



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marcus Svensson

Datorprogram i upphovsrätten

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Lotta Maunsbach

Termin: VT 13

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Disposition	4
1.4 Teori och metod	5
1.5 Avgränsning	7
1.6 Material	7
2 ALLMÄNT OM UPPHOVSRÄTT	8
3 UPPHOVSRÄTTSSKYDD FÖR DATORPROGRAM	10
3.1 Regleringen	10
3.2 Skyddsobjektet	11
3.2.1 Målet BSA	13
3.2.2 Målet SAS Institute	13
3.3 Originalitetskravet	16
3.3.1 Målet Infopaq	16
3.3.2 Målen BSA och SAS Institute	17
3.4 Särskilda inskränkningar	18
3.4.1 Tillåten exemplarframställning	19
3.4.2 Ändringar och rättelser	19

3.4.3	Observationsrätt	20
3.4.4	Dekompilering	20
3.4.5	Konsumtionsreglerna	21
4	ANALYS	23
4.1	Skyddsobjektet	23
4.2	Originalitetskravet och skyddsomfånget	25
5	SLUTSATS	27
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	28
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	30

Summary

A computer program may, in Sweden and all other member states of the EU, obtain copyright protection if the work is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. The possibility of obtaining protection is of particular importance since software development often involves significant costs. The Software Directive states that protection applies to the expression in any form of a computer program except for its underlying ideas and principles.

In the cases *Infopaq*, *Bezpečnostní softwarová asociace* and *SAS Institute*, the ECJ intended to define the term "computer program" and what level of originality that is required for copyright protection. Answering this, the ECJ was aiming to clarify what is considered to be a form of expression of a computer program and what is instead considered to be an underlying idea or principle of such a program.

A thorough examination of the regulation in the field of copyright protection for computer programs in Sweden and the EU, in particular as regards to the object of protection, the requirement for originality and the scope of protection is presented in this essay. By analyzing the relevant EU legislation and the reasoning of the ECJ in cases mentioned above, an assessment is done on what parts of a computer program that falls within the scope of protection. The requirement of originality and its impact on the scope of protection is also analyzed. To help in this analysis, the essay highlights a number of articles that comment on the mentioned cases. Finally, a discussion is presented on whether copyright protection, taking into account the outcome of these three cases, can be considered to satisfy the author's interest for protection of his work or not.

Sammanfattning

Ett datorprogram kan, i Sverige och alla andra EU-medlemsstater, erhålla upphovsrättsligt skydd om det är originellt i den bemärkelsen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Möjligheten att erhålla skydd är av särskild vikt med tanke på att utveckling av datorprogram ofta innebär stora kostnader. Av datorprogramdirektivet framgår att det tillgängliga skyddet ska gälla ett datorprogramms alla uttrycksformer med undantag för de idéer och principer som ligger bakom programmet.

I rättsfallen *Infopaq*, *Bezpečnostní softwarová asociace* och *SAS Institute* har EU-domstolen avsett att definiera gränserna för skyddsobjektet och nivån på originalitetskravet för att skapa större klarhet i vad som ska anses vara en uttrycksform för ett datorprogram och vad som ska anses vara en bakomliggande idé eller princip.

Uppsatsen utgör en grundlig redogörelse för regleringen inom området upphovsrättsligt skydd för datorprogram i Sverige och EU, särskilt vad beträffar skyddsobjektet, originalitetskravet och skyddsomfånget. Genom analys av berörda EU-rättsakter och EU-domstolens resonemang i ovan nämnda rättsfall bedöms vilka delar av ett datorprogram som faller inom ramen för skyddet. Vidare analyseras originalitetskravet och dess påverkan på skyddsomfånget. Som stöd i bedömningen lyfts ett antal artiklar som kommenterar rättsfallen fram. Avslutningsvis förs en diskussion om upphovsrättsskyddet, med beaktande av utgången i de belysta rättsfallen, kan anses tillfredsställande för upphovsmannen till ett datorprogram eller ej.

Förkortningar

Art.	Artikel
BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
BSA	Bezpečnostní softwarová asociace
ECJ	The European Court of Justice
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska Unionen
HD	Högsta Domstolen
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPS	Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, bilaga 1C till avtalet om upprättandet av Världshandelsorganisationen
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WIPO	Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Skyddet för datorprogram genom upphovsrätt har reglerats på EU-nivå sedan början av 90-talet. Skyddsformen var inte självklar från början och kan inte sägas vara det idag heller. För att främja teknisk utveckling och konkurrens bör det råda balans mellan upphovsmannens rättigheter och andra aktörers lagliga möjligheter att skapa konkurrerande produkter. Samtidigt innebär skyddet för datorprogram särskilda svårigheter eftersom befintliga program relativt lätt kan återskapas och den hårda konkurrensen leder till att många aktörer vill kunna erbjuda snarlika, billigare alternativ till de ursprungliga programmen.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda gränserna för det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram samt bedöma om skyddet kan anses tillfredsställande för upphovsmän i ljuset av EU-domstolens uttalanden i ett antal uppmärksammade rättsfall. Särskild tonvikt ligger på hur skyddsobjektet avgränsats i denna praxis samt hur olika typer av överväganden kan påverka skyddsomfånget och originalitetskravet för skyddsobjektet.

De frågor som besvaras för att uppfylla syftet är:

- i. Hur avgränsas skyddsobjektet för datorprogram i upphovsrätten?
- ii. Hur påverkar originalitetskravet och skyddsomfånget skyddet?
- iii. Kan nuvarande skydd anses tillfredsställande för upphovsmän?

1.3 Disposition

Först redovisas upphovsrättens allmänna drag. Kapitlet utgör basen för ämnet och skapar en god förståelse för sammanhanget. Nästa steg är att

beskriva det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram genom att redogöra för den nationella lagstiftningen, de direktiv och internationella samarbeten som idag utgör grunden till skyddet. Sedan behandlas skyddsobjektets avgränsning och originalitetskravet samt dess relation till skyddsomfånget. I där på följande del belyses de inskränkningar som särskilt berör datorprogram. Detta är av vikt för att få en helhetsbild av skyddet för datorprogram samt ytterligare förstå den problematik som skyddsobjektets avgränsning och skyddsomfånget kan medföra. Avslutningsvis analyseras det framlagda materialet och slutsatserna redovisas.

1.4 Teori och metod

Uppsatsen placerar upphovsmannen i centrum och fokuserar på att analysera gränserna för dennes upphovsrättsskydd. Det är dock ofrånkomligt att beakta motstående intressen och intressenter i en framställning som syftar till att vara rättvis och balanserad. Problematiken behandlas ur ett svenskt perspektiv men eftersom den svenska upphovsrätten om skydd för datorprogram bygger på direktiv från EU så kommer även det EU-rättsliga perspektivet att få betydande utrymme.

