdet så att de anpassas till att även omfatta digitala produkter (*eng.* digital content). De föreslagna tillvägagångssätten var att antingen tänja på bestämmelserna i konsumentköpsdirektivet<sup>113</sup>, eller införa helt nya regelverk för att säkerställa ett lika starkt skydd för digitala produkter som för "vanliga" produkter.<sup>114</sup>

Som ett svar på dessa resolutioner presenterade EU-kommissionärerna Reding och Kuneva i maj 2009 en gemensam "digital dagordning". I den identifierades åtta prioriterade områden för eventuella EU-åtgärder. I punkten fyra stadgas följande mål; att "utvidga principerna avseende konsumentskyddsregler så att de omfattar licensavtal för produkter som mjukvara som laddas ner för virussydd, spel eller annat licensskyddat innehåll. **Licensförfaranden bör garantera konsumenterna samma grundläggande rättigheter som när de köper en vara** [fetstil i original]: rätten att få en produkt som fungerar med rättvisa kommersiella villkor."<sup>115</sup>

Europeiska domstolen har i ett mål från 2009<sup>116</sup> fått ta ställning till den principiella frågan (inom privaträttens område) huruvida "[...] ett avtal genom vilket en innehavare av en immateriell rättighet till motparten upplåter en rätt att nyttja den immateriella rättigheten (licensavtal) [är] ett avtal om 'utförande av tjänster' i den mening som avses i artikel 5.1 b i [förordning nr 44/2001]?"

---

<sup>111</sup> KOM(2006)744 final, *Grönbok om översynen av konsumentregelverket* (framlagd av Europeiska Kommissionen) s. 6.

<sup>112</sup> *Ibid.*, s. 24.

<sup>113</sup> Direktiv 1999/44/EG om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier.

<sup>114</sup> Europaparlamentets resolution av den 21 juni 2007 om konsumenternas förtroende för den digitala miljön (2006/2048(INI)), P6\_TA(2007)0287 samt Europaparlamentets resolution av den 6 september 2007 om grönboken om översynen av konsumentregelverket (2007/2010(INI)), P6\_TA(2007)0383.

<sup>115</sup> IP/09/702, *A Digital Agenda for Consumer Rights Tomorrow*.

<sup>116</sup> Mål C-533/07 *Falco privatstiftung, Thomas Rabitsch mot Gisela Weller-Lindhorst*.

I sak tvistade parterna i målet om ersättning avseende en licensavgift som härrört från inkomsterna från försäljningen av videoinspelningar av en konsert. Förhandsavgörandet i sig skulle besvara huruvida uppfyllandet av ett licensavtal skulle anses vara ett utförande av en tjänst.

Domstolen anför i punkten 29 att begreppet tjänst innebär att den som utför tjänsten utför en bestämd verksamhet mot ersättning. Domstolen fortsätter i punkten 30: ”Ett avtal genom vilket en innehavare av en immateriell rättighet till motparten upplåter en rätt att mot vederlag nyttja den immateriella rättigheten utgör inte någon sådan verksamhet.” I efterföljande punkt förklarar domstolen att en licensgivare inte utför någon specifik verksamhet, utan licensgivaren förbinder sig endast till att *underlåta* att motsätta sig att licenstagaren nyttjar nämnda rättighet.

Härvidlag påpekar domstolen att det inte finns något i varken strukturen eller systematiken i nämnda förordning som talar för att tjänstebegreppet i artikel 5.1 b ska likställas med varken hur begreppet definieras i t.ex. artikel 50 i EG-fördraget eller i direktivet om ett gemensamt system för mervärdesskatt. Att tjänstebegreppet tolkas brett i EG-fördraget syftar enligt domstolen till att ”[...] de allra flesta former av ekonomisk verksamhet som inte omfattas av den fria rörligheten för varor, kapital och personer ska ingå i tillämpningsområdet för EG-fördraget.” Domstolen anför vidare: ”Av liknande skäl ska begreppet utförande av tjänster [...] inte heller tolkas utifrån hur begreppet tjänster har definierats i gemenskapsdirektiven på mervärdesskatteområdet.”<sup>117</sup>

Svaret till frågeställningen är således att ett licensavtal om rätt för licenstagaren att, mot vederlag, nyttja den immateriella rättigheten *inte* ska klassificeras som ett utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001.<sup>118</sup>

Den 25 oktober 2011 antog Europaparlamentet och Rådet direktiv 2011/83/EU om konsumenträttigheter. I och med detta direktiv upphävs rådets fyra nu gällande direktiv på konsumenträttens område, nämligen: 93/13/EEG, 1999/44/EG, 85/577/EEG samt 97/7/EG. Direktivet träder inte i kraft förrän 13 december 2013 men det är ändå intressant att titta på några av bestämmelserna. I direktivets punkt 19<sup>119</sup> i preambeln används begreppet ”digitalt innehåll” (eng. digital content) synonymt med termen digitala produkter. Punkt 19 stadgar vidare att det inte görs någon åtskillnad på om den digitala produkten har åtkommit genom nedladdning eller streaming.

Vidare stadgar punkten 19 i preambeln att digitala produkter manifesterade i ett fysiskt medium ska anses utgöra ett köp av en vara medan avtal om förvärv av digitala produkter levererade online varken borde klassificeras som tjänsteavtal eller köpeavtal. Detta ställningstagande stämmer väl

---

<sup>117</sup> Ibid., p. 34, 35 och 38.

<sup>118</sup> Ibid., p. 44.

<sup>119</sup> Se bilaga C.



överrens med den uppfattning som framförts av Lindsoug ovan under avsnitt 5.2.4.1 samt den av kommissionärerna Reding och Kuneva framförda uppfattningen i den *digitala dagordningen* från 2009.

Direktivet stadgar dessutom en ångerrätt för konsumenten vid förvärv av digitala produkter under förutsättning att konsumenten inte uttryckligen har samtyckt till att påbörja fullgörandet.<sup>120</sup> Näringsidkaren har utöver ett allmänt informationskrav (artikel 6.2) även en skyldighet att informera konsumenten om de digitala produkternas funktion (artikel 6.1 r) samt driftskompatibilitet (artikel 6.1 s).

Europaparlamentet och Rådet betonar att de rättigheter och skyldigheter som framgår av direktivet i dess nuvarande form inte är fullständigt och är ämnat för framtida justeringar och harmoniseringar, i syfte att tillförsäkra att konsumenterna som inhandlar digitala produkter i framtiden åtnjuter ett fullgott skydd. Detta kan utläsas ur lagstiftarens vilja att – trots klassificeringsvårigheterna – utsträcka direktivets tillämpningsområde till att även omfatta digitala produkter, i kombination med uttalandet i punkten 19: ”Kommissionen bör undersöka behovet av ytterligare harmoniserade bestämmelser i fråga om digitalt innehåll, och vid behov lägga fram ett lagstiftningsförslag för att ta itu med frågan.” Detta ställningstagande är särskilt reglerat i artikel 30 som ålägger Kommissionen att senast tre år efter implementeringen av direktivet lämna en rapport om tillämpningen av direktivet. Det heter: ”Rapporten ska *framföralit* [min kursivering] innefatta en utvärdering om direktivets bestämmelser om digitalt innehåll [...]”

## 5.2.5 Kan köplagarnas bestämmelser tillämpas på digitala produkter?

### 5.2.5.1 Inledning

Genom att pröva köplagens och konsumentköplagens hållbarhet på förvärv av digitala produkter kan man antingen utesluta lagarnas tillämplighet eller hitta argument som talar för en tillämpning av dem. Den metod som används i det här avsnittet betyder nödvändigtvis inte att det går att dra några slutsatser kring digitala produkters hänförlighet till tjänstebegreppet. Slutsatsen kan endast användas som ett argument för att antingen utesluta en användning av köplagarna, eller som ett förstärkande argument för att köplagarna ska äga företräde framför konsumenttjänstlagen.

Lehrberg har i sin doktorsavhandling noggrant redogjort för vilka bestämmelser i köplagarna som går att tillämpa på förvärv digitala produkter och vilka som är mindre lämpliga samt givit förslag på hur detta kan lösas.<sup>121</sup> På samma sätt har Bengtsson i sin enmansutredning granskat KKL:s bestämmelser i syfte att utröna vilka bestämmelser som kan tillämpas på förvärv digitala produkter samt vilka som inte kan tillämpas.<sup>122</sup>

<sup>120</sup> Artikel 9 men se även artikel 16 m.

