



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Linda Källström

Fel i rättighet till datorprogram
- en utredning av upphovsmannens ansvar för
immaterialrättsligt fel vid överlåtelse av en
upphovsrätt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Wennersten

Termin för examen: VT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Problembakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Metod och material	9
1.4 Avgränsning	11
1.5 Disposition	11
1.6 Terminologi	12
2 HANDELN MED IMMATERIELLA RÄTTIGHETER	14
2.1 Den svenska köprättens utveckling	14
2.1.1 Historik	14
2.1.2 Blandade avtal	14
2.2 Immaterialrättsliga fel	16
2.2.1 Definition av immaterialrättsligt fel	16
2.2.2 Immaterialrättsliga fel enligt CISG	17
2.3 Allmänna avtalsrättsliga principer	19
2.3.1 Betydelsen av allmänna avtalsrättsliga principer	19
2.3.2 Lojalitetsplikten	20
2.4 Överlåtelse av upphovsrätt	21
2.4.1 Avtalsfrihet för immaterialrättsliga överlåtelser	21
2.4.2 Datorprogram som skyddsobjekt	23
2.5 Standardavtalens betydelse	26
2.6 Köplagens tillämplighet på immateriella rättigheter	28
2.6.1 Köplagens tillämplighet på immaterialrättsliga överlåtelseavtal	28
2.6.2 Hanteringen av immaterialrättsliga fel i svensk rätt	29
2.6.3 Utblick till Norges köplag	32
3 PÅFÖLJDER VID KONTRAKTSBROTT GENOM FEL	33

3.1	Avtal om produktutveckling	33
3.2	Påföljder	34
3.2.1	Avhjälpan	35
3.2.2	Omleverans	35
3.2.3	Prisavdrag	37
3.2.4	Hävning	37
3.2.5	Skadestånd	38
4	BEGRÄNSNING AV ERSÄTTNINGSSKYLDIGHET	40
4.1	Avtalsvillkors skälighet	40
4.1.1	Generalklausulen (36 § AvtL)	40
4.1.2	Friskrivningsklausuler	41
4.1.3	Garantier av uppdragstagaren	42
4.2	Avtalsvillkor mellan näringsidkare	43
5	ANALYS OCH SLUTSATSER	45
5.1	Dispositiv rätt för immaterialrättsliga fel	45
5.2	Lämpliga påföljdsalternativ	48
5.3	Jämkning av säljarens ersättningsskyldighet	49
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	57

Summary

When buying and selling goods (tangible assets), there is an established set of rules that regulates situations of non-conformity of the goods in both Sweden and in international conventions. Regarding the commerce of intellectual property, the case is different. There is no law in Sweden defining non-conformity in an intellectual property. Neither is there any law regulating the seller's responsibility for such non-conformity. The parties of a contract for transferring intellectual property are free to make any agreement they see fit. If the parties of the contract have not expressed how to solve a situation of non-conformity in the intellectual property, there could be a substantial risk.

The purpose of this thesis is to investigate what responsibility the seller of a copyright has, in case of non-conformity in the copyright, when no agreement has been made. The purpose is also to analyze whether the Swedish Sale of Goods Act (KöpL) is applicable to non-conformity in a copyright. I have created a fictitious scenario that is used as a base for the investigation of this thesis. The scenario consists of an engineer who develops specially designed computer programs. The engineer sells the computer program, including its copyright, to the buying company. However, it turns out that there is non-conformity in the copyright. The non-conformity appears when a third party contacts the buyer, and accuses the buyer of infringement on the third party's copyright.

The investigation reveals that there is no law that clearly regulates the matter of non-conformity in copyrights. There is not any case law clarifying the situation either. The debate has been going on for decades and a couple of authors have made some arguments on the subject. Hultmark believes that KöpL can be applied to non-conformity in intellectual property due to the wide range of contracts that KöpL is applicable to. Kihlman believes that KöpL cannot be applied to non-conformity in intellectual property. His opinion is that special rules must be created in order to determine which party of the contract that should be responsible for the non-conformity. Runesson does not believe that KöpL is applicable to non-conformity in intellectual property. He thinks that using the Swedish principles of sales law should be used to solve the problem.

This thesis investigates the possibility of applying KöpL to the scenario and of using the sanctions in this law to lessen the damages. My conclusion of this investigation is that it is very unclear in Swedish law how to handle non-conformity in copyrights. Since KöpL is technically applicable to the

sale of copyrights, I believe that the sanctions in this law can be applied if they are suitable for the situation at hand. I think it is better for the legal rights of the individual to apply KöpL instead of using the general principles in Swedish law. The possibilities of lessening the damages with the sanctions in KöpL are slim. In my opinion, a fast redelivery of a valid copyright would be the only possibility to lessen the damages in the scenario created for this thesis. It is my opinion that the sanctions cannot be used to avoid liability to pay damages entirely.