Gällande rätt utrönas i uppsatsen utifrån rättskällevärdet. Läran bygger på en rangordning av rättskällor. I de fall en rättskälla av lägre rang står i strid med en av högre rang får den förstnämnda ge vika.¹ Vilken hierarkisk ordning rättskällorna ska placeras i bestäms av hur jurister värderar dem. Eftersom jurister har olika uppfattning i frågan blir följden att någon absolut rangordning av källorna inte kan fastställas.² I framställningen belyses en rad EU-rättsliga direktiv. Medlemsstaterna är skyldiga att tolka den nationella rätten i ljuset av de bakomliggande direktivens ordalydelse och syfte, särskilt när den nationella regleringen tillkommit just för att genomföra ett direktiv, s.k. direktivkonform tolkning.³ Huruvida svenska förarbeten vid genomförande av direktiv har högre rang än EU-domstolens

¹ Dahlman, s. 23-24.

² Dahlman, s. 24.

³ 14/83 p. 26. Bernitz och Kjellgren, s. 93-96.

förhandsavgöranden råder det delade meningar om.⁴ I uppsatsen är dock utgångspunkten att avgöranden från EU-domstolen i en viss fråga väger tyngre i den svenska rättstillämpningen än eventuella svenska förarbetsuttalanden. Ett argument som talar för en sådan rangordning är att den svenska lagstiftaren använder EU-domstolens praxis som argument för en förändring i svensk rätt.⁵

Sverige tillämpar ett dualistiskt system vilket innebär att internationella avtal (konventioner), så som TRIPS⁶, endast blir en del av den svenska rättsordningen i den mån överenskommelsen införlivas i svensk rätt.⁷ De internationella avtal som Sverige tillträtt får ändå anses vara av betydelse för att bestämma gällande rätt i fall där svenska förarbeten inte ger svar, då Sverige genom undertecknandet får anses ha uttryckt en vilja att agera i enlighet med avtalet. Med hänsyn till ovan anförda resonemang värderas rättskällor enligt följande: (i) direktiv, (ii) nationell lag, (iii) EU-domstolens praxis, (iv) svenska förarbeten, (v) internationella avtal och (vi) doktrin.

Direktiv och nationell lag behandlas parallellt, då perspektivet i grunden är svenskt. Lösningen på de juridiska problemen sökes i rättskällor av högst rang först. I de fall svaret står att finna redan där, i all önskvärd tydlighet och entydighet, konsulteras inte rättskällor av lägre rang. I praktiken är det dock sällan så tydligt, vilket leder till att alla tillgängliga rättskällor ofta används i framställningen för att nå så nära lösningen som möjligt.

Förutom i den inledande deskriptiva delen är uppsatsen huvudsakligen regelorienterad. I analysdelen bedöms dock om skyddet med hänsyn till dess gränser kan anses tillfredsställande för upphovsmannen. Denna del är av naturliga skäl huvudsakligen problem- och intresseorienterad.⁸

⁴ Dahlman verkar vara av den uppfattningen. Dahlman, s. 22.

⁵ Se t.ex. prop. 2004/05:110 s. 188 om målet C-355/96.

⁶ Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, bilaga 1C till avtalet om upprättandet av Världshandelsorganisationen.

⁷ Bernitz och Kjellgren, s. 76-77.

⁸ Westberg, s. 424-427.

1.5 Avgränsning

Med hänsyn till syftet beskrivs endast översiktligt andra delar av upphovsrätten än de som berör datorprogram. Det är den ursprunglige upphovsmannens rätt som utgör uppsatsens fokus och därför lämnas även aspekter som berör möjligheten att avtalsmässigt överföra sin ekonomiska ensamrätt utanför. Den rätt som här är av intresse är den ekonomiska, vilket innebär att ingen fördjupning sker i den ideella rätten. Inte heller redogörs för sanktionssystemet vid ett eventuellt intrång i upphovsrätten – det är skyddets omfattning och avgränsning i sig som är det intressanta i den här framställningen. Skapande i anställningsförhållande är inte heller intressant för att uppfylla syftet med uppsatsen. Då ramarna för datorprogramms upphovsrättsliga skydd inte aktualiserats i HD lämnas svenska avgöranden utanför. Inte heller beaktas de ändringar i URL⁹ som ännu inte trätt i kraft och som dessutom inte är av direkt relevans med hänsyn till uppsatsens syfte och avgränsning.¹⁰

1.6 Material

Materialet som används i framställningen är EU-direktiv, svensk lagtext, förhandsavgöranden från EU-domstolen, lagförarbeten, konventionstexter, rättsvetenskapliga artiklar som analyserar redovisade förhandsavgöranden och det europeiska skyddet på området samt litteratur som beskriver det immaterial- och IT-rättsliga området. Dessutom används lagkommentarer till specifika bestämmelser i URL. Särskilt belyses målen *Infopaq*¹¹, *Bezpečnostní softwarová asociace*¹² och *SAS Institute*.¹³

⁹ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

¹⁰ Prop. 2012/13:141 föreslås träda i kraft den 1 november 2013 och medför förändringar i lagstiftningen vad gäller avtalslicenser och skyddstiden. Vidare föreslår regeringen i SOU 2011:32 omfattande redaktionella förändringar av kapitelindelning och paragrafnumrering.

¹¹ C-5/08.

¹² C-393/09.

¹³ C-406/10.

2 Allmänt om upphovsrätt

I 1 kap. 1 § URL stadgas att den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket. Ett verk blir upphovsrättsligt skyddat i och med skapandet, det krävs alltså ingen registrering.¹⁴ Skyddet innebär enligt 1 kap. 2 § URL en ensamrätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar, d.v.s. göra kopior, och göra verket tillgängligt för allmänheten genom överföring, offentligt framförande, offentlig visning eller försäljning av exemplar. Detta kan kallas den ekonomiska rätten.¹⁵

Upphovsmannen har även ideella rättigheter genom en rätt till namngivelse i samband med att exemplar framställs eller verket görs tillgängligt för allmänheten. Dessutom får inte ändringar i verket företas på ett för upphovsmannen kränkande sätt eller presenteras i ett kränkande sammanhang. Den ideella rätten återfinns i 1 kap. 3 § URL.

Samtidigt som upphovsrättslagen syftar till att främja konstnärers och författares arbetsförhållanden samt ideella intressen så finns det motstående samhälleliga intressen som motiverar en begränsning av ensamrätten i vissa avseenden. Det handlar om praktiska skäl som att ge allmänheten vissa möjligheter att förfoga över skyddade verk, men också skyddsintressen av mer principiell karaktär, såsom informationsfriheten.¹⁶

På det internationella området har upphovsrätten länge varit en given komponent. Redan 1886 kom Bernkonventionen¹⁷ till. Konventionen har tillträtts av 166 stater, däribland Sverige sedan 1904, USA sedan 1989, Kina sedan 1992 och Ryssland sedan 1995. För svensk del omfattar konventionen

¹⁴ Se t.ex. art. 5.2 i BK.

¹⁵ Levin, s. 136-137.

¹⁶ Levin, s. 192. Inskränkningarna behandlas nedan.

¹⁷ Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.

i princip alla stater vi har affärsmässiga förbindelser med.¹⁸ Innehållsmässigt består BK av minimibestämmelser som varje tillträdande stat måste uppfylla. Den innehåller också en princip om icke-diskriminering mellan staterna, d.v.s. att ge minst lika bra skydd för andra staters medborgare som för sina egna.