<sup>121</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, kapitel 11-13.

<sup>122</sup> Ds. 2009:13, s. 247-253.

Även i norsk rätt har professor dr. juris Torvund utrett huruvida den norska konsumentköplagen är tillämplig på digitala produkter och kommit fram till, liksom Bengtsson och Lehrberg, att de allra flesta bestämmelserna är tillämpliga på förvärv av digitala produkter.<sup>123</sup> Med ett fåtal ändringar skulle konsumentköplagen kunna bli tillämplig på förvärv av digitala produkter.

Med anledning av att litteraturen är tämligen överens om att de flesta bestämmelser är tillämpliga kommer jag endast att fokusera på den mest kontroversiella bestämmelsen som vållar mest problem vid tillämpningen av köplagarna; nämligen hävningsrätten.

### 5.2.5.2 Hävning

En ”digital” aspekt som torde kunna vålla svårigheter vid tillämpningen av de köprättsliga reglerna är rätten till hävning. Digitala produkter är ju, som tidigare omnämnts i kapitel 4.3, i grund och botten information. Det kan hävdas att information i princip inte kan återlämnas när den väl mottagits. Ett praktiskt problem blir att säljaren inte kan försäkra sig om att köparen har framställt kopior av produkten. Att kopiera en digital produkt kan vara ett brott mot upphovsrättslagen. I den mån produkten inte omfattas av upphovsrättslagen är det lagligt att kopiera denna.<sup>124</sup>

I en svensk utredning anförs det att 43§ första stycket KKL (rätten till hävning) utan vidare är tillämplig på digitala produkter medan regeln (i andra stycket) om ”återställande av den nedladdade eller streamade varan knappast får betydelse. Köparen bör inte ha någon skyldighet att återställa nätvaran.” Utredningen motiverar inte närmare detta ställningstagande men uttalar att kravet i 45§ KKL på oförändrad och oförminskad vara, uttryckligen bör undanta nätvaror från tillämpningsområdet. Resultatet blir att hävning kan ske utan att den digitala produkten behöver återlämnas till säljaren.<sup>125</sup> Med det sagt är det inte säkert att konsumenten alltid kan fullt ut bli kompenserad.<sup>126</sup>

Lehrberg däremot kommer fram till en liknande slutsats med ett mycket mer utförligt resonemang. I 43§ andra stycket KKL stadgas det en skyldighet för parterna vid en hävningssituation att återlämna vad han eller hon har tagit emot. Ett sådant återlämnande torde inte vara aktuell vid förvärv av digitala produkter som levererats elektroniskt. Digitala produkter kan ju som påpekats ovan under kapitel 4.3 inte flyttas utan att det medium där objektet är lagrat på flyttas; de kan således endast kopieras. I anknytning härtill är 45§ KKL av intresse då det framgår av bestämmelsen att rätten till hävning kan gå förlorad om köparen inte kan lämna tillbaka varan ”väsentligen

---

<sup>123</sup> O. Torvund, *Forbrukerkjøpslovens anvendelse ved levering av digitale ytelser*, 2004, kapitel 10.

<sup>124</sup> TemaNord 2000:612, s. 29.

<sup>125</sup> Ds. 2009:13 s. 251.

<sup>126</sup> Konsumenten kan få finna sig i att säljaren gör ett avdrag för den nytta som han eller hon kan antas ha haft och kommer att få ha av att få behålla den (dock felaktiga) digitala produkten.

oförändrad och oförminskad”. Detta torde resultera i att köparen måste återlämna sin hårddisk för att få göra gällande sin rätt till hävning.

I andra stycket 45§ stadgas det att köparen i *vissa* situationer ändå kan få rätt att häva köpet om varan inte uppfyller kraven på att vara oförändrad och oförminskad vid återlämnandet. Man skulle kunna hävda att digitala produkter, genom sin egen beskaffenhet har förstörts eller kommit bort.<sup>127</sup>

Även Renfors har kommit fram till en liknande slutsats vid en diskussion angående ångerrätten i DHL. Hon menar att om nedladdning av musik och film via Internet skulle ses som ett avtal om en vara ”torde det handla om en vara som på grund av sin beskaffenhet inte kan återlämnas” i enlighet med 2:4 punkten 2 DHL. Skulle det istället ses som ett avtal om en tjänst, torde ångerrätten inte heller gälla eftersom ”fullgörandet av tjänsten – nedladdning av musiken eller filmen – påbörjas så snart avtalet ingåtts och betalning erlagts.” och därmed faller situationen under 2:4 punkten 1 DHL.<sup>128</sup>

I norsk rätt har Torvund anfört att rätten till att häva ett avtal om förvärv av digitala produkter utan att återlämna varan, följer av den norska forbrukerkjøpslovens 51§ första stycket punkten a. Han menar att det är varans (filens) egen beskaffenhet som gör att den inte kan återlämnas.<sup>129</sup>

En alternativ lösning som förespråkas i dansk rätt är att köparen återlämnar en kopia av den digitala produkten köparen mottagit till säljaren. Man kan ställa frågan huruvida säljaren har något intresse av att återfå en kopia av det original han redan har eftersom han ändå inte kan försäkra sig om köparen raderat det exemplar han har eller gjort några kopior.<sup>130</sup>

Bestämmelsen i 45§ första stycket KKL bygger på förutsättningen att varan som sådan innehar ett värde för säljaren. Bestämmelsen ämnar skydda säljarens rätt till detta värde. Men på grund av att köparens kopia av en digital produkt oftast saknar värde för säljaren torde man kunna hävda att den inte behöver återställas till denne. Ett argument som talar mot denna ståndpunkt är att säljaren kan, ur en kontrollsynpunkt, vilja ha tillbaka samtliga kopior eftersom köparen annars skulle fortsättningsvis (efter hävningen) kunna nyttja produkten och framställa kopior.<sup>131</sup>

Det kan enligt Lehrberg (ur ett vidare perspektiv) inte för hävning anses nödvändigt att alla kopior återställs. Det torde vara tillräckligt att köparen inte längre har rätt att nyttja någon kopia, något som lagstiftaren skulle kunna särskilt reglera i lagtexten. Denna regel kan ex. förpliktiga köparen att vid en ev. hävning, förstöra eller radera samtliga exemplar av den

---

<sup>127</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 321.

<sup>128</sup> Ds. 2007:29 s. 300.

<sup>129</sup> O. Torvund, *Forbrukerkjøpslovens anvendelse ved levering av digitale ytelser*, 2004, kapitel 10.8.

<sup>130</sup> K. Frost, *Informationsydelsen*, 2002, s. 138 not 182.

<sup>131</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgörelse*, 2008, s. 323.

digitala produkten.<sup>132</sup> Det är dock, enligt min mening, ytterst tveksamt huruvida en bestämmelse av detta slag skulle få någon (positiv) praktisk effekt eftersom det torde vara näst intill omöjligt för såväl säljare som den polisiära makten att förvissa sig om att detta utplånande av exemplar verkligen har skett.

Bland annat Bryde Andersen har kritiserat en tillämpning av köplagen på digitalt levererad standardprogramvara med motiveringen att det är svårt för säljaren att veta om denne återfått alla exemplar av det levererade programmet.<sup>133</sup> Detta argument har i sin tur kritiserats av såväl Lehrberg (i svensk rätt) som Jakobsen (i dansk rätt) som av utredningen TemaNord 2000:612 (i nordisk konsumenträtt). Utredningen anför på sidan 29 i not 32 att ”muligheden for kopiering er næppe noget afgørende argument mod anvendelse af reglerne om ophævelse. Køberen kan heller ikke sikre sig mod, at sælgeren tilbagebetaler købesummen med falske penge. [sic!]”