I also investigate if there is a limit where the damages become excessive to the point where they can be adjusted. My conclusion is that excessive damages can be adjusted according to 36 § of the Swedish Contracts Act (AvtL).

Sammanfattning

När man handlar med varor finns det såväl i Sverige som på ett internationellt plan ett tydligt regelverk för att hantera situationer när varan är behäftad med ett fel. Annorlunda är fallet vad gäller handel med immateriella rättigheter. Det finns inte någon lag i Sverige som definierar vad ett immaterialrättsligt fel är. Det finns inte heller någon lag som anger hur säljarens kontraktsbrott på grund av ett immaterialrättsligt fel i en överlåtelse ska lösas. Det råder i svensk rätt avtalsfrihet på området för immaterialrättsliga överlåtelseavtal. Om någon reglering av ansvaret för immaterialrättsliga fel inte står att finna i avtalet innebär det en stor risk.

Syftet med denna uppsats är att utreda vilket ansvar som säljaren av en upphovsrätt har avseende ett immaterialrättsligt fel enligt dispositiv rätt. Syftet är även att analysera huruvida köplagens påföljder kan tillämpas vid ett immaterialrättsligt fel. Jag har konstruerat ett fiktivt typexempel som jag utgår från i min utredning. Typexemplet är en IT-ingenjör som mot beställning specialdesignat ett datorprogram som tillsammans med upphovsrätten säljs till beställaren. Det visar sig dock att upphovsrätten är behäftad med ett immaterialrättsligt fel. Felet utgörs av att det beställda objektet påstås göra intrång i tredjemans upphovsrätt när en tredje man hör av sig till beställaren och anklagar denne för intrång i den tredje mannens upphovsrätt.

Av utredningen framgår att det inte finns någon tydlig dispositiv rätt för immaterialrättsliga fel i en upphovsrätt, eftersom det saknas både lagstiftning och praxis. Debatten har pågått i decennier och några författare har uttalat sig i frågan. Hultmark anser att köplagen bör kunna tillämpas analogt på immaterialrättsliga fel tack vare lagens flexibilitet och breda tillämpningsområde. Kihlman anser inte att köplagen är tillämplig på immaterialrättsliga fel. Han menar att det måste skapas särskilda regler för att placera ansvaret för immaterialrättsliga fel. Runesson tvivlar på tillämpligheten av köplagens regler vid immaterialrättsliga fel. Han anser att allmänna obligationsrättsliga principer bör användas för att lösa problemet. Sammanfattningsvis kan jag konstatera att rättsläget är oklart och jag anser att det bör förtydligas av den svenska lagstiftaren.

Studien behandlar möjligheten att tillämpa köplagens påföljds katalog på typexemplet och huruvida de påföljdsalternativen kan användas för att minska ett eventuellt skadestånd. Av min utredning drar jag slutsatsen att rättsläget för immaterialrättsliga fel i upphovsrätter är mycket oklart. Eftersom köplagen formellt sett är tillämplig på köp av immateriella

rättigheter anser jag att lagen och dess påföljds katalog bör kunna användas i den mån åtgärderna är lämpliga i det enskilda fallet. Jag anser att det är mer rättssäkert att utgå från köplagen än att tillämpa allmänna obligationsrättsliga principer. Vad beträffar möjligheten att med hjälp av påföljdsalternativen i köplagen minska skadeståndsbeloppet är enligt min mening små. Jag ser en omleverans som den enda åtgärden som kan minska skadeståndsbeloppet. Jag anser dock inte att köplagens påföljdsalternativ kan användas för att helt undkomma ersättningsskyldighet.

Studien behandlar dessutom om det finns någon gräns för när säljarens skadeståndsskyldighet kan anses som oskälig och därmed jämkas. Av min utredning drar jag slutsatsen att jämkning av ett oskäligt högt skadestånd kan ske med hjälp av 36 § AvtL. Bedömningen om ett skadestånd är oskäligt eller inte görs utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Förord

Under min studietid i Lund har jag gjort mitt bästa för att ta tillvara på så många klassiska studentögonblick som möjligt. Jag har sprungit runt i Sankt Hans backar och jag har hängt i korridorssoffan. Jag har uppträtt på Stora scenen i AF-borgen och jag har flikat lagböcker i regnbågens färger. Bland alla de upplevelser jag har på min lista finns det ett som jag aldrig tvivlat på att jag en vacker dag skulle få bocka av – att skriva förordet till min examensuppsats. Det som överraskar mig är att det ögonblicket redan är här, och att det känns lika flyktigt som 4,5 år som lundastudent. Tiden går alldeles för fort när man har roligt.

Jag vill passa på att tacka Anders Kinntorph som inspirerat mig att skriva en uppsats om immaterialrättsliga fel i upphovsrättigheter.

Jag vill även tacka min handledare Ulrika Wennersten vid Juridiska Fakulteten i Lund. Tack för din uppmärksamhet och dina goda råd.