Sverige är, tillsammans med övriga EU-medlemsstater, part i TRIPS.¹⁹ Avtalet trädde i kraft 1 januari 1995 och kan sägas knyta samman de skyldigheter som parter till Bern- och Pariskonventionen²⁰ har, samt lägga till ett sanktionssystem.²¹ Förutom samtliga medlemsstater i EU har även EU som organisation tillträtt TRIPS.²² EU-domstolen anser sig ha behörighet att tolka avtalet och dess begrepp i den mån det anknyter till unionens behörighetsområde.²³

För harmonisering av delar av upphovsrätten inom EU antogs direktiv 2001/29/EG, även kallat infococ-direktivet. Direktivet lägger tonvikt på det behov av reglering som informationssamhället skapat.²⁴ Parlamentet och rådet noterade att lagstiftningsarbete redan hade inletts på området och ansåg att man borde föregå en spretig reglering bland medlemsstaterna samt främja den fria rörligheten inom unionen genom att harmonisera området på ett tidigt stadium.²⁵

¹⁸ Levin, s. 42-43. För att se vilka och hur många stater som är anslutna till BK: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 (2013-05-26).

¹⁹ Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, bilaga 1C till avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen.

²⁰ Pariskonventionen för industriellt rättsskydd.

²¹ Taubman, Wager och Watal, s. 11-12, 37-38.

²² Rådets beslut 94/800/EG, särskilt art. 1 första strecksatsen.

²³ C-53/96, särskilt p. 32-33.

²⁴ Art. 1.1 i direktiv 2001/29/EG. Direktivet infördes i svensk rätt genom prop. 2004/05:110.

²⁵ Skäl 6 i direktiv 2001/29/EG. Se även prop. 2004/05:110 s. 43-44.

3 Upphovsrättsskydd för datorprogram

3.1 Regleringen

Ursprungligen var upphovsrättslagen avsedd för bl.a. bildkonst, byggnadskonst och skönlitteratur.²⁶ Sedan 1989 omfattas också datorprogram av skyddet.²⁷ Att så är fallet framgår uttryckligen av 1 kap. 1 § 1 st. 2 p. URL.

Att datorprogram skulle åtnjuta just upphovsrättsligt skydd var omdiskuterat på internationell nivå redan under sent 1970-tal. Då den rådande uppfattningen tidigt var att datorprogram inte kunde vara industriellt användbara uppfinningar så ansågs patentskydd mindre lämpligt.²⁸ Organisationen WIPO²⁹ upprättade en modellag³⁰ som byggde på tanken att datorprogram skulle få en helt egen skyddsform, men detta genomfördes aldrig. Ett argument för just upphovsrättsskydd var att datorprogram är ett uttryck för upphovsmannens skapande insats.³¹

Den svenska regeringen ansåg att lagstiftning var nödvändig på området efter att internationella diskussioner förts och många EU-anslutna länder redan infört en reglering.³² När det första EU-direktivet³³ på området antogs 1991 stod det klart att svensk nationell rätt skiljde sig från den EU-rättsliga synen på skydd för datorprogram. Sverige var visserligen ännu inte medlem i unionen, men förhandlingar inför ett förverkligande av medlemskapet

²⁶ Prop. 1960:17 s. 41.

²⁷ Prop. 1988/89:85 som resulterade i SFS 1989:396.

²⁸ Lindberg och Westman, s. 224.

²⁹ Världsförbundet för den intellektuella äganderätten.

³⁰ Model provisions on the protection of computer software, 1978.

³¹ Lindberg och Westman, s. 224-225.

³² Prop. 1988/89:85 s. 8.

³³ Direktiv 91/250/EG.

pågick när propositionen författades och medlemsansökan hade lämnats in redan två år tidigare.³⁴ Sverige hade därför redan åtagit sig att förändra sin lagstiftning i enlighet med nya direktiv.³⁵

De svenska förändringarna tog sig uttryck i att man bl.a. ökade skyddets omfattning till att gälla även förberedande designarbete, förbjöd kopiering för enskilt bruk och skapade en EES-vid konsumtion.³⁶ EU-regleringen har konsoliderats genom direktiv 2009/24/EG (datorprogramdirektivet). I skälen till att stärka skyddet för datorprogram anges i direktivet att det innebär en avsevärd satsning av mänskliga, tekniska och ekonomiska resurser att utveckla ett datorprogram, samtidigt som det kan kopieras till nästan ingen kostnad alls.³⁷ Även det senare tillkomna infosoc-direktivet³⁸ har föranlett förändringar i den svenska lagstiftningen, exempelvis en utvidgning av exemplarframställningsbegreppet som omfattar bl.a. även tillfälliga kopior.³⁹ Direktivet gäller subsidiärt i förhållande till gemenskapsbestämmelser om skydd för datorprogram.⁴⁰ Det innebär att direktivet bara medfört förändringar vad gäller datorprogram i de delar som lämnades oreglerade i datorprogramdirektivet.⁴¹

3.2 Skyddsobjektet

Datorprogram definierades i förarbetena till det ursprungliga införandet av detta skyddsobjekt som

”en serie av instruktioner eller anvisningar, oberoende av den uttrycksform eller den anordning vari den är nedlagd, avsedd att förmå en dator att direkt eller indirekt ange eller utföra en speciell funktion eller uppgift eller uppnå ett speciellt resultat som erfordras för att en dator skall kunna arbeta.”⁴²

³⁴ <http://www.eu-upplysningen.se/Sverige-i-EU/Sa-blev-Sverige-med-i-EU/> (2013-05-26).

³⁵ Prop. 1992/93:48 s. 109. Bernitz och Kjellgren, s. 209-210.

³⁶ Prop. 1992/93:48 s. 110. Art. 1.1 och 2.3 i direktiv 91/250/EG. Konsumtionsreglerna behandlas nedan.

³⁷ Skäl 2 i direktiv 2009/24/EG.

³⁸ Se under 2.1.

³⁹ Prop. 2004/05:110 s. 51.

⁴⁰ Art. 1.2 a) i direktiv 2001/29/EG.

⁴¹ Se t.ex. prop. 2004/05:110 s. 295, 321.

⁴² SOU 1985:51 s. 87.

I de båda EU-direktiven som behandlat upphovsrättsligt skydd för datorprogram avses med samma term

”alla former av program, inbegripet sådana som är införlivade med hårdvara. Termen innefattar även förberedande designarbete som leder till utvecklingen av ett datorprogram, under förutsättning att det förberedande arbetet är av sådan art att det kan resultera i ett datorprogram i ett senare skede.”⁴³

Eftersom den senare är en del av gällande EU-direktiv så är det denna definition som nationell lag ska tolkas i enlighet med.⁴⁴ Stycket ger dock ingen uttrycklig, teknisk förklaring till vad ett program är. Detta låter sig, enligt senare svenska förarbeten, heller knappast göras gällande begreppets juridiska avgränsning utan hänvisar istället till den ovan nämnda definitionen från utredningen 1985.⁴⁵

När det gäller datorprogram brukar man skilja på källkod och objektкод. Källkoden är programmet i skriven form, denna kod går alltså att läsa av med blotta ögat. Objektкод utgör den maskinläsbara formen. Det är den senare koden som utgör det körbara programmet i datorns minne.⁴⁶ TRIPS ger att ”*computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)*”.⁴⁷ Skyddet kan alltså åberopas oavsett vilken form man sparar programmet i och hur koden kommer till uttryck.⁴⁸ Stadgandet klargör också att skyddet för programmet ska motsvara det som gäller för just litterära verk.⁴⁹

Skyddet avser hur upphovsmannens idé kommer till uttryck i ett datorprogram. Idén i sig, eller de principer programmet bygger på, skyddas inte av upphovsrätten.⁵⁰ I det avseendet erbjuder inte upphovsrätten optimalt

⁴³ Skäl 7 i direktiv 91/250/EG och skäl 7 i direktiv 2009/24/EG.