Jakobsen skriver att: ”[h]eller ikke det forhold, at informationsprodukter vanskeligere end de flesta løsøreprodukter kan tilbageleveres ved ophævelse, er argument nok til at holde informationsprodukter udenfor købeloven.” Det är enligt Jakobsen inte omöjligt att återlämna en fil på samma sätt som det rent tekniskt är möjligt att förhindra användare från att göra kopior av filen.<sup>134</sup>

Lehrberg menar att det inte kan vara rimligt att anta att det är en förutsättning, för att kunna häva, att reglerna därom *de facto* förhindrar alla typer av otillbörliga förfaranden i samband med deras användande. Hon anför som argument att risken för att köparen behåller olagliga kopior efter hävning finns ju även för övrigt vid köp av annan egendom som faller innanför köplagens tillämpningsområde (ex. kopiering av böcker, avspelning av ljudband, kopiering av cd-skivor och filmer). För dessa egendom gäller ostridigt köplagarnas hävningsregler och ingen ifrågasätter detta trots att det inte går att förvissa sig om att den ”fysiska” digitala produkten inte olovligen kopieras.<sup>135</sup>

Därutöver ska det påpekas att det knappast torde vara rimligt att en köpare aldrig skulle kunna häva ett avtal om förvärv av programvara, om det skulle vara behäftat med ett väsentligt fel, på grund av att säljaren aldrig kan förvissa sig om att återfå *alla* programexemplar. Hänsyn måste ju även tas till köparens intressen. Denne har sällan intresse av ett program som är behäftat med ett väsentligt fel.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> Ibid., s. 324. Detta förslag har presenterats i O. Torvund, *Forbrukerkjøpslovens anvendelse vid levering av digitale ytelser*, kapitel 10.8. såväl som i Ot.prp.nr 44 (2001-2002), s. 104, men i en senare proposition Ot.prp.nr 23(2006-2007), s. 52 lägger departementet detta förslag på is med hänvisning till det icke-akuta lagstiftningsbehovet.

<sup>133</sup> M. Bryde Andersen, *Edb og ansvar. Studier i edb-erstatningsrettens beskrivelseproblematik*, 1989, s. 338f.

<sup>134</sup> S. Jakobsen, *Køberetlige spørgsmål*, i *Internetretten*, (red. J. Trzaskowski), 2008, s. 116.

<sup>135</sup> E. Lehrberg, *Elektronisk fullgørelse*, 2008, s. 324.

<sup>136</sup> Ibid., s. 325.

## 6 Slutsats/Analys

Som det har framgått av framställningen är rättsläget alltså oklart och det råder delade meningar inom såväl svensk doktrin som inom statliga utredningar; inom svensk rätt som övrig nordisk rätt om hur digitala produkter rättsligt sett ska klassificeras.

Uttalandet av regeringen i förarbetena till Distansavtalslagen (2000:274): ”Hur direktivet - och därmed också Distansavtalslagen – bör tolkas i detta avseende är en fråga för rättstillämpningen, i sista hand EG-domstolen.” är träffande. Det är dock anmärkningsvärt att problematiken har varit känd redan sen slutet av 90-talet och berörts i åtskilliga statliga utredningar och rapporter men att det än idag, mer än ett decennium in på 2000-talet, inte finns någon lagreglering på området. Det må vara ett akademiskt problem (slutsatsen kan dras från avsaknaden av nordiska samt utomnordiska rättsfall) som inte har en alltför omfattande praktisk konsekvens för handeln, men som likväl lämnar konsumenterna i princip rättslösa i de situationer konsumenten inte kan förlita sig på näringsidkarens good-will.

Det är tämligen ostridigt att avtal om förvärv av digitala produkter tillsammans med en fysisk bärare av en rättighet klassificeras som ett köp av en vara. Litteraturen är överens om att det sätt på vilket de digitala produkterna levereras till köparen inte bör vara det centrala elementet vid bedömningen av vilken avtalstyp nämnda förvärv ska hänföras till. Därutöver är författarna ense om att utgångspunkten bör vara att konsumenterna som förvärvar digitala produkter ska åtnjuta samma konsumenträttsliga skydd som vid köp av lösa saker.

Jag anser, i likhet med Lehrberg, att ledning kan sökas i förarbetena till 2§ KöpL och KKL. Om man vid avtalets fullgörande, riktar uppmärksamheten på förpliktelsen att avlämna varan, framstår avtalet som ett köp av en vara. Fäster man istället vikt vid det arbete som erfordras för att åstadkomma produkten ligger det närmare till hands att betrakta avtalet som en tjänst.

Härvid kan det tämligen obestridda exemplet nämnas att köp av en videofilm kan liknas vid köp av en vara medan ett biobesök klassificeras som en tjänst. På samma sätt kan man – åtminstone i de flesta fall – avgöra huruvida digitala produkter anses utgöra en vara eller en tjänst: Köper jag ett spel<sup>137</sup> via Internet och näringsidkaren förser mig med en länk till en server där jag kan ladda ner spelet till min dator fäster man sig knappast vid tjänsten näringsidkaren utför (tillhandahållandet av länken och servern) utan snarare på avtalsobjektet (spelet) jag laddar ned. Det är ju spelet jag betalar för, att länken är ett nödvändigt måste för mig att tillgodogöra mig avtalsobjektet måste ses som sekundärt. Det är ju inte heller så att jag förser näringsidkaren med något material av värde eller något väsentligt material

---

<sup>137</sup> I detta exempel ett datorspel som kan spelas såväl offline som online. Distinktionen är viktig för efterföljande resonemang.

ur en funktionell synvinkel. Det ska anmärkas att, sedan 2002, vid konsumentavtal, där konsumenten bidrar med en väsentlig del av materialet blir konsumentköplagen ändå tillämplig, och inte konsumenttjänstlagen.

Samma resonemang kan föras angående köp av andra digitala produkter såsom musik, filmer och ordbehandlingsprogram (standardprogramvara) då köparen laddar ned en fil som sedan lagras på dennes hårddisk för senare bruk. När varan väl är ”avlämnad” och en engångssumma erlagts har parternas prestationer så att säga avslutats: köparen är inte (längre) varken monetärt eller funktionellt (genom ”arbete”) bunden till säljaren. Transaktionen är med andra ord avslutad.

Man kan, enligt mig, applicera samma synsätt för att utröna vilka digitala produkter som ska anses utgöra ett tillhandahållande av en tjänst. Ta ett antivirusprogram till exempel: Köparen kan inte betala en engångssumma för tjänsten utan han betalar endast för en tidsbestämd period, ex. tre eller sex månader. Köparen är även efter att antivirusprogrammet laddats ned och betalning erlagts beroende av att leverantören uppdaterar sina databaser för att antivirusprogrammet ska kunna försäkra köparen med ett fullgott skydd, därutöver är köparen beroende av tillgång till internet för att denna tjänst ska kunna fungera. Man fäster härvid till skillnad från exemplet med köp av spel, musik och film, mm. uppmärksamheten på förpliktelsen för säljaren att ”skydda” köparen och inte på antivirusprogrammet i egenskap av vara eftersom ett antivirusskydd som inte skyddar datorn mot virus vore tämligen onödigt ur köparens ståndpunkt. Köparen blir sålunda i den här situationen såväl monetärt som funktionellt (genom arbete) beroende av säljaren även efter att avtalet ingåtts och ”varan” levererats. Transaktionen bör enligt mig anses utgöra ett tillhandahållande av en tjänst.

Åtminstone inom doktrin är man tämligen eniga om att streamingtjänster torde utgöra ett tillhandahållande av en tjänst. Jag är benägen att hålla med eftersom tjänsteaspekten är tydlig. Vid streaming lagras det ingenting på köparens dator. Köparen är dessutom högst beroende av att säljaren förser honom eller henne med en länk därifrån denne kan spela upp den filmsnutt eller det musikstycke som utgör avtalsobjektet. Efter att filen spelats upp från början till slut, direkt från serverdatorn, måste köparen för att kunna tillgodogöra sig filmen (eller låten) igen erlagga ytterligare betalning för att få koppla upp sig mot säljarens server. I dessa streamingavtal framstår det naturligt att fästa vikt vid säljarens tjänsteförpliktelse (tillhandahållande av servern) eftersom detta tillhandahållande inte längre utgör ett sekundärt element i avtalsprestation, utan avtalsobjektet i sig.

Tankegången påminner mycket om den av Lehrberg framförda åsikten att det är ändamålssynpunkter som torde vara avgörande för hur en transaktion rättsligt sett ska klassificeras. Hon anser ju att om syftet med förvärvet av den digitala produkten är att den ska kunna användas utan begränsning i tid och mot betalning i form av en engångssumma, ligger det närmast att betrakta transaktionen som ett köp än som en tjänst.