Slutligen vill jag tacka mina vänner och min familj, som betyder allt för mig. Till mina vänner – ni känns alltid nära, även när ni befinner er på andra sidan jorden. Ni är bäst!

Tack mamma och pappa för att ni alltid finns där för mig, ert stöd värmer mig varje dag. Tack Philip för att du spexar loss och tar tillvara på ditt studentliv.

Lund, maj 2014.

Linda Källström

Förkortningar

ABDAKA	Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag
AVLN	Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1980
DCFR	Draft Common Frame of Reference (2009)
EUD	Europeiska unionens domstol
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
IT	Informationsteknik
KöpL	Köplag (1990:931)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NoKöpL	Kjøpsloven (LOV-1988-05-13-27)
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Proposition
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
UNIDROIT Principles	Principles of International Commercial Contracts, published by UNIDROIT 2010
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WIPO	World Intellectual Property Organization

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

Immateriella rättigheter är ofta värda mycket pengar och det finns en marknad för att handla med själva rättigheterna och inte enbart de fysiska exemplaren som rättigheterna är knutna till. Innan IT-revolutionen ägde rum såg handeln med immateriella rättigheter inte ut så som den gör idag. Immateriella rättigheter spelar idag en betydelsefull roll i de flesta kommersiella transaktionerna på marknaden. Därför reglerar man ofta ägandet till immateriella rättigheter i avtal som rör överlåtelse av en vara till vilken sådana rättigheter är knutna. När en fysisk vara överläts stannar de immateriella rättigheterna som är knutna till varan vanligtvis kvar hos säljaren. Detta regleras ofta i en avtalsklausul där det uttryckligen anges att samtliga immaterialrättigheter stannar hos överlåtaren.

Men vad händer när det är en immateriell rättighet som är föremål för överlåtelsen? Det är relativt enkelt att bedöma huruvida en fysisk vara är behäftad med fel eller inte genom att se till den normala beskaffenheten för den aktuella varutypen eller vad den normala köparen kan förvänta sig. Men hur avgör rättstillämparen om en immateriell rättighet är behäftad med fel? Hur ska domstolen avgöra vad köparen normalt har att förvänta sig vid överlåtelse av en upphovsrätt till en mjukvara, när de immateriella rättigheterna kan se ut på så många olika sätt? Är det att se som ett faktiskt fel, ett rådighetsfel eller någonting där emellan?

I svensk rätt råder det stor osäkerhet kring huruvida den svenska köplagen (1990:931)(KöpL) är tillämplig vid handel med immateriella rättigheter. Att osäkerhet råder är inte förvånande, eftersom det är svårt att sätta fingret på vilka faktorer som karaktäriserar immaterialrättsliga avtal eller som har betydelse för tolkningen av sådana. Immateriella rättigheter har en mycket bred spännvidd, både vad gäller exemplaret som rättigheten har sitt ursprung i samt inom vilken bransch och i vilket syfte de är tänkta att användas. Med tanke på att förutsättningarna och behoven skiljer sig så pass mycket åt är frågan om det är möjligt, eller ens eftersträvansvärt, att försöka åstadkomma en likalydande lösning för alla immateriella rättigheter.¹ Vad som däremot bör eftersträvas, och som är föremål för förevarande uppsats, är att systematisera gällande rättsläge i Sverige för immaterialrättsliga fel och

¹ Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 21 f.

utreda om och i vilken grad köplagen och allmänna avtalsrättsliga principer kan tillämpas vid fel i en immateriell rättighet.

För att beskriva den problematik som uppsatsen behandlar har jag konstruerat ett typexempel, som det är tänkt att läsaren ska ha i åtanke under läsningen. Uppsatsens utredning av frågeställningarna kommer att återkoppla till typexemplet. Typexemplet lyder som följer:

En näringsidkare, som bedriver verksamhet genom att utveckla datorprogram, har i egenskap av konsult slutit ett uppdragsavtal med en beställare. Beställaren är ett stort svenskt företag. Konsulten är oberoende i den meningen att denne inte står i ett anställningsförhållande till beställaren. Avtalet går ut på att konsulten ska utveckla ett specialutformat datorprogram som tillsammans med upphovsrätten ska överlåtas till beställaren. Avtalet innehåller inga förpliktelser för konsulten att bedriva arbete eller underhåll på datorprogrammet efter överlåtelse tidpunkten. Det visar sig dock att upphovsrätten är behäftad med ett immaterialrättsligt fel. Felet utgörs av att det beställda objektet påstås göra intrång i tredje mans upphovsrätt när en tredje man hör av sig till beställaren och anklagar denne för intrång i den tredje mannens upphovsrätt. Det har inte reglerats något i avtalet mellan konsulten och beställaren vad som ska inträffa och vilka påföljder som blir aktuella vid ett så kallat immaterialrättsligt fel (se definition nedan i avsnitt 2.2.1).