⁴⁴ Levin, s. 58.

⁴⁵ Prop. 1992/93:48 s. 112.

⁴⁶ Prop. 1992/93:48 s. 112.

⁴⁷ Art. 10.1 i TRIPS.

⁴⁸ Levin, s. 90-91.

⁴⁹ Taubman, Wager och Watal, s. 39-40. Notera dock att det finns särskilda inskränkningar gällande datorprogram i 2 kap. 26g-h §§ URL som behandlas under 3.5.

⁵⁰ Art. 1.2 i direktiv 2009/24/EG. Se även skäl 11 i direktivet.

skydd för den här typen av verk, eftersom det mest värdefulla när det gäller datorprogram ofta är just de bakomliggande idéerna.⁵¹

3.2.1 Målet BSA

EU-domstolen har gjort vissa klargöranden angående avgränsningen för skyddsobjektet i målet *Bezpečnostní softwarová asociace*.⁵² I målet ställdes frågan om ett datorprogramms grafiska användargränssnitt utgör en uttrycksform för programmet på så vis att det ska omfattas av upphovsrättsskyddet som följer av datorprogramdirektivet.⁵³ Med gränssnitt avses de delar av programmet som ser till att kommunikationen mellan mjukvara och hårdvara fungerar.⁵⁴ Med grafiskt användargränssnitt avses ”ett interaktivt gränssnitt som möjliggör kommunikation mellan datorprogrammet och användaren”.⁵⁵ Domstolen konstaterar att direktivet ska tolkas i ljuset av art. 10.1 i TRIPS och att det därför är program i form av käll- eller objektкод som skyddas. Eftersom ett mångfaldigande av själva grafiska användargränssnittet inte samtidigt medför ett mångfaldigande av programmet så omfattas inte gränssnittet av art. 1.2 i direktiv 91/250/EG (numera direktiv 2009/24/EG). Domstolen påpekar dock att ett sådant gränssnitt kan skyddas som verk genom infoc-direktivet, om det uppfyller kravet på originalitet.⁵⁶

3.2.2 Målet SAS Institute

Ett senare avgörande, *SAS Institute*⁵⁷, grundar sig i en tvist mellan ett bolag som utvecklar analytisk mjukvara – SAS Institute – och en annan programutvecklare, World Programming. SAS Institute har under 35 års tid utvecklat ett antal datorprogram som tillsammans utgör vad domstolen

⁵¹ Lindberg och Westman, s. 225.

⁵² C-393/09.

⁵³ Här gällde det tolkningen av art. 1.2 i direktiv 91/250/EG, som senare konsoliderats genom direktiv 2009/24/EG.

⁵⁴ Skäl 10 i direktiv 2009/24/EG.

⁵⁵ C-393/09 p. 40.

⁵⁶ C-393/09 p. 33-34, 38, 40-41, 51.

⁵⁷ C-406/10.

väljer att kalla SAS-systemet. Med hjälp av dessa kan användaren hantera och analysera data, samt utföra statistisk analys. Användaren kan också med hjälp av systemet anpassa programmets funktioner genom att skriva egna funktioner i SAS-systemets programspråk. Företaget World Programming har utvecklat ett system med syftet att likna SAS-systemet i så stor utsträckning som möjligt. På så vis kan användare utnyttja de funktioner de skrivit i SAS-systemets programspråk med samma resultat i det nya, konkurrerande systemet.

EU-domstolen har att tolka om ett datorprogramms funktioner, programspråk och filformat utgör uttrycksformer för programmet i den betydelse som avses i art. 1.2 i datorprogramdirektivet. Domstolen noterar skäl 14 i direktivet som ger att logik, algoritmer och programmeringsspråk inte är skyddade av direktivet. Direktivsskälet har i sin tur stöd i TRIPS som ger att *"[c]opyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such"*.⁵⁸ Domstolen tar också fasta på den princip man fastlägger i *Bezpečnostní softwarová asociace* om att skyddsobjektet ska begränsas till de uttrycksformer, tillsammans med förberedande designarbete, som kan resultera i att ett program mångfaldigas eller att ett sådant skapas i ett senare skede.⁵⁹ Mot bakgrund av detta kommer domstolen till slutsatsen att varken programfunktioner, programspråk eller filformat kan anses vara uttrycksformer för datorprogrammet så att de skyddas av datorprogramdirektivet. Möjligheten att skydda funktionen hade, enligt domstolen, varit detsamma som att skydda idéer. Att öppna upp för en sådan möjlighet ansågs vara till nackdel för den tekniska och industriella utvecklingen.⁶⁰ Samtidigt menar domstolen att såväl programspråk som filformat eventuellt kan skyddas som verk under infosoc-direktivet.⁶¹

⁵⁸ Art. 9.2 i TRIPS.

⁵⁹ C-406/10 p. 37 och C-393/09 p. 37.

⁶⁰ C-406/10 p. 39-41.

⁶¹ C-406/10 p. 45.

I artikeln *The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?* menar författarna att domstolen ger uttryck för motstridiga argument. EU-domstolen konstaterar att man inte kan skydda programspråk och filformat eftersom det inte är en uttrycksform utan snarare att likställa med en idé. Samtidigt yttrar domstolen att samma företeelser skulle kunna skyddas under andra delar av upphovsrätten i den mån de uppfyller originalitetskravet – detta trots att inte ens originella idéer ska kunna åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Författarna hänvisar till att en ordföljd på något språk, nytt eller känt sedan tidigare, kan skyddas av upphovsrätt. Däremot kan inte satsläran bakom ordföljden skyddas. Denna ska vara fri som en del av språkets helhet. På samma sätt bör den specifika käll- eller objekt-koden vara skyddad utan att de principer den bygger på omfattas, menar Gervais och Derclaye.⁶² Att skapa ett program efter ett tidigare programs principer och programspråk anses av artikelförfattarna närmast vara hänförligt till det uttryckliga syftet att skapa interoperabilitet.⁶³

I *Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behaviour, languages and interfaces?* argumenterar författarna för att de i titeln nämnda komponenterna inte borde skyddas av datorprogramdirektivet. Artikeln publicerades efter generaladvokatens yttrande men innan EU-domstolens avgörande. I artikeln används en intressant liknelse för att rättfärdiga ståndpunkten:

”suppose a talented chef devised a tasty new pudding that another chef wanted to emulate. If the second chef discovered how to make a pudding that tasted the same without accessing the first chef’s recipe, the second chef’s recipe would not infringe the first chef’s copyright.”⁶⁴

Skribenterna menar också att eftersom kunderna i många fall lagt ner stora investeringar i utvecklandet av sina egna programfunktioner så kan ett skydd för programspråket skapa tröghet på marknaden eftersom ett byte av analytisk mjukvara innebär att kundföretagen måste skriva om alla sina

⁶² Gervais och Derclaye, s. 569-570.