Streamingtjänster och digitala produkter som köparen vid användandet är beroende av att säljaren samtidigt uppfyller sin del av förpliktelsen torde normalt anses utgöra tillhandahållande av tjänster. Som exempel på dessa digitala produkter kan nämnas antivirusprogram, onlinespel (säljaren behöver tillhandahålla servern med all information om spelarens karaktärer, inloggningsuppgifter, mm.), encyklopedier online, sökdatabaser. Vad gäller dessa "online"-encyklopedier torde det vara vanskligt att klassificera allt sådant tillhandahållande som tjänster eftersom en del erbjuder möjligheten att spara sökt information (i pdf-format) på hårddisken för senare bruk. Skulle en sådan funktion kosta användaren ytterligare är det nödvändigt att tala om två olika avtal om såväl en tjänst (sökta informationen) som en vara (ex. lagring av informationen). Ännu vanskligare blir det skulle en sådan funktion *ingå* i medlemskapet på hemsidan (som normalt hade klassificerats som en tjänst). Samma synsätt kan appliceras på tjänster som Spotify och dylika musiktjänster vars programvara tillåter användaren att köpa/ladda ned den musik som normalt streamas.

För att återknyta till mitt ursprungliga exempel om köp av en videofilm och ett biobesök, är att det vid köp av en videofilm (en vara), köparen tillgodogör sig filmen på egen hand oberoende av säljarens inblandning efter att varan avlämnats, medan det vid ett biobesök (en tjänst) inte är möjligt för köparen att tillgodogöra sig filmen utan säljarens inblandning. I biobesökssammanhanget skulle man kunna invända att biografens inblandning är ett nödvändigt måste för köparen att tillgodogöra sig den slutgiltiga produkten (filmen). Det är tveksamt huruvida denna invändning skulle ha någon bäring med anledning av att de allra flesta biobesökare troligen skulle anse att biosalongens avtalsprestation snarare torde utgöras av tillhandahållandet av biobesöket, ljudsystemet, läsk och popcorn, bekväma fåtöljer och en specifik bioupplevelse. Man skulle kunna hävda att tjänsteprestationen i det här fallet framkommer mycket tydligare än filmen i sig.

Vad gäller B2B-handel torde gränsdragningsproblematiken vara av mindre betydelse eftersom det inte finns några tvingande konsumentaspekter att beakta. Köplagen är ju dispositiv och vid B2B-handel utformas ändå de allra flesta avtalen efter individuella förhandlingar där även köparen får möjlighet att tillvarata sina intressen. Systemutvecklingsavtalen samt avtal om leverans av individuellt utvecklad programvara torde oftast levereras genom att säljaren installerar programmet på plats i köparens datorsystem. Dessa typer av avtal utgör egentligen inte längre förvärv av digitala produkter som levereras elektroniskt. Installationsmomentet av programvaran och utvecklandet av olika datorsystem torde utgöra tjänstemomentet i avtalsprestationen.

Gemenskapsrätten har på ett offentligt plan löst gränsdragningsproblematiken på ett tämligen okomplicerat sätt. Genom direktivet om ett gemensamt system för mervärdesskatt har EU fastslagit att digitala produkter som levereras elektroniskt ska anses utgöra tillhandahållande av tjänster och ska således beskattas därefter. Även inom

svensk skatterätt har digitala produkter ansetts utgöra ett tillhandahållande av en tjänst.

Kategorisering av digitala produkter som tjänster är problematisk för jurister som behandlar problematiken ur ett förmögenhetsrättsligt perspektiv eftersom det inom förmögenhetsrätten finns flera kategorier att hänföra en ekonomisk transaktion till än vara, kapital eller tjänst. Som exempel kan nämnas den i avgränsningen uppkomna frågan huruvida digitala produkter varken borde anses utgöra vara/tjänst, utan istället en licens (ett mellanting mellan vara och tjänst).<sup>138</sup>

Emellertid har EU på konsumenträttens område uppmärksammat gränsdragningsproblematiken och uttalat att det är ett högst angeläget problem som man inte alldeles lätt kan komma till rätta med. Kommissionen och Europaparlamentet har i sina utredningar föreslagit vissa åtgärder för att lösa problemet, däribland att tänja på bestämmelserna i konsumentköpsdirektivet till att omfatta köp av digitala produkter. Det är intressant att denna lösning har föreslagits trots att gemenskapsrätten på det offentlighetsrättsliga planet har klassificerat de digitala produkterna som tjänster.

Det är med anledning av ovan nämnda ambivalens osäkert att dra några slutsatser kring digitala produkters hänförlighet till den ena eller andra kategorin (ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv). En förklaring skulle kunna vara att EU har ansett att konsumentskyddsaspekten är så viktig och att avsaknaden av närmare regler härom måste lösas genom att med alla medel inrymma förvärv av digitala produkter under det nu gällande konsumentköpsdirektivet.

EU-kommissionärerna Reding och Kuneva uppmärksammade licensproblematiken och anförde att målsättningen är att även vid licensförfaranden (som förvärv av standardprogramvaror och köp av musikfiler) ska konsumenten åtnjuta samma skydd som för köp av vanliga varor. Reding och Kuneva synes förespråka en utvidgning av konsumentköpsdirektivet medan Europaparlamentet har påpekat att man, för att kunna komma tillrätta med problemet, troligen behöver revidera berörda regler för att kunna omfatta även licensavtal.<sup>139</sup> Båda dessa aspekter beaktades vid utformningen av det sedermera uppkomna direktivet 2011/83/EU; digitala produkter ska omfattas av samma regler som vid köp av "vanliga" fysiska varor utan att för den delen inrymmas under någon av de två redan etablerade klassificeringarna varor eller tjänst.

Det finns ostridigt en tydlig tendens inom EU att prioritera konsumenträtten, och speciellt förvärv av digitala produkter. Det påpekades redan 2006 av Kommissionen att "The lack of coverage of contracts for the supply of software and data is a particularly important problem."

---

<sup>138</sup> Läs mer härom under not 102 ovan i kapitel 5.

<sup>139</sup> Grönbok KOM(2006) 744 slutlig, s. 24.



Professor dr. juris Olav Torvund uttalade i en norsk utredning 2004 att trots att den direkta e-handeln inte utgjorde en allt för stor del av handeln skulle konsumenterna kunna skyddas vid dessa förvärv med några få ändringar i den befintliga förbrukarkjopsloven. Regeringen avfärdade förslaget med hänvisning till det icke-akuta lagstiftningsbehovet. Fem år senare när EU-kommissionärerna Reding och Kuneva presenterade sin "Digitala Agenda" uttalade sig professorn (inofficiellt)<sup>140</sup> att Norge hade, om hans förslag antagits, framstått som ett föregångsland.

Det av Torvund nämnda uttalandet är alltså aktuellt. Än idag verkar det inte finnas något europeiskt land som har lagstiftat på området. En möjlig förklaring kan vara den osäkerhet som medlemsstaterna känner inför att vara det första land i Europa som lagstiftar på området. En annan förklaring kan vara, som det norska Justitiedepartementet uttalade; att eftersom problemet i praktiken inte är så utbrett, att behovet helt enkelt inte finns. I vilket fall som helst har EU i och med det nya konsumenträttsdirektivet lyckats sätta ner foten *utan* att faktiskt sätta ner foten. För svenskt vidkommande är det osäkert hur mycket ledning man i en nära förestående svensk lagstiftningsinsats kan hitta i direktivets olika stadgor och bestämmelser om digitala produkter som varken vara, eller tjänst, utan som något helt tredje.

Det är min åsikt att Sverige mycket väl skulle kunna vara det första land som lagstiftar om digitala produkter. Således skulle vi kunna bli ett föregångsland inom EU på konsumenträttens område. Bengtsson föreslog i sin utredning<sup>141</sup> att köp av nätvaror torde omfattas av KKL och detta skulle kunna åstadkommas med endast smärre ändringar i KKL (i likhet med Torvund i norsk rätt). Han föreslår att såväl streamingtjänster som nätvaror torde omfattas av KKL eftersom dessa Internettjänster snarare liknar ett köp än en tjänst. Han menar att det saknas anledning att i detta sammanhang göra skillnad på nedladdning och streaming. Det uttalas: "Att den senare produkten är mera flyktig spelar ingen roll vid tillämpningen av [KKL:s] bestämmelser, när ändå man inte kan kräva att nätvaran återställs efter hävning."