När orden *säljaren*, *konsulten* eller *uppdragstagaren* hädanefter används i denna uppsats åsyftas den person som fått i uppdrag att utveckla datorprogrammet. När orden *köparen*, *beställaren* eller *uppdragsgivaren* används åsyftas den person som beställt och köpt datorprogrammet med tillhörande upphovsrätt.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med förevarande uppsats är att utreda och analysera ansvarsproblematiken vid immaterialrättsligt fel i en beställd upphovsrätt som uppstår när ansvarsfördelningen inte har reglerats i överlåtelseavtalet. Vidare syftar uppsatsen till att analysera huruvida köplagens påföljder för fel kan tillämpas vid immaterialrättsliga fel.

Frågeställningarna som ligger till grund för uppsatsen är:

Hur ser påföljderna för säljaren ut enligt dispositiv rätt vid immaterialrättsligt fel i en överlåten rättighet?

Kan påföljdsalternativen i köplagen användas av säljaren för att åtgärda felet och på så sätt undkomma eller minska eventuellt skadestånd?

Finns det någon gräns för när säljarens eventuella garantiåtaganden eller ersättningsbelopp kan anses oskäligen?

1.3 Metod och material

I denna uppsats har en rättsdogmatisk metod använts.² Jag har sökt svar på uppsatsens frågeställningar i svensk lagstiftning, förarbeten till lagarna och övrigt offentligt tryck. Jag har använt mig av rättskällevärdet för att rangordna värdet av de olika rättskällorna enligt den juridiska normhierarkin. Jag har sökt svar i rättspraxis men funnit att det saknas vägledande rättsfall för det ämnesområde som ligger till grund för uppsatsens frågeställningar. Därför har jag till stor del behövt förlita mig på den juridiska doktrinen och den debatt som förts på det aktuella området. Litterära källor har inte samma rättskällevärde som exempelvis lagstiftning och praxis, men på grund av avsaknad av sådana källor har lösningsförslagen i doktrin fått ta mer plats än normalt för en rättsvetenskaplig uppsats.

Uppsatsens frågeställningar rör kommersiella avtal där avtalsobjektet innehåller information som skulle förlora sitt värde om det offentliggörs i allmän domstol. Därför är det troligt att avtalsparterna skulle ta eventuella tvister kring upphovsrätten till datorprogram till en skiljenämnd. Eftersom skiljedomar inte är offentliga på det sätt som praxis från allmänna domstolar är så går det inte att ta reda på om någon tvist av ovan nämnda slag över huvud taget avgjorts genom skiljeförfarande. Detta är ett stort problem som analysdelen av uppsatsen kommer återkoppla till.

Mina språkkunskaper har begränsat mig till nordisk och engelskspråkig litteratur. I arbetet utreds och analyseras det svenska rättsläget men även utländskt material som behandlar immaterialrättsliga fel har studerats. Som ett led i utredningen har utblickar gjorts för att se hur övriga nordiska länder har löst problemet med immaterialrättsliga fel. Framförallt Norge har studerats eftersom lagstiftaren i Norge gjort andra val än Sveriges lagstiftare. Dessa utblickar ska inte ses som ett försök att genomföra någon komparativ studie. Anledningen till att det är möjligt att göra korta utblickar till dansk och norsk lagstiftning, och gå direkt till likheter och skillnader på detaljnivå, är att den nordiska lagstiftningen är nästintill helt harmoniserad

² Lehrberg, B. *Praktisk juridisk metod*, s. 31 och 38.

vad gäller avtalsrätt och köprätt. Sveriges, Norges och Danmarks köprättsliga lagar tillkom ungefär samtidigt i början av 1900-talet. Utredningsarbetet för de nya köplagarna i Norden har dessutom bedrivits i nordiska arbetsgrupper.

Jag har även studerat några kodifikationer för internationellt handelsbruk, exempelvis DCFR, som kan anses vara rättskällor även i Sverige. Samlingar av kodifierat handelsbruk för avtalsrätt har använts som tolkningsunderlag av HD i praxis och får numera anses vara en rättskälla i svensk rätt, dock inte utav den starkaste arten.³

Hänsyn har även tagits till FN:s internationella konvention från 1980 angående avtal om internationella köp av varor (CISG).⁴ Det ska påpekas att tolkningen av CISG och övriga utländska rättskällor har gjorts utifrån deras ordalydelse eller genom en systematisk tolkning sett till rättskällans helhet och syfte. Förarbeten till utländsk rätt har nämligen inte alls samma rättskällevärde som de svenska förarbetena har.⁵

Litteratur som behandlar skärningspunkten mellan immaterialrätten och avtalsrätten är sparsam. Det är främst författaren Jan Rosén som behandlat denna skärningspunkt mer djupgående. I övrigt har immaterialrättsliga fel nämnts flyktigt i en handfull verk i Norden som behandlar köprätt. Därför har rent köprättslig, avtalsrättslig och immaterialrättslig litteratur studerats var för sig för att sedan knytas ihop genom minsta gemensamma nämnare och dragna paralleller. Med tanke på att frågan om immaterialrättsliga fel ställts redan flera decennier tillbaka har jag även använt mig av äldre litteratur. Det har inte skett några banbrytande förändringar eller uppkommit någon vägledande praxis i frågan på senare år som påverkat rättsläget.