⁶³ Gervais och Derclaye, s. 572.

⁶⁴ Samuelson, Vinje och Cornish, s. 160.

modifierade programfunktioner till det programspråk som konkurrenten använder.⁶⁵ Vidare anser de att en inskränkning av skyddet får begränsad betydelse då möjligheterna att patentera datorprogram har växt i Europa.⁶⁶

3.3 Originalitetskravet

För att ett datorprogram ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd måste det uppfylla ett originalitetskrav. Det innebär att verket ska vara upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Vid bedömningen av originalitet får man inte ta hänsyn till programmets kvalitativa och estetiska egenskaper eller några andra ytterligare bedömningsgrunder.⁶⁷

3.3.1 Målet *Infopaq*

I målet *Infopaq*⁶⁸ utvecklas originalitetskravet. Även om det är infosoc-direktivet som är relevant i tvisten blir tolkningen relevant för datorprogramdirektivet då de vilar på samma principer.⁶⁹ EU-domstolen når, med stöd i skälen till det behandlade direktivet, slutsatsen att originalitetskravet ska vara så pass lågt ställt att ett elva ord långt stycke ur en tidningsartikel kan omfattas av upphovsrättsskydd.⁷⁰ Däremot är det enligt gällande kompetensfördelning de nationella domstolarna som ska avgöra om kriteriet är uppfyllt i det konkreta fallet.⁷¹ Genom att hänskjuta frågan om originalitetskravet till den nationella domstolen bidrar målet samtidigt till oklarhet. I artiklar framförs både åsikten att domstolen uttalar att kravet efter yttrandet får anses väldigt lågt ställt och åsikten att EU-domstolen egentligen inte alls uttalar sig om vilken nivå som gäller utan

⁶⁵ Samuelson, Vinje och Cornish, s. 162-163.

⁶⁶ Samuelson, Vinje och Cornish, s. 165-166. Möjligheterna att patentera datorprogram och gränserna för sådana patent ligger inte inom ramen för denna framställning men argumentet blir av intresse som rättfärdigande grund för upphovsrättsskyddets begränsningar.

⁶⁷ Art. 1.3 och skäl 8 i direktiv 2009/24/EG.

⁶⁸ C-5/08.

⁶⁹ C-5/08 p. 35-36, skäl 20 i direktiv 2001/29/EG.

⁷⁰ C-5/08 p. 44-48, skäl 9-11 i direktiv 2001/29/EG.

⁷¹ C-5/08 p. 51.

bara att elva ord i teorin kan omfattas, d.v.s. att verkets omfattning inte har någon betydelse.⁷²

Sammanbundet med originalitetskravet är skyddsomfånget. I *Infopaq* visar EU-domstolen en benägenhet att inkludera så mycket som möjligt under upphovsrätten. Enligt Levin bör man då samtidigt ge datorprogram ett snävt skyddsomfång i de fall då funktionerna till stor del är bestämmande för utformningen. Även konkurrensförhållanden kan ha betydelse för bedömning av skyddsomfånget – får den ursprunglige upphovsrättsmannen ett brett skydd inom ramen för en viss programtyp hämmar det effektiv konkurrens och skapar risk för monopol.⁷³ Resonemanget innebär att eftersom vissa programtyper huvudsakligen är funktionella till sin natur så kommer skyddet för ett sådant program att bli snävt, i brist på möjligheter till fria val i designen.⁷⁴

Med hänsyn till dessa omständigheter är det förklarligt att skyddsomfånget för bruksprogram, alltså t.ex. ordbehandlings- och bokföringsprogram, är begränsat. Där finns det särskilt beaktansvärda näringsidkariintressen för möjligheten att skapa liknande konkurrerande produkter, eftersom programtyperna används i princip överallt och dess funktioner betingar programmet att vara utformat på ett visst vis.⁷⁵

3.3.2 Målen BSA och SAS Institute

I *Bezpečnostní softwarová asociace* gör EU-domstolen klart att originalitetskravet aldrig kan vara uppfyllt när funktionen är helt bestämmande för utformningen. I de fallen flyter programutvecklarens uttryck och funktionen samman och programmet skyddas därför inte av upphovsrätten. I målet gäller frågan ett datorprogramms användargränssnitt som inte anses skyddat

⁷² Handig, s. 337 tar ställning för den förra medan Tøien, s. 415 och Axhamn, s. 353 tar ställning för den senare åsikten.

⁷³ Levin, s. 86-87.

⁷⁴ Handig, s. 338.

⁷⁵ Levin, s. 91-92.

av datorprogramdirektivet, men principen är tillämplig även inom direktivets tillämpningsområde.⁷⁶ Att skaparen lagt ner många arbetstimmar och att programkoden är av omfattande storlek är i sig inte heller argument för att originalitetskriteriet ska anses uppfyllt, i enlighet med skäl 8 i datorprogramdirektivet.⁷⁷ Att arbetsinsatsen inte har betydelse innebär att domstolen tar avstånd från den *sweat of the brow*-doktrin som existerat i t.ex. England och som innebär att mängden nedlagt arbete, inte måttet av originalitet, är avgörande vid bedömningen.⁷⁸ Den nämnda doktrinen anses allmänt ha ett lågt ställt krav, och det harmoniserade originalitetskravet kan vara en kompromiss mellan doktrinen från England och det högre kravet som generellt gäller i den kontinentaleuropeiska upphovsrätten.⁷⁹

Även i målet *SAS Institute*⁸⁰ hanterades frågan om originalitet. Där yttrar domstolen att det *"endast [är] genom valet, dispositionen och kombinationen av dessa ord, siffror eller matematiska begrepp som upphovsmannen kan ge uttryck för sin kreativitet på ett originellt sätt"*.⁸¹

3.4 Särskilda inskränkningar

Upphovsmannen till ett datorprogram har ett intresse av att tjäna pengar på sitt verk och dessutom få ett erkännande genom ensamrätten. Mot detta står samhällets intresse av att få del av skapelsen och kunna förfoga över den i vissa avseenden.⁸² Dessa inskränkningar har för svensk del samlats i 2 kap. URL. Av 2 kap. 11 § URL framgår att inskränkningarna vad beträffar datorprogram gäller de ekonomiska aspekterna av ensamrätten.

Datorprogram är visserligen förskonat från inskränkningarna angående kopiering för privat bruk i 2 kap. 12 § samt arkiv och biblioteks möjlighet

⁷⁶ C-393/09. Se mer om målet under 3.3.

⁷⁷ Lindberg och Westman, s. 234.

⁷⁸ Handig, s. 336.