Frågan är om inte utredningen har gjort det lätt för sig genom att föreslå att även streaming ska omfattas av konsumentköplagen. I doktrin har streaming snarare ansetts utgöra tjänster än varor. Att Internettjänster som streaming är en produkt som är mera flyktig spelar de facto roll vid exempelvis hävning. Digitala produkter som är mera "flyktiga" och som så att säga kan "konsumeras" (ex. streaming av filmer och musik, vissa sökfunktioner och vissa värderingar) kan självfallet inte återlämnas när de väl "tagits del av" av konsumenten. Men de digitala produkter som är närmare att hänföras till varor (åtminstone de flesta) torde kunna återlämnas. Ta t.ex. en video- eller musikfil, ett spel, ett ordbehandlingsprogram eller en e-bok. Dessa digitala produkter kan, under förutsättning att säljaren med hjälp av teknik kan förhindra filen från att kopieras, åtminstone raderas.

---

<sup>140</sup> <http://blogg.torvund.net/2009/05/07/forbrukerkj%C3%B8p-og-digitale-uttaler-hva-var-det-jeg-sa/>.

<sup>141</sup> Ds. 2009:13.

I KtjL<sup>142</sup> behöver konsumenten nämligen inte återlämna något vid hävning eftersom ett redan utfört arbete svårligen kan göras ogjort (se not 148). Vad gäller hävning av digitala produkter som påminner om tjänster kan man knappast förvänta att konsumenten raderar kunskapen från sitt minne. Det blir därutöver knappast aktuellt med ersättning för det material som ”inte kunnat återlämnas” eftersom hävning endast blir aktuell vid allvarligare fel. Det kan nämnas exemplet att ett aktivt antivirusprogram upprepade gånger inte upptäcker virus på en konsuments dator som resulterar i skadade filer och ominstallationer.

I KKL<sup>143</sup> och KöpL<sup>144</sup> däremot stadgas det vid hävning en skyldighet för konsumenten att återlämna det som mottagits. Denna bestämmelse kan få betydelse även vid digitala köp. Självfallet kan en digital produkt som påminner om en vara inte återlämnas, men konsumenten kan åläggas att radera filen *samt* betala skälig ersättning för den nytta han har haft av varan.

Några exempel på digitala produkter som påminner om varor som torde vara lämpliga för en raderingsförpliktelse vid hävning, är de program som används som redskap för problemlösning. Som t.ex. kan nämnas bokföringsprogram, ordbehandlingsprogram, avancerade kalkylprogram, eller datorspel eftersom dessa varor inte kan vara till någon nytta för köparen efter att de raderats. Vid hävning av dessa produkter kan lagstiftaren kombinera en lagstadgad skyldighet för köparen att radera filen med den befintliga skyldigheten för köparen att utge skälig ersättning för den nytta som köparen har haft av varan. Skälig ersättning i det här avseendet torde vara väldigt begränsat med anledning av att en köpare antingen kan häva på grund av fel som är av väsentlig betydelse eller på grund av ett dröjsmål som är av väsentlig betydelse för köparen.

Digitala produkter som påminner mest om tjänster kan som ovan konstaterats, inte återställas eller förbindas med en förpliktelse att raderas eftersom nyttan i form av en redan tillgodogjord tjänst (ex. en värdering) redan är förbrukad (i princip även för all framtid).

Bengtsson presumerar nämligen att nätvaror (således inte endast streaming) inte kan återlämnas och därmed kan konsumenten inte utnyttja sin ångerrätt, alternativt åläggas att återställa dem vid hävning enligt (konsument)köplagen. Jakobsen menar däremot att man tekniskt sett kan förhindra en köpare av en digital produkt från att kopiera den. Denna omständighet i kombination med (som det har föreslagits i norsk rätt) en straffrättslig samt civilrättslig bestämmelse som ålägger köparen att radera filen torde ha betydelse vid klassificeringen av digitala produkter.

Följaktligen kan det alltså vara möjligt att åläggas en skyldighet att återställa/radera digitala produkter som är närmast att klassificeras som

---

<sup>142</sup> 23+29§§.

<sup>143</sup> 43-44§§.

<sup>144</sup> 64-65§§.

varor medan det inte överhuvudtaget torde vara rimligt att införa en raderingsplikt för de digitala produkter som är närmare att betrakta som utförande av tjänster.<sup>145</sup> Av denna anledning torde det vara mest ändamålsenligt och rimligt att särskilja de digitala produkter som är närmast att hänföras till varor från de digitala produkter som är närmast att betraktas som utförande av tjänster.

Bengtsson anför dock en viktig aspekt: nämligen att något egentligt ”arbete” inte framträder. Och med anledning därav skulle det ligga närmast till hands att betrakta ”nätvarorna” som varor, och inte som tjänster. Detta synes vara en rätt central och relevant invändning. Självfallet har invändningen viss bäring vid exempelvis streaming av musik och filmer. Svårare blir det att hävda att inget moment av arbete egentligen föreligger vid exempelvis:

- tillhandahållande av diskutrymme online (denna ”tjänst” påminner onekligen om ett vanligt avtal om förvaring av lösa saker),
- onlinespel där allt spelande sker på leverantörens servrar samt tillhandahållande av kontinuerliga uppdateringar av mjukvaran,
- fjärrstyrd reparation och återställning av operativsystem, programvara eller dokument,
- antivirusprogram som fortlöpande söker igenom datorn för att hitta och isolera potentiellt skadliga filer och program. Antivirusprogrammets funktion är dessutom beroende av att skaparna kontinuerligt uppdaterar programvaran med nya metoder och parametrar för att identifiera hot.

Man får ha i åtanke att det är vanskligt att använda dessa gamla begrepp för att beskriva dessa nya produkter. Det går ju till och med att fråga sig om de digitala produkterna över huvudtaget kan klassificeras som varor (och därmed omfattas av konsumentköplagen) eftersom de inte utgör varor i den meningen att de inte har fysiska former eller egenskaper. Om syftet är att skydda konsumenterna från att hamna i ett rättslöst tillstånd torde det vara i sin ordning att se över dessa gamla konsumentlagar. Det är erforderligt eftersom varken begreppsterminologin eller de förarbeten som ligger till grund för bestämmelserna i dessa lagar ger någon ledning vid tolkning av de vedertagna juridiska begreppens (såsom ”leverans”, ”lös sak”, ”tiden för avlämnandet”, ”besittning”, mm.) tillämplighet på handel i den digitala miljön

Som 1999 års utredning anförde: ”genom att [KtjL] endast är tillämplig på arbete på lös sak tycks *tjänster* [min kursivering] med avseende på mjukvara, t.ex. installation och support av datorprogram falla utanför [KtjL]. [Sic!]” Av detta framgår att utredningen anser att tjänster med avseende på mjukvara, allt från installation till support av datorprogram

---

<sup>145</sup> På samma sätt kan en konsument inte förväntas behöva återställa någonting vid ett upphävt avtal om snöskottning eller gräsklippning; det går helt enkel inte. Dock kan det bli aktuellt enligt 23§ KtjL att konsumenten ersätter näringsidkaren (ett skäligt belopp) för vad som ej kan återställas/återlämnas.

(förvärv av en digital produkt) ska anses utgöra ett tillhandahållande av en tjänst i enlighet med KtjL. Det är ju inte så konstigt eftersom tjänsteaspekten ("arbetet") i den digitala miljön (i det här fallet) är tydlig.

Det är i min mening ogrundat och lite förhastat av Bengtsson i Ds. 2009:13 att klassificera samtliga digitala produkter som varor. En förklaring till detta ställningstagande skulle kunna vara – i likhet med mitt antagande ovan under diskussionen kring EU:s försök att tänja på konsumentköpsdirektivet till att bli tillämpligt på förvärv av digitala produkter, trots mervärdesskattelagens bestämmelser om digitala produkters hänförlighet till tjänster, hellre än varor – att utredningen ansett att behovet av lagstiftning på området varit så stor att det vore enklast, såväl lagtekniskt som tidsmässigt att klassificera *samtliga* digitala produkter som "varor".

Det kan vara lämpligt inför en framtida harmonisering av konsumenträttsdirektivet i svensk rätt att överväga en reformation av de gamla konsumentlagarna för att bättre korrespondera med de nya produkterna. Förslagsvis bör lagstiftaren överväga att införa termer som "digitala varor" och "digitala tjänster" för att avskilja de digitala produkter som kan återlämnas från dem som inte kan återlämnas. Det är som jag har påpekat ovan lämpligt att skilja på digitala produkter som tjänster *och* varor på samma sätt som det är lämpligt att särskilja ett utförande av en tjänst från ett köp av en fysisk vara. Behovet finns också av en revidering av begreppsterminologin som existerar i nuvarande konsumentlagstiftning till att vara anpassningsbar även till handel i den digitala miljön.