Det finns en mängd standardavtal på det aktuella området som används av de flesta avtalsparterna vid författandet av enskilda avtal. En genomgång har gjorts av dessa standardavtal och vissa regleringar har lyfts fram ur de standardavtal som riktar sig till det specifika typexempel som den här uppsatsen har sin utgångspunkt i. Endast de standardavtal som funnits vara relevanta för typexemplet har kommenterats i arbetet och hänvisats till i källförteckningen. Inget av de standardavtal som förekommer på marknaden har dock ansetts utgöra ett så pass starkt handelsbruk att det fått avgörande betydelse för det aktuella rättsläget.

³ NJA 2009 s. 672; Ramberg, C. *Uppsägning av långvariga samarbetsavtal*, s. 98; Munukka, J. *Transnationella principer*, s 29-31.

⁴ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1980.

⁵ Lehrberg, B. *Praktisk juridisk metod*, s. 146 f.

1.4 Avgränsning

Uppsatsen har avgränsats till att enbart behandla immaterialrättsliga fel i upphovsrättigheter knutna till datorprogram. Valet motiveras av att sådana rättigheter är av stort intresse vid bedrivande av den kommersiella handeln. Dessutom är det ett område som av olika anledningar lämnats öppet och oreglerat, vilket intresserar mig och motiverar en utredning av rättsläget. Patenträtt och övriga immateriella rättigheter omfattas inte av uppsatsens problemformulering.

Utredningen kommer att behandla frågor i förhållandet mellan två näringsidkare. Endast konsultuppdrag där konsulten är oberoende och inte står i något anställningsförhållande till personen som beställt avtalsobjektet kommer att behandlas. Arbetsrättsliga aspekter och de undantag för datorprogramms ensamrättigheter och ursprungliga upphovsmän som förekommer i svensk lagstiftning kommer således att lämnas utanför detta arbete.

Uppsatsen kommer inte att behandla upplåtelser av immateriella rättigheter utan fokuserar enbart på fullständiga överlåtelser. Licensfrågor lämnas således därhän. Det hade varit intressant att utreda vad som gäller för immaterialrättsliga upplåtelseavtal och särskilt licensiering av datorprogram, vilket är vanligt förekommande inom IT-branschen. Detta särskilt med tanke på att det framgår av köplagen att den lagen inte är tillämplig på annat än fullständiga överlåtelser. Det skulle vara intressant att ta reda på vilka alternativa rättsregler som kommer till användning i sådana situationer. En sådan utredning får dock överlämnas till andra författare och deras rättsvetenskapliga uppsatser, till förmån för den utredning som här görs avseende fullständiga överlåtelser. Eftersom de ideella rättigheterna i en upphovsrätt inte kan överlåtas av upphovsmannen enligt 3 § 3 st. URL kommer enbart de ekonomiska rättigheterna att tas upp här.

I författandet av den här uppsatsen utgår jag från att läsaren har grundläggande kunskaper i svensk immaterialrätt och avtalsrätt.

1.5 Disposition

Kapitel 2 är ett omfattande avsnitt där grunden läggs för besvarandet av uppsatsens första och andra frågeställning. Kapitlet inleds med en kort

redogörelse för den köprättsliga utvecklingen i Sverige och Norden sedan början av 1900-talet. Därefter utreds huruvida ett avtal om utveckling av ett datorprogram likt det i typexemplet ovan faller innanför köplagens tillämpningsområde eller inte. Det är av vikt för utredningen att definiera vad ett immaterialrättsligt fel är. En sådan definition återfinns därför under rubriken 2.2. Under samma rubrik finns en redogörelse för hur immaterialrättsliga fel i fysiska varor reglerats i CISG. Därefter sker en genomgång av aktuella avtalsrättsliga principer. Avsnitt 2.4 behandlar förutsättningarna för överlåtelse av en upphovsrätt och det svenska upphovsrättsliga skyddet för datorprogram. Kapitlet fortsätter sedan med en utredning av vilken betydelse de svenska standardavtalen inom IT-branschen har under rubrik 2.5. Kapitlet avslutas under rubrik 2.6 med en redogörelse av den debatt som förts i Sverige angående köplagens tillämplighet på immaterialrättsliga fel och de olika lösningsförslag som framförts i den. Där görs även en kort utblick till norsk rätt.