⁷⁹ Axhamn, s. 347.

⁸⁰ Se 3.2.2.

⁸¹ C-406/10 p. 67.

⁸² Levin, s. 192.

att framställa exemplar för vissa syften i 16 §, men istället finns det inskränkningar som gäller särskilt för denna typ av verk i 26 g-h §§. Inskränkningarna tillkom för att anpassa svensk rätt till datorprogramdirektivet.⁸³

3.4.1 Tillåten exemplarframställning

2 kap. 26 g § 1-2 st. URL ger rätt för den som förvärvat ett datorprogram att göra bruks- och säkerhetskopior under förutsättning att en sådan exemplarframställning är nödvändig för programmets avsedda användning. En sådan inskränkning är omöjlig att undvara då själva körningen av programmet ofta innebär att en kopia skapas i datorns arbetsminne.⁸⁴ Tredje stycket i paragrafen medför ytterligare restriktioner på de lagligen framställda kopiorna genom att stadga att man inte får använda dem i något annat syfte än att använda programmet på avsett vis. Förvärvaren får inte heller använda det framställda exemplaret när man inte längre har rätt att använda det ursprungliga datorprogrammet p.g.a. att man exempelvis överlåtit det vidare. Rätten att framställa brukskopior kan avtalas bort, men rätten till säkerhetskopiering i andra stycket är tvingande. Detta följer av sjätte stycket. Till skillnad från 12 §, som förutsätter att det rör sig om privat bruk, är 26 g § tillämplig på såväl enskilda som rena näringsverksamheter.⁸⁵

3.4.2 Ändringar och rättelser

Om det är nödvändigt för den avsedda användningen får förvärvaren av datorprogrammet både genomföra ändringar och rättelser i detta enligt 26 g § 1 st. Hur långt rätten till ändringar sträcker sig är inte helt klarlagt, men sådana ändringar som leder till att programmet fungerar utan problem och som det var avsett vid förvärvet är tillåtna. Sannolikt är uppgraderingar av funktioner, alltså uppdateringar, inte tillåtna enligt paragrafen.⁸⁶ Även

⁸³ Prop. 1992/93:48 s. 129-130.

⁸⁴ Prop. 1988/89:85 s. 20.

⁸⁵ Levin, s. 203.

⁸⁶ Lindberg och Westman, s. 269-270.

denna rätt är dispositiv enligt 26 g § 6 st. och kan alltså regleras i överlåtelseavtalet.

3.4.3 Observationsrätt

26 g § 4 st. ger förvärvaren av ett program en tvingande rätt att iaktta, undersöka och prova programmets funktioner. Testerna ska dock utgå från sådana åtgärder som förvärvaren har rätt att utföra vid laddning, visning på skärm, körning, överföring eller lagring. Tanken är att man då ska kunna förstå vilka idéer och principer som ligger bakom programmet. Observationsrätten skyddar på så vis det som kan kallas för *reverse engineering*. I praktiken innebär denna rätt ingen inskränkning i ensamrätten eftersom användaren inte får några ytterligare rättigheter. Användaren inkräktar inte heller på upphovsrätten genom sina observationer under det tillåtna användandet. Istället är fjärde stycket – i kombination med sjätte stycket – avsett att inskränka möjligheten att avtala bort rätten till sådana observationer.⁸⁷ Detta stöds också av målet *SAS Institute*.⁸⁸

3.4.4 Dekompilering

Inom begreppet *reverse engineering* ryms inte bara observationsrätten utan också den begränsade rätten till dekompilering. Ett sådant förfarande innebär att man översätter objekt-koden tillbaka till källkod för att avläsa denna och förstå idéer och principer bakom programmet, som ju inte är upphovsrättsskyddade i sig. Att denna process skyddas genom en uttrycklig inskränkning i ensamrätten hänger samman med att processen innebär en exemplarframställning som annars hade varit otillåten.⁸⁹

En obegränsad rätt till dekompilering hade gjort upphovsrättsskyddet i det närmaste illusoriskt eftersom en konkurrent då hade kunnat översätta hela objekt-koden till källkod för att sedan skapa sitt eget program baserat på den

⁸⁷ Olsson, kommentar till 2 kap. 26 g § URL. Se även Lindberg och Westman, s. 270-271.

⁸⁸ C-406/10 p. 59, 62.

⁸⁹ Levin, s. 204-205.

ursprungliga källkoden med vissa omskrivningar.⁹⁰ Mot rättighetsinnehavarens intresse av ett starkt skydd står användarens intresse av att programmet ska fungera tillsammans med mjukvara eller hårdvara från andra leverantörer. En begränsning av möjligheterna att skapa sådan samverkan (s.k. interoperabilitet) hade inneburit konkurrenshinder och risk för långvariga monopol.⁹¹

Den svenska bestämmelsen i 2 kap. 26 h § URL införlivar art. 6 i datorprogramdirektivet. Paragrafen är indelad i tre stycken, där sista stycket slår fast att bestämmelsen är tvingande till förmån för användaren. Det första stycket stadgar att en person som har rätt att använda programmet också har rätt att dekompilera programmet i de delar det är nödvändigt för att uppnå interoperabilitet. Det enda tillåtna syftet är alltså att åstadkomma samverkan mellan komponenter. Vidare får inte dekompilering ske om den nödvändiga informationen finns lätt åtkomlig för användaren utan sådan åtgärd enligt 26 h § 1 st. 2 p.

I andra stycket stadgas ytterligare begränsningar i rätten. Informationen får inte användas i andra syften än att skapa interoperabilitet, överlämnas till någon annan utom i de fall där detta sker för att åstadkomma interoperabilitet, användas för att utveckla, tillverka eller marknadsföra ett likartat program eller användas för att på något annat sätt göra intrång i upphovsrätten. Avsikten med dessa begränsningar är att informationen inte ska användas på ett otillbörligt vis eller kunna användas med otillbörliga syften.⁹²

3.4.5 Konsumtionsreglerna

En viktig del av ensamrätten är upphovsmannens spridningsrätt i 1 kap. 2 § 3 st. 4 p. URL. Regeln innebär att upphovsmannen ensam har rätt att göra verket tillgängligt för allmänheten genom försäljning, uthyrning,

⁹⁰ Prop. 1992/93:48 s. 130.

⁹¹ Lindberg och Westman, s. 271-272. Se även Levin, s. 204-205.