I likhet med Bengtssons utredning kan motsvarande argument återfinnas i Falcomålet. EUD uttalade att begreppet tjänst innebar att den som utförde tjänsten ska utföra en bestämd verksamhet mot ersättning. Om man ser på hur gemenskapsrättslagstiftaren har löst det verkar det ligga närmast till hands att betrakta digitala produkter inte som varor eller tjänster, utan som något helt tredje (som Lindsoug uttrycker sig). Jag tror inte att man ska förhastat sig och dra några slutsatser utifrån hur gemenskapsrätten ser på digitala produkter med tanke på det begränsade antal avtalstyper som ett avtal kan hänföra sig till.

Det har inom doktrin ansetts olämpligt och godtyckligt att köp av ett spel med tillhörande cd-skiva omfattas av de köprättsliga reglerna enär exakt samma spel levererad elektroniskt skulle omfattas av reglerna om tjänst. Denna uppfattning ter sig såväl rimlig som ändamålsenlig. Att klassificera förvärvet av en digital produkt som en tjänst/licens torde vara ett alldeles för begreppsjuridiskt synsätt med en alldeles orimlig juridisk konsekvens för konsumenter som inhandlar digitala produkter.

Även om man inom doktrin är överrens om att digitala produkter inte borde bedömas annorlunda utifrån det sätt på vilket de levereras, är det (som 1999 års utredning redan konstaterat) svårt att inrymma dessa under begreppet "lös sak". Följaktligen försvårar faktumet att konsumenttjänstlagen endast är tillämplig på arbete på lösa saker och fast egendom en tillämpning av denna

lag på förvärv av digitala produkter. Frågan återstår då vilken av lagarna som ligger närmast till hands att använda vid en analog tillämpning.

En ytterligare bekymmersam omständighet är den som bl.a. Renfors anför i Ds. 2007:29 och som norska regeringen anför i Ot.prp.nr 44 (2001-2002); nämligen att det är högst osäkert huruvida avtalsvillkor som strider mot tvingande bestämmelser i konsumentlagarna kan åsidosättas utifrån en analog tillämpning av lagarna. Syftet med att försöka inrymma avtal om förvärv av digitala produkter under konsumentskyddslagarna är ju att de indispositiva reglerna ska förhindra näringsidkarens möjligheter till bl.a. vittgående ansvarsfriskrivningar vid ex. dröjsmål, fel i vara/tjänst samt skadeståndsbegränsningar, men även avrådningskyldigheten i 6-7 §§ KtjL.

Skulle denna ståndpunkt anses ha bäring förefaller en analog tillämpning av konsumentskyddsreglerna överflödigt eftersom det vid köp av digitala produkter oftast medföljer en så kallad "end-user-license-agreement" eller något annat ensidigt upprättat standardavtal som oftast innehåller diverse ansvarsfriskrivningar och skadeståndsbegränsningar för näringsidkaren. Det enda skydd som då återstår för konsumenten blir jämkningsbestämmelsen i 36 § Avtalslagen.<sup>146</sup>

Av denna anledning är det högst angeläget att den svenska lagstiftaren initierar en lagstiftningsutredning för att komma till rätta med denna, som Kommissionen uttryckte sig; "consumer protection lacuna."<sup>147</sup> Ett lagstiftningsinitiativ på området torde framställa Sverige som en nation som är avantgarde inom konsumenträtten. Denna inställning torde även vara i överrensstämmelse med direktivet om konsumenträttigheter och den övergripande konsumentvänliga inställningen som gemenskapsrätten intagit.

---

<sup>146</sup> Som bl.a. tar hänsyn till Rådets direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentavtal, särskilt "listan" (bilagan) över oskäliga avtalsvillkor som hänvisas till i artikel 3.3.

<sup>147</sup> KOM(2006)744 final, Grönbok om översynen av konsumentregelverket (framlagd av Europeiska Kommissionen) s. 24. En lacuna kan även inom juridik benämnas "a non liquet" och betyder på latin ungefär "det är oklart"; termen beskriver en situation som inte är lagreglerad.

## 7 Avslutande kommentarer

Slutsatsen blir att de digitala produkter som köparen kan tillgodogöra sig själv, *utan* inblandning av säljaren, *efter* fullbordad hämtning av produkten och *utan* att behöva betala något annat än en engångssumma, torde anses utgöra ett köp av en digital vara. Dessutom torde viss ledning kunna hämtas från omständigheten huruvida en digital produkt på ett lämplig och rimligt sätt kan återställas.

På samma sätt är digitala produkter som innefattar antingen ett tydligt präglad arbete (av digital natur) *eller* där erläggning av betalning sker fortlöpande *eller* när köparen är beroende av säljaren för att fullt ut kunna nyttja produkten, närmast att betraktas som ett tillhandahållande av digitala tjänster. Därutöver kan som påpekats i ovanstående stycke, viss ledning hämtas från omständigheten huruvida en digital produkt på ett ändamålsenligt sätt kan återställas.

Jag gör inte anspråk på att på något sätt ha fastslagit samtliga digitala produkters hänförlighet till den ena eller andra kategorin utan syftet har endast varit att presentera de argument som talar för eller emot en viss riktning samtidigt som jag har gjort ett försök att redogöra för den metod (om man så vill) som jag tycker ska användas för att komma fram till huruvida en digital produkt ska klassificeras som en *vara* eller som en *tjänst*.

Jag vill avslutningsvis påpeka att arbetet endast besvarar det rådande rättsläget kring digitala produkters hänförlighet till kategoriseringen *vara*, respektive *tjänst*. I avgränsningskapitlet har jag påpekat att det finns ytterligare en avtalstyp som kan påverka den rättsliga bedömningen av digitala produkter; nämligen nyttjanderättsavtalen (licensavtalen). Att utreda denna fråga utgör en uppsats i sig.

# Bilaga A

RÅDETS DIREKTIV 2006/112/EG av den 28 november 2006 om ett gemensamt system för mervärdesskatt.

## Övriga tjänster

### Artikel 56

1. Platsen för följande tillhandahållanden av tjänster till köpare som är etablerade utanför gemenskapen eller till beskattningsbara personer som är etablerade i gemenskapen men inte i samma land som tillhandahållaren, skall vara den plats där köparen har etablerat sätet för sin ekonomiska verksamhet eller har ett fast etableringsställe för vilket tillhandahållandet av tjänster görs eller, i avsaknad av ett sådant säte eller fast etableringsställe, den plats där han är bosatt eller stadigvarande vistas:

- a) Överlåtelse och upplåtelse av upphovsrätter, patent, licenser, varumärken och liknande rättigheter.
  - b) Reklamtjänster.
  - c) Tjänster av rådgivare, ingenjörer, konsultbyråer, jurister, revisorer och andra liknande tjänster, liksom databehandling och tillhandahållande av information.
  - d) Åtaganden att helt eller delvis avstå från att utöva en yrkesverksamhet, eller en rättighet som avses i denna punkt.
  - e) Bank-, finansierings- och försäkringstransaktioner, däribland återförsäkring, med undantag för uthyrning av bankfack.
  - f) Tillhandahållande av personal.
  - g) Uthyrning av materiell lös egendom, med undantag för alla slags transportmedel.
  - h) Tillhandahållande av tillträde till distributionssystem för naturgas och el samt transport och överföring genom dessa system och tillhandahållande av andra direkt kopplade tjänster.
  - i) Telekommunikationstjänster.
  - j) Radio- och televisionssändningar.
  - k) Tjänster som tillhandahålls på elektronisk väg, bland annat de som avses i bilaga II.
  - l) Tillhandahållande av tjänster av förmedlare i annans namn och för annans räkning, när förmedlaren deltar i tillhandahållandet av sådana tjänster som avses i denna punkt.
2. Om en tjänsteleverantör och köparen kommunicerar via epost, skall detta inte i sig betyda att den tjänst som tillhandahålls är en elektronisk tjänst i den mening som avses i punkt 1 k.
3. Punkt 1 j och k samt punkt 2 skall tillämpas till och med den 31 december 2006.