Kapitel 3 är även det en grund för att besvara uppsatsens första och andra frågeställning. Här tas de specifika faktorerna för produktutvecklingsavtal upp och hur de påverkar avtalsförhållandet mellan konsult och beställare. Vidare diskuteras lämpligheten av de olika påföljdsalternativen som köplagen erbjuder för att undersöka om det är möjligt, och i sådana fall ändamålsenligt, att använda dem vid säljares kontraktsbrott genom immaterialrättsligt fel vid avtal om utveckling av immateriella rättigheter.

I kapitel 4 behandlas den tredje frågeställningen för uppsatsen. Där redogörs för den lagstiftning som gör det möjligt att jämka oskäligen avtalsvillkor och ett resonemang förs kring hur en eventuell oskälighetsbedömning skulle kunna se ut.

Det sista kapitlet, kapitel 5, utgörs av en sammanfattande analys där mina tre frågeställningar kommer att besvaras. I samband med detta kommer ett resonemang att föras kring vad som bör ske för att problematiken med immaterialrättsliga fel ska kunna lösas.

1.6 Terminologi

Begreppet överlåtelse används i lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) för alla situationer där rätten att förfoga över en upphovsrätt överläts, vare sig det är fråga om en licensiering eller en fullständig överlåtelse av rättigheten. Eftersom begreppet överlåtelse ges en snävare innebörd i denna uppsats ska därför här klargöras vilka begrepp som kommer att användas samt vilken innebörd begreppen ges. När det i

uppsatsen talas om *överlåtelse* menas en fullständig överlåtelse av en immateriell rättighet, där ensamrätten tillkommer köparen och kan göras gällande även mot upphovsmannen. Begreppet *upplåtelse* ges i förevarande uppsats innebörden av en licens eller annan nyttjanderätt, där upphovsmannen delar med sig av sin ensamrätt utan att upphovsmannens användande eller ägande av sådan rättighet inskränks.⁶

⁶ Nordell, P. J. *Rätten till det visuella*, s. 294; Karnell, G. *Arbetstagares upphovsrätt*. NIR 1/1969, s. 58; Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 87 f.

2 Handeln med immateriella rättigheter

2.1 Den svenska köprättens utveckling

2.1.1 Historik

De köprättsliga lagarna i Norden tillkom under början av 1900-talet. Redan då stadgades att köplagen är tillämplig vid köp av lös egendom. Immateriella rättigheter omfattas av begreppet lös egendom. Runt det sekelskiftet fanns det inte en tanke på handel med immateriella rättigheter, trots att sådana rättigheter rent tekniskt sett omfattades av begreppet lös egendom redan på den tiden. Med tanke på att samhället idag bedriver handel med fler typer av varor än för drygt 100 år sedan har tillämpningen av köplagen ökat väsentligt.⁷

Den nya svenska köplagen som antogs år 1990 ersatte den tidigare köplagen från år 1905.⁸ Trots att den nya lagen antogs relativt nyligen så är den inte så moderniserad att den tar hänsyn till det värde som immateriella rättigheter har på dagens kommersiella marknad. Den nya köplagen bygger till stor del på CISG. CISG i sin tur antogs 1980 men dess förberedelsearbete sträcker sig tillbaka till 1920-talet. De delar av den nya köplagen som inte hämtats från CISG bygger på den äldre köplagen från 1905.⁹

2.1.2 Blandade avtal

Sedan den nya köplagen trädde i kraft har det inte stiftats några nya lagregler på de avtalsområden som ligger nära köplagens tillämpningsområde, exempelvis avseende så kallade "blandade avtal". Med blandade avtal menas sådana avtal som innefattar leverans av en vara, men som till större delen rör utförandet av en tjänst. I svensk rätt har sedan länge vissa paragrafer i köplagen ansetts ge uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer, men inte alla. Möjligheterna att analogiskt tillämpa köplagens regler på blandade avtal, liknande ett sådant som utgör

⁷ Kockvedgaard, M. *Om købelovgivningens anvendelse på overdragelse af immaterialrettigheder*. TRF 1965 s. 571.

⁸ Prop. 1988/89:76, s. 1.

⁹ Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 109; Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 38 och 42; Hellner, J. *Gammal och ny köprätt*. JT 1997-98, s. 353; Håstad, T. *Köprätt*, s. 15 f.

typexemplet för denna uppsats, skulle innebära stora fördelar för bägge parter. Även om blandade avtal inte faller inom köplagens direkta tillämpningsområde är den typen av avtal i grunden oftast snarlika köpeavtal och avtalsparterna skulle kunna dra nytta av en analogisk tillämpning av köplagen, eftersom köplagens regler är mer förutsägbara än allmänna rättsprinciper.¹⁰

Det finns dessvärre inte någon rättspraxis sedan den nya köplagen stiftades som ger svar på frågan om köplagens regler har status som allmänna avtalsrättsliga principer i svensk rätt. Rättsläget är därmed oklart och till dess någon belysande praxis uppkommer på området är debatten och diskussionen i den juridiska doktrinen den vägledande källan på området.¹¹ En jämförelse kan göras med norsk rätt, där den norska lagstiftaren har hämtat tydlig inspiration från den norska köplagen vid författandet av lagar som reglerar närliggande avtalstyper. I Norge kan man därför med större säkerhet än i Sverige utgå från att köplagen ger uttryck för allmänna rättsprinciper.¹²