⁹² Prop. 1992/93:48 s. 130.

utlåning eller på annat sätt. 2 kap. 19 URL stadgar att upphovsmannens spridningsrätt utsläcks i och med att en överlåtelse inom EES-området sker med upphovsmannens samtycke. Med andra ord har spridningsrätten konsumerats genom överlåtelsen. Innan de EU-rättsliga klargörandena till förmån för en konsumtion begränsad till EES-området förespråkade svensk rätt en princip om global konsumtion, vilket innebar att möjligheten att hindra vidareförsäljning av ett exemplar i Sverige förlorades i och med att upphovsmannen sålt de berörda exemplaren någonstans i världen.⁹³

I målet *UsedSoft*⁹⁴ aktualiseras frågan om konsumtionsprincipen omfattar även nedladdade exemplar av datorprogram. I samband med nedladdningen godkände kunden ett licensavtal. Av licensavtalet framgick att man förvärvade en *”i tiden obegränsad, ej överlåtbar och kostnadsfri icke-exklusiv nyttjanderätt till de varor och tjänster som Oracle utvecklar och tillhandahåller er på grundval av detta avtal”*.⁹⁵ Vissa kunder sålde trots det hela eller delar av sina licenser till UsedSoft, som bjöd ut dessa begagnade licenser till försäljning. EU-domstolen slår fast att försäljning även får anses ha skett när man ingår denna typ av licensavtal för att kunna ladda ner och använda en digital kopia. I annat fall hade det varit lätt att kringgå konsumtionsreglerna. Följaktligen träffades även icke-fysiska kopior av konsumtionsregeln.⁹⁶

Konsumtionen gäller inte alla delar av spridningsrätten. Vad angår datorprogram innebär inte konsumtionsregeln att köparen av ett exemplar får en rätt att hyra ut eller låna ut programmet till allmänheten om inte upphovsmannen lämnar sitt samtycke. Detta följer av 19 § 2 st. 1-2 p.

⁹³ Prop. 2004/05:110 s. 185-188. I målet C-355/96 (*Silhouette*) förespråkade EU-domstolen en regional konsumtionsprincip vid tolkning av direktiv 89/104/EEG om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar, men får betydelse för hela immaterialrätten inom EU.

⁹⁴ C-128/11.

⁹⁵ C-128/11 p. 23.

⁹⁶ C-128/11 p. 53-59, 61.

4 Analys

4.1 Skyddsobjektet

Ända sedan datorprogram först erhöill skydd enligt upphovsrätten har lagstiftaren försökt formulera en mer precis definition av vad som ska anses falla inom begreppet. Den definition som SOU 1985:51 erbjuder får anses fungera som en allmänt hållen beskrivning av vad ett datorprogram är. Även definitionen som lämnas i datorprogramdirektivet är av bred karaktär och ger intrycket av att alla instruktioner som programutvecklaren matar in skyddas av upphovsrätt. Ovan redovisad praxis visar dock en helt annan avgränsning.

Problemen verkar särskilt uppstå utifrån regeln att idéer och principer inte omfattas av skyddet utan endast hur idén kommer till uttryck. Regeln är grundläggande för hela upphovsrätten och får anses mer lämplig för t.ex. romaner eller bildkonst, där en idé om en berättelse eller tanken att måla ett visst motiv vanligtvis inte föranleds av några kostsamma processer. När det gäller datorprogram kan kostnaderna för den utveckling som leder fram till en lösning på ett praktiskt problem vara enorma. Dessutom har det framhållits av bl.a. Levin att det verkliga värdet ofta ligger just i de bakomliggande idéerna.

Som framgår av målet *BSA* så anses inte grafiska användargränssnitt vara en uttrycksform för programmet. Som stöd för sitt resonemang anför domstolen att ett mångfaldigande av gränssnittet inte medför ett mångfaldigande av programmet. Ändå bygger gränssnittet i sig på överväganden och idéer från programutvecklaren. Det är ju användargränssnittet som användaren interagerar med och programmets popularitet är sannolikt till stor del beroende av hur smart, enkelt och pedagogiskt användargränssnittet är utformat. Domstolen uttalar avslutningsvis att skydd

istället får sökas enligt infoc-direktivet, alltså inom ramen för upphovsrätt men utanför det särskilda skyddet för datorprogram. Hade upphovsrättskyddet byggt på samma bestämmelser för alla olika typer av verk så hade resonemanget inte inneburit några problem. Med rådande ordning bör yttrandet dock innebära att en konkurrent inte kan stödja sig på de inskränkningar som gäller särskilt för datorprogram och som redovisats i 3.4. Ensamrätten avgränsas således olika beroende på vilken del av datorprogrammet en konkurrent har valt att studera. Detta måste anses vara till förfång dels för åsyftat underlättande av konkurrensen, dels för förutsebarheten.

Målet *SAS Institute* är talande för problematiken. Efter 35 års utvecklande av avancerade principer och matematiska formler visar det sig att upphovsrättskyddet är i stort sett obefintligt. Domstolens ståndpunkt att programspråket och filformatet som företaget utvecklat särskilt för sitt program skulle hållas allmänt tillgängligt bygger på argumentet att ett skydd av detta i förlängningen skulle vara ett skydd för idéer. Resonemanget stämmer väl överens med upphovsrättens grundläggande principer om att skydd erbjuds för skaparens specifika uttryck av en idé. Däremot fallerar resonemanget när man påstår att komponenterna ändå skulle kunna skyddas enligt infoc-direktivet om de anses originella. Även här gäller ju upphovsrättens grundläggande principer. Programspråket och filformatet borde alltså, vid fullföljande av domstolens resonemang, inte kunna erhålla upphovsrättskydd alls. Problematiken uppmärksammas av Gervais och Derclaye. Deras resonemang om att programspråket skulle vara att likställa med ett talspråk och därför inte ska skyddas av upphovsrätt i större utsträckning än de specifika ordföljder i programspråket som även hade kunnat få skydd som talspråk är däremot att gå för långt. Skillnaderna mellan föremålen i jämförelsen är väsentliga – ett talspråk innebär inte tekniska instruktioner för en maskin, utvecklandet av ett talspråk är visserligen avancerat men bygger inte på incitamentet vinstintresse. Vidare ligger skaparens intresse gällande talspråk huvudsakligen i att det ska få spridning medan det gällande programspråk snarare består i en förhoppning

om spridning av den produkt som språket genererar. Ett argument som lyfts fram av Samuelson m.fl. är att eftersom kundföretagen lagt ner så stora resurser i utvecklandet av modifierade programfunktioner så skulle skilda programspråk inom samma programsegment skapa en tröghet på marknaden. Resonemanget synes rimligt men beaktar inte den andra sidan av myntet, d.v.s. att det blir svårt att skapa incitament för att lägga resurser på utveckling av ett avancerat programspråk om det inte samtidigt kan erhålla någon form av skydd.

Kanske är liknelsen som Samuelson m.fl. hänvisar till med kocken som skapar en ny god pudding talande för hur resonemanget ofta ser ut rörande vilka delar av ett datorprogram som ska skyddas och inte. Man försöker skapa enhetliga principer för väsentligt skilda verkstyper med väsentligt skilda förutsättningar. Tillräcklig hänsyn tas inte till de kostnader som programutveckling innebär och de krav på avkastning som sådana investeringar ställer. På temat långdragna paralleller hade det därför varit mer rättvisande att göra en sådan till läkemedelsutveckling än till skapandet av en pudding.

4.2 Originalitetskravet och skyddsomfånget

Originalitetskravet bygger på att verket ska vara upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Arbetsinsats och nedlagda kostnader har som visats inte något med bedömningen att göra. *Infopaq* kan inte anses lämna någon större klarhet i frågan hur originalitet ska avgränsas, mer än att det inte är beroende av verkets omfattning. Av EU-domstolens resonemang kan dock skönjas en vilja att innesluta det mesta under det upphovsrättsliga skyddet. Domstolen upprepar att det ankommer på nationella domstolar att avgöra vad som ska nå upp till kravet. Någon egentlig harmonisering utöver begreppsbildningen kan därför inte anses ha skett.