## BILAGA II

### **VÄGLEDANDE FÖRTECKNING ÖVER TJÄNSTER SOM TILLHANDAHÅLLS PÅ ELEKTRONISK VÄG OCH SOM AVSES I ARTIKEL 56.1 K**

1. Tillhandahållande av webbplatser, webbhotell samt distansunderhåll av programvara och utrustning.
2. Tillhandahållande av programvara och uppdatering av denna.
3. Tillhandahållande av bilder, texter och upplysningar samt av databasåtkomst.
4. Tillhandahållande av musik, av filmer och av spel, inbegripet hasardspel och spel om pengar, samt tillhandahållande av politiska, kulturella, konstnärliga, idrottsliga, vetenskapliga eller underhållningsbetonade sändningar eller tilldragelser.
5. Tillhandahållande av distansundervisningstjänster.



# Bilaga B

RÅDETS GENOMFÖRANDEFÖRORDNING (EU) nr 282/2011  
av den 15 mars 2011 om fastställande av tillämpningsföreskrifter för  
direktiv 2006/112/EG om ett gemensamt system för mervärdesskatt.

## Artikel 7

1. Begreppet *tjänster som tillhandahålls på elektronisk väg* som anges i direktiv 2006/112/EG ska inbegripa tjänster som tillhandahålls via Internet eller ett elektroniskt nät och som till sin natur är sådana att tillhandahållandet huvudsakligen är automatiserat, kräver ett minimalt mått av mänsklig inblandning och inte kan utföras i avsaknad av informationsteknik.

2. Punkt 1 ska i synnerhet omfatta följande:

- a) Tillhandahållande av digitaliserade produkter i allmänhet, t.ex. programvara och ändringar och uppdateringar av programvara.
- b) Tjänster som tillhandahåller eller stöder en kommersiell eller personlig närvaro på ett elektroniskt nät, t.ex. en webbplats eller en webbsida.
- c) Tjänster som genereras automatiskt från en dator via Internet eller ett elektroniskt nät, när en mottagare matar in vissa specifika uppgifter.
- d) Tilldelning mot ersättning av rättigheter att utbjuda varor eller tjänster till försäljning på en webbplats på Internet, vilken fungerar som en marknadsplats online, där de potentiella köparna lägger bud via ett automatiserat förfarande och där parterna får meddelande om försäljningen genom automatiskt genererad e-post från en dator.
- e) Servicepaket för Internet (ISP) i vilka telekommunikationsdelen endast är en understödjande och underordnad del (dvs. paket som omfattar mer än bara Internetanslutning och innehåller andra inslag, såsom sidor med ett innehåll som tillhandahåller nyheter, meteorologisk information eller turistinformation, spelplatser, webbhotellverksamhet, tillträde till diskussioner online osv.).
- f) De tjänster som förtecknas i bilaga I.

3. I synnerhet följande ska inte omfattas av punkt 1:

- a) Radio- och televisionssändningar.
- b) Telekommunikationstjänster.
- c) Varor för vilka beställningen och orderhanteringen sker på elektronisk väg.
- d) Cd-rom, disketter och liknande fysiska medier.
- e) Trycksaker såsom böcker, nyhetsbrev, tidningar eller tidskrifter.
- f) Cd-skivor och ljudkassetter.
- g) Videokassetter och dvd-skivor.
- h) Spel på cd-rom.

- i) Tjänster av fackmän, t.ex. jurister och ekonomiska konsulter, som ger kunderna råd via e-post.
- j) Undervisning, när kursens innehåll förmedlas av en utbildare över Internet eller ett annat elektroniskt nät (dvs. via fjärrförbindelse).
- k) Fysisk reparation offline av datorutrustning.
- l) Datalagerhanteringstjänster offline.
- m) Reklam, t.ex. i tidningar, på affischer och i tv.
- n) Användarstöd per telefon.
- o) Undervisning som enbart tillhandahålls via korrespondens, t.ex. brevkurser.
- p) Konventionella auktioner som kräver direkt medverkan av människor, oavsett hur buden läggs.
- q) Telefoni med en videobildkomponent, även kallad bildtelefoni.
- r) Tillgång till Internet och World Wide Web.
- s) Telefoni som tillhandahålls via Internet.

## *BILAGA I*

### **Artikel 7 i denna förordning**

#### 1. Punkt 1 i bilaga II till direktiv 2006/112/EG

- a) Webbhotellverksamhet.
- b) Automatiserat distansunderhåll online av programvara.
- c) Fjärradministration av datasystem.
- d) Datalagerhantering online där vissa uppgifter lagras och hämtas på elektronisk väg.
- e) Tillhandahållande online av diskutrymme på begäran.

#### 2. Punkt 2 i bilaga II till direktiv 2006/112/EG

- a) Tillgång till eller nedladdning av programvara, t.ex. upphandlings-, bokförings- eller antivirusprogram, samt uppdateringar.
- b) Programvara som förhindrar att det visas reklam på skärmen, även kallad ”bannerblockerare”.
- c) Nedladdningsbara drivrutiner, såsom programvara som förbinder datorer med kringutrustning, t.ex. skrivare.
- d) Automatisk installation online av filter på webbplatser.
- e) Automatisk installation online av brandväggar.

#### 3. Punkt 3 i bilaga II till direktiv 2006/112/EG

- a) Tillgång till och nedladdning av ”skrivbordsteman”.
- b) Tillgång till och nedladdning av fotografier, illustrationer eller skärmläckare.
- c) Det digitaliserade innehållet i böcker och andra elektroniska publikationer.
- d) Prenumeration på nättidningar och nättidskrifter.

- e) Webbloggar och webbplatsstatistik.
- f) Nyheter, trafikinformation och väderrapporter online.
- g) Information online som genereras automatiskt av en programvara genom att köparen för in vissa uppgifter, t.ex. rättsliga och finansiella uppgifter, inbegripet uppgifter såsom kontinuerligt uppdaterade börsuppgifter.
- h) Tillhandahållande av annonsutrymme, t.ex. annonser på en webbplats eller webbsida.
- i) Användning av sökverktyg och Internetkataloger.

#### 4. Punkt 4 i bilaga II till direktiv 2006/112/EG

- a) Tillgång till eller nedladdning av musik till datorer och mobiltelefoner.
- b) Tillgång till eller nedladdning av jinglar, musikutdrag, ringsignaler eller andra ljud.
- c) Tillgång till eller nedladdning av filmer.
- d) Nedladdning av spel till datorer och mobiltelefoner.
- e) Tillgång till automatiserade nätbaserade spel som inte fungerar utan Internet eller liknande elektroniska nätverk och där deltagarna befinner sig på avstånd från varandra.

#### 5. Punkt 5 i bilaga II till direktiv 2006/112/EG

- a) Automatiserad undervisning på distans som inte fungerar utan Internet eller ett liknande elektroniskt nät och som tillhandahålls med begränsad, eller utan, mänsklig medverkan, inbegripet virtuella klassrum, utom när Internet eller ett liknande elektroniskt nät används endast som ett verktyg för kommunikation mellan läraren och eleven.
- b) Arbetsböcker som eleverna fyller i online och som rättas automatiskt, utan mänsklig medverkan.

# Bilaga C

Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU av den 25 oktober 2011 om konsumenträttigheter och om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG och om upphävande av rådets direktiv 85/577/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG.

## Premabeln:

(19) Med digitalt innehåll avses data som produceras och levereras i digital form, såsom datorprogram, applikationer, spel, musik, videor eller texter, oavsett om åtkomsten skett genom nedladdning, direktuppspelning, från ett fysiskt medium eller på vilket annat sätt som helst. Avtal om leverans av digitalt innehåll bör omfattas av detta direktiv. Om det digitala innehållet levereras på ett fysiskt medium, såsom cd eller dvd, bör det anses som en vara i den mening som avses i detta direktiv. Liksom avtal om leverans av vatten, gas eller el, i de fall försäljningen inte omfattar en begränsad volym eller fastställd kvantitet, eller avtal om leverans av fjärrvärme, bör avtal om **digitalt innehåll som inte levereras på ett fysiskt medium klassificeras varken som köpeavtal eller tjänsteavtal vid tillämpningen av detta direktiv [min fetstil]**. Avtal av detta slag bör innefatta en ångerrätt för konsumenten, om inte konsumenten samtyckt till att avtalet börjar fullgöras redan under ångerfristen och sålunda gått med på att ångerrätten går förlorad. Förutom de allmänna informationskraven bör näringsidkaren upplysa konsumenten om det digitala innehållets funktion samt om dess relevanta driftskompatibilitet. Med funktion bör här avses hur det digitala innehållet kan användas till exempel för att spåra konsumenternas beteende; begreppet bör också avse avsaknaden eller förekomsten av tekniska begränsningar, till exempel skydd i form av förvaltning av digitala rättigheter eller regionkodning. Med relevant driftskompatibilitet menas information om vilken standardmaskinvara och programvaruomgivning som det digitala innehållet är kompatibelt med, till exempel operativsystem, nödvändig version och vissa egenskaper hos maskinvaran. Kommissionen bör undersöka behovet av ytterligare harmoniserade bestämmelser i fråga om digitalt innehåll, och vid behov lägga fram ett lagstiftningsförslag för att ta itu med frågan

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

Bergstedt Sten, Viveca. *Felbegreppet vid leverans av programvara*. SvJT 1997 s. 222.