Det har debatterats i den juridiska litteraturen huruvida utveckling av ett datorprogram på beställning bör klassificeras som köp eller som ett uppdragsavtal att utföra en tjänst mot ersättning utan att ett anställningsförhållande föreligger (arbetsbeting¹³). Gränsdragningen görs enligt 2 § KöpL. Paragrafen stadgar i första stycket att köplagen är tillämplig på ett avtal för tillverkning av en vara, såvida köparen inte ska tillhandahålla en väsentlig del av materialet för tillverkningen. Det är inte särskilt troligt att köparen tillhandahåller tillverkningsmaterial till säljaren i vårt typexempel.¹⁴ Möjligtvis överlämnar säljaren vissa skisser eller annat material för att tydliggöra önskemålen för datorprogrammet, men detta torde inte påverka avtalets karaktär. I dansk rätt anses den danska köplagens regler liknande de i 2 § KöpL vara tillämplig på beställningsköp av datorprogram¹⁵.

I 2 § 2 st. KöpL anges att lagen inte är tillämplig på avtal som innebär att säljaren ska leverera en vara och även utföra en tjänst, där tjänsten utgör den övervägande delen av säljarens förpliktelse. Detta stycke syftar dock till tjänster som står i direkt samband med leveransen av produkten, exempelvis

¹⁰ Hultmark, C. *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, s. 691; Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 53 f.

¹¹ Prop. 1988/89:76 s. 24; Håstad, T. *Köprätt*, s. 17.

¹² Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 54.

¹³ Bergstedt Sten, V. *Felbegreppet vid leverans av programvara*, s. 223; Nationalencyklopedin. *Arbetsbeting*.

¹⁴ Bergstedt Sten, V. *Felbegreppet vid leverans av programvara*, s. 223 f.

¹⁵ Nørager-Nielsen, J. *Edb-kontrakter*, s. 25 f.

installation. Tillverkning av en vara ska inte ses som tjänst i detta sammanhang. Paragrafens andra stycke hindrar således inte resonemanget om att köplagen är tillämplig på tillverkningsavtal.¹⁶

Man kan dela upp ett avtal i två delar där den ena delen bedöms som ett tjänsteavtal och den andra delen bedöms som ett köpeavtal. Enligt Traung är det dock bäst att om möjligt se hela avtalet som ett köpeavtal, eftersom det råder stor oklarhet och osäkerhet avseende hanteringen av ett avtal om arbetsbeting. Om avtalets tjänstedel och köpedel är lika stora så bör alltså köplagen bli tillämplig. Avvägningen mellan tjänstedelen och köpedelen i ett blandat avtal kan vara svår att göra. Vid bedömningen av om ett kontrakt ska klassificeras som ett köpeavtal kan man beakta det huvudsakliga syftet med avtalet.¹⁷ Syftet med avtalet i vårt typexempel är att beställaren ska förvärva upphovsrätten till ett datorprogram för att med hjälp av rättigheten bedriva sin näringsverksamhet. Leveransen av rättigheten och datorprogrammet innebär ingen montering eller installation. Avtalet får anses vara ett tillverkningsavtal som till övervägande del har köprättslig karaktär. Avtalet bör därför inte ses som ett tjänsteavtal.

2.2 Immaterialrättsliga fel

2.2.1 Definition av immaterialrättsligt fel

Immaterialrättsliga fel i rättigheter är inte reglerade i svensk lag och det är därför svårt att definiera vad ett immaterialrättsligt fel är. Ur den diskussion som förts i den svenska juridiska doktrinen kan man dock utläsa följande definition. Ett immaterialrättsligt fel föreligger när en köpare blir anklagad av tredje man för att göra intrång i dennes ensamrätt genom att använda avtalsobjektet på avtalsenligt sätt. Immaterialrättsliga fel kan förekomma dels vid överlåtelse av en lös sak, dels vid överlåtelse av en rättighet.¹⁸ Med immaterialrättsligt fel avses i den här uppsatsen ett fel i en överlåten upphovsrätt (se typexemplet i avsnitt 1.1).

¹⁶ Prop. 1988/89:76 s. 65; Bergstedt Sten, V. *Felbegreppet vid leverans av programvara*, s. 224 f.

¹⁷ Traung, P. *Fel och dröjsmål vid kommersiella tillverkningsavtal*, s. 29-32; Bergstedt Sten, V. *Felbegreppet vid leverans av programvara*, s. 225; Nordisk utredningsserie 1984:5. *Nordiska köplagar*, s. 199.

¹⁸ Runesson, E. *Immaterialrättsliga fel vid köp*, s. 626; Bernitz m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 412; Kihlman, J. *Fel*, s. 82.