Som framhållits sammanhänger skyddsomfånget med originalitetskravet. Basala verk får ett smalt skyddsomfång då skaparens personliga uttryck är begränsat. Levin menar att datorprogram bör ges ett smalt skyddsomfång i de fall där funktionerna är huvudsakligen bestämmande. Även om resonemanget sammanhänger med upphovsrättens grundprinciper blir resultatet mindre lämpligt eftersom det är bakom funktionerna i ett sådant program som den väsentliga tankeverksamheten och kreativiteten ligger. Faktumet att mindre förändringar i källkoden innebär att en konkurrent till små kostnader faller utanför skyddsomfånget blir orimligt i förhållande till den ursprungliga utvecklarens kostnader. Visserligen är det svårt att föreställa sig så vitt skilda utformningar på t.ex. ordbehandlingsprogram. Samtidigt bör utvecklare av denna typ av program erbjudas skydd för sina kreativa och populära funktioner som ett incitament för att göra datoranvändning ännu bättre.

I målet *BSA* pekar domstolen ut problemen med att kombinera datorprogram och grundläggande upphovsrättsliga principer. Ett program vars utformning helt bestäms av sin funktion kan inte erhålla skydd. I praktiken innebär det rimligen att program som enbart utgör lösningar på de allra svåraste tekniska problemen inte kan erhålla skydd oavsett hur mycket tankeverksamhet samt logisk och matematisk kreativitet som ligger bakom – finns det bara en känd lösning kan ju domstolen vid en intrångsprövning inte göra en annan bedömning än att programmet är helt bestämt av sin funktion.

Även i *SAS Institute* poängterar domstolen att det ska röra sig om ett val av sammansättning av en kombination av ord, siffror eller matematiska formler för att originalitetskravet kan anses uppfyllt. Ett val kräver valmöjligheter och en pionjär på området har, enligt resonemanget ovan, genom sin tankeverksamhet skapat den första kända lösningen på ett problem. I ett så tidigt skede finns inga alternativ för att lösa motsvarande problematik. Ändå är steget kanske det mest revolutionerande och skyddsvärda på området.

5 Slutsats

Genom EU-domstolens förhandsavgöranden i *Infopaq*, *BSA* och *SAS Institute* har skyddsobjektet datorprogram avgränsats snävt och kommit att utesluta användargränssnitt, programspråk och filformat. Samtidigt uttalar domstolen att komponenterna kan erhålla upphovsrättsligt skydd utan att vara en del av datorprogramsdefinitionen om komponenten uppfyller originalitetskravet. Resonemanget är inkonsekvent gällande programspråk och filformat eftersom domstolen yttrar att ett skydd för dessa komponenter i förlängningen skulle innebära ett skydd för idéer – som inte i sig skyddas i någon del av upphovsrätten. Framtida yttranden från EU-domstolen får därför utvisa möjligheten att alls erhålla skydd för sådana komponenter.

Originalitetskravet kan i sig ännu inte sägas ha nått harmonisering inom unionen, då EU-domstolen överlåter den konkreta bedömningen till de nationella domstolarna. Däremot framgår en vilja att ställa kravet lågt av domstolens yttranden i de redovisade målen. Domstolens och doktrinens resonemang leder till att program som huvudsakligen är bestämda av sin funktion åtnjuter ett oförtjänt smalt skydd med hänsyn till den tankeverksamhet och de resurser som lagts bakom just funktionerna. Originalitetskravet kan inte uppfyllas när utformningen bestäms helt av funktionen, vilket innebär problem för skyddet av ett program som enbart löser ett avancerat tekniskt problem, då den första kända lösningen samtidigt blir den enda kända utformningen.

Upphovsrättsligt skydd i dess nuvarande utformning och avgränsning kan inte anses lämpligt för datorprogram. För denna verkstyp ligger det verkliga värdet i funktionen och stora kostnader ligger bakom dess utveckling. Den smala avgränsningen av datorprogramsbegreppet innebär att väsentliga delar av programmet faller utanför specialbestämmelserna som gäller för verkstypen. Andra värdefulla delar, exempelvis ett avancerat programspråk, erhåller sannolikt inte något skydd alls.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1960:17 med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.

Prop. 1988/89:85 om upphovsrätt och datorer.

Prop. 1992/93:48 om ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet, m.m.

Prop. 2004/05:110 om upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

Prop. 2012/13:141 om förbättrade möjligheter till licensiering av upphovsrätt.

SOU 1985:51. Upphovsrätt och datorteknik.

SOU 2011:32. En ny upphovsrättslag.

Litteratur

Bernitz, U., Kjellgren, A.: *Europarättens grunder*, fjärde uppl., Nordsteds Juridik, 2010.

Dahlman, C.: *Rätt och rättfärdigande*, andra uppl., Studentlitteratur, 2010.

Levin, M.: *Lärobok i immaterialrätt*, tionde uppl., Nordsteds Juridik, 2011.

Lindberg, A., Westman, D.: *Praktisk IT-rätt*, tredje uppl., Nordsteds Juridik, 2001.

Taubman, A., Wager, H., Watal, J.: *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement*, första uppl., Cambridge University Press, 2012.

Artiklar

Axhamn, J.: *EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande*, NIR, 2010/4.

Eidsvold Tøien, I.: *Originalitetskriteriet i EU-retten – ny kurs?*, NIR, 2012/4.

Gervais, D., Derclaye, E.: *The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?*, European Intellectual Property Review, 2012, 34(8).

Handig, C.: *The "sweat of the brow" is not enough! – more than a blueprint of the European copyright term "work"*, European Intellectual Property Review, 2013, 35(6).

Samuelson, P., Vinje, T., Cornish, W.: *Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behaviour, languages and interfaces?*, European Intellectual Property Review, 2012, 34(3).

Internetkällor

Olsson, H.: *Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar* (15 aug. 2012, Zeteo), <http://www.nj.se/zeteo>, besökt 2013-05-26.

Westberg, P.: *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, [http://www.jur.lu.se/Quickplace/lagf03/Main.nsf/0/0B97E65D0333B1A7C1257B4300224AB6/\\$file/Peter Westbergs artikel.pdf](http://www.jur.lu.se/Quickplace/lagf03/Main.nsf/0/0B97E65D0333B1A7C1257B4300224AB6/$file/Peter%20Westbergs%20artikel.pdf), besökt 2013-05-26.

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15, besökt 2013-05-26.

<http://www.eu-upplysningen.se/Sverige-i-EU/Sa-blev-Sverige-med-i-EU/>, besökt 2013-05-26.

Rättsfallsförteckning

- 14/83 Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein Westfalen.
- C-53/96 Hermès International (kommanditaktiebolag) mot FHT Marketing Choice BV.
- C-355/96 Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH.
- C-5/08 Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening.
- C-393/09 Bezpečnostní softwarová asociace — Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury.
- C-406/10 SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd.
- C-128/11 UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.