Bryde Andersen, Mads. *Edb og ansvar: studier i edb-erstatningsrettens beskrivelseproblematik*, Jurist- og økonomforbundets Forlag, København, 1989.

Bryde Andersen, Mads. *IT-retten*, 2 udgave, 1 oplag, Gads Forlag, København, 2005.

Bryde Andersen, Mads. *Praktisk aftaleret*, 1 uppl., Christian Ejbers Forlag, København, 1995.

Bryde Andersen, Mads. Torvund, Olav. TemaNord 1999:598, *Shopping på Internettet*, oplag 400, Nordiska Ministerrådet cop., København, 1999.

Bender, Hanne. Kvalifikation af edb-programrettigheder (i Nordiskt Immateriellt rättsskydd (NIR) 1/1999) s. 34.

Bender, Hanne, *EDB-rettigheder*, 1 udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1998.

Carlén-Wendels, Thomas. *Nätjuridik, Lag och rätt på Internet*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2000.

Edwards, Lilian. *The fall and Rise of Intermediary Liability Online*, i *Law and the Internet* (ed. Edwards, Lilian and Waelde, Charlotte), 3rd edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009.

Eriksson, Sven. Fahlgren, Martin. Lingefjärd, Thomas. *Datalogi*, 12 uppl., Setup data, cop. Onsala, 2000.

Foss, Morten. Bygrave, Lee A. *International Consumer Purchases through the Internet*, International Journal of Law and Information Technology, 2000 volume 8.

Frost, Kim. *Informationsydelsen*, 1 udgave, 1 oplag, Forlaget Thomson København, 2002.

Herre, Johnny, under medverkan av Ramberg, J, *Konsumentköplagen: En kommentar*, Norstedts Juridik AB, 3 uppl. Stockholm, 2009.

Ingemar, Jansson. *Den elektroniska marknadsplatsen – Avtals-, köp- och bevisrättsliga aspekter*, Institutet för rättsinformatik (IRI), Stockholm, 1997.

Jakobsen, Søren. *Køberetlige spørgsmål*, i *Internetretten* (red. Jan Trzaskowski), 1 udgave 1 oplag, Tuto Publishing, København 2008.

Larsson, Marie. *Konsumentskyddet över gränserna – särskilt inom EU: en studie i internationell privat- och processrätt*, Iustus, Uppsala, 2002.

Lehrberg, Elisabeth, under medverkan av Lehrberg, Bert. *Elektronisk fullgörelse*, uppl. 1, I.B.A. Förlag (Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB) Uppsala, 2008.

Lindberg Agne. Westman, Daniel. *Praktisk IT-rätt*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2001.

Lindskoug, Patrik. *Domsrätt och lagval vid elektronisk handel*, Lund, 2004.

Magnusson-Sjöberg, Cecilia. m.fl., *Rättsinformatik*, 1 uppl. Studentlitteratur, Lund, 2011.

Olsen, Lena. *Gratiserbjudanden & IT – Underlag till ett seminarium, en sammanfattning av synpunkter och slutsatser*, Det IT-rättsliga observatoriets rapport 43/2001, Stockholm.

Ramberg, Jan, under medverkan av Herre, Johnny. *Köplagen – En kommentar*, Norstedts Juridik AB, 1 uppl., Stockholm, 1995.

Schober, Richard. *Licenssystemet för fri programvara och öppen källkod – En juridisk undersökning av ett alternativt programutvecklingssystem*, Examensarbete vid Lunds universitet, 2007.

Seipel, Peter. *Juridik och IT - introduktion till rättsinformatiken*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2004.

Ulfbeck, Vibe, TemaNord 2000:612, *Implementering af direktivet om visse aspekter af forbruger køb og garantier i forbindelse hermed - set ud fra et nordisk forbrugerbeskyttelsesperspektiv*, Nordiska Ministerrådet cop., København, 2000.

Waltré, Jenni. Hedbäck, Julia. *Konsumentavtalsvillkor på Internet*, i *Ny Juridik* 1:11 s.21.

## **Offentligt tryck**

### Norska

Ot.prp.nr 44 (2001-2002) Om lov om forbrugerkjøb.

Ot.prp.nr 23 (2006-2007) Om lov om endringer i forbrugerkjøpsloven mv.

Dr. Juris Olav Torvund, *Forbrukerkjøpslovens anvendelse ved levering av digitale ytelser*, rapport 31.03.2004.

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rapporter\\_planer/rapporter/2004/forbrukerkjopslovens-anvendelse-ved-leve.html?id=278282](http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rapporter_planer/rapporter/2004/forbrukerkjopslovens-anvendelse-ved-leve.html?id=278282) (2/5-2012)

### Svenska

Rskr. 1997/98:190	Elektronisk handel.
SOU 1999:106	Konsumenterna och IT - en utredning om datorer, handel och marknadsföring.
Ds. 1999:45	Distansavtalslag.
Ds. 2007:29	Musik och film på internet – hot eller möjlighet?
Ds. 2009:13	Konsumenttjänster m.m.
Prop. 1984/85:110	Om Konsumenttjänstlag.
Prop. 1988/89:76	Om ny Köplag.
Prop. 1989/90:89	Om ny Konsumentköplag.
Prop. 1999/00:89	Lag om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal.
Prop. 2001/02:134	Ändringar i Konsumentköplagen.
Prop. 2001/02:150	Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.
Prop. 2004/05:13	Distans- och hemförsäljningslag, m.m.
Prop. 2004/05:175	Från IT-politik för samhället till politik för IT-samhället.

## **EU-rättsliga akter**

Rådets Direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal.

Rådets Direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal.

Europaparlamentets och Rådets Direktiv 99/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier.

Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel").

Rådets Direktiv 2006/112/EG av den 28 november 2006 om ett gemensamt system för mervärdesskatt.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU av den 25 oktober 2011 om konsumenträttigheter och om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG och om upphävande av rådets direktiv 85/577/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG.

Rådets genomförandeförordning (EU) nr 282/2011 av den 15 mars 2011 om fastställande av tillämpningsföreskrifter för direktiv 2006/112/EG om ett gemensamt system för mervärdesskatt.

KOM(2006)744 final, Grönbok om översynen av konsumentregelverket (framlagd av Europeiska kommissionen).

Europaparlamentets resolution av den 21 juni 2007 om konsumenternas förtroende för den digitala miljön. (2006/2048(INI)), P6\_TA(2007)0287.

Europaparlamentets resolution av den 6 september 2007 om grönboken om översynen av konsumentregelverket. (2007/2010(INI)), P6\_TA(2007)0383.

IP/09/72 Konsumenters rättigheter: Kommissionen vill att konsumenterna ska kunna surfa på nätet utan gränser.

## Övriga källor

Nationalencyklopedin, *Information*,  
[www.ne.se/sok?q=information](http://www.ne.se/sok?q=information). (2/5-12)

Datatermsgruppens ordlista, *Streaming*,  
<http://www.datatermgruppen.se/ordlista.html#a106>. (2/5-12)

Olle Findahl, *Svenskarna och Internet*,  
<https://www.iis.se/docs/SOI2011.pdf>. (2/5-12)

Skatteverket, *Moms vid elektronisk handel*,  
<http://www.skatteverket.se/foretagorganisationer/moms/sarskildamomsreglerforvissavarortjanster/elektroniskhandel.4.18e1b10334ebe8bc80002768.html>. (2/5-12)



# Rättsfallsförteckning

## **Europadomstolens praxis**

Mål C-533/07 av den 23 april 2009, *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch mot Gisela Weller-Lindhorst*.