2.2.2 Immaterialrättsliga fel enligt CISG

CISG är inkorporerad i svensk rätt och gäller direkt som svensk lag när rekvisiten för dess tillämpning är uppfyllda. Konventionen gäller i Sverige på alla dess sex konventionsspråk.¹⁹ I den här uppsatsen kommer den engelska lydelsen av CISG att användas.²⁰

Observera att CISG är en kompromisslösning för att få så många stater som möjligt att ratificera konventionen. Behovet av kompromiss kan antas ha varit mindre vid framtagandet av de internationella kodifikationerna för det internationella handelsbruket (*lex mercatoria*). Det har gjorts försök från flera olika internationella organ att kodifiera gällande avtalsrätt i samlingar av gemensamma och grundläggande principer på området. Arbetsgrupperna som utformat principalsamlingar såsom UNIDROIT Principles, PECL och DCFR var sammansatta av personer som valts ut i egenskap av experter på de aktuella rättsområdena och inte som representanter för sina respektive länder. Därför kan det antas att författarna till dessa principer kände sig friare i sitt arbete än författarna till CISG. Arbetsgrupperna för principalsamlingarna har kunnat leta efter de mest praktiska och ändamålsenliga reglerna, utan att vara rädda för att lägga fram okonventionella regler och därigenom gå miste om potentiella ratificerande stater.²¹

Det bör påpekas att CISG enligt artikel 1 endast är tillämplig på lösa saker ("goods"). En immateriell rättighet är ingen lös sak. Dessutom är CISG enbart tillämplig på internationella köp. Därmed är CISG tillämplig vid internationell försäljning av fysiska exemplar av ett datorprogram, där köparen hindras från att använda eller sälja vidare exemplaret på grund av att rättigheten som är anknuten till exemplaret tillhör tredje man och inte säljaren. I typexemplet för detta arbete är det, till skillnad från ovan nämnda situation, en immateriell rättighet som överlåts och felet utgörs av att rättigheten som överlåtits är ogiltig, eftersom rättigheten som säljaren skapat gör intrång i tredjemans rättighet. Reglerna i CISG går inte att tillämpa på uppsatsens typexempel, men det är inte heller avsikten med den följande utblicken. Avsikten är att lyfta fram den enda regleringen av säljares ansvar för immaterialrättsliga fel som uttryckts i en svensk rättskälla för att utreda gällande rättsläge i svensk nationell rätt. Jag anser att CISG kan vara behjälplig som ett första steg i tolkningen av avtal och bedömningen av frågor som handlar om immaterialrättsliga fel. Med CISG som utgångspunkt

¹⁹ Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 38.

²⁰ Se Lag (1987:822) om internationella köp, Bilaga, Elektroniska versionen av Zeteo.

²¹ Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 63 f.

kommer en utredning att göras avseende rättsläget gällande immaterialrättsliga fel i rättigheter.

I artikel 42 CISG har immaterialrättsliga fel reglerats. Konventionstexten lyder som följer nedan:

”(1) The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property:

- (a) under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or*
- (b) in any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.*

(2) The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where:

- (a) at the time of the conclusion of the contracts the buyer knew or could not have been unaware of the right or claim; or*
- (b) the right or claim results from the seller’s compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.”*

Det är ett ganska lindrigt ansvar som säljaren har enligt artikel 42 CISG. Säljaren blir ansvarig för det immaterialrättsliga felet om denne kände till eller bort känna till att det fanns en konkurrerande immaterialrätt hos tredje man. Om säljaren inte kan anses ha känt till det immaterialrättsliga felet bär denne inte ansvaret. Vidare ansvarar inte heller säljaren för fel som köparen känt till eller bort känna till. Regleringen i CISG kan ses som någon sorts upplysningsplikt där säljaren går fri från ansvar så länge denne upplyser köparen om de immaterialrättsliga fel som säljaren får reda på. CISG nämner ingenting om något undersökningsansvar för säljaren av en immateriell rättighet för att ta reda på eventuella konkurrerande immaterialrättigheter.²² Det förekommer åsikter i doktrin som talar såväl för som emot en undersökningsplikt för säljaren. De som förespråkar en undersökningsplikt för säljaren menar att plikten borde begränsas till de

²² Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 187.

länder där produkten enligt avtalet ska användas eller det land där köparen har sitt affärsställe. Vad gäller undersökningsplikten för rättigheter som inte kräver registrering, exempelvis upphovsrätt, torde en eventuell undersökningsplikt vara kraftigt begränsad. Såvida inte säljaren mottagit ett varningsbrev från tredje man eller agerat vårdslöst torde säljaren av en upphovsrätt inte kunna anklagas för att ha brustit i en sådan undersökningsplikt.²³

Eftersom den svenska lagstiftaren inte tagit in någon bestämmelse i köplagen liknande den i CISG, eller någon uttrycklig reglering över huvud taget avseende immaterialrättsliga fel, bör det kunna tolkas som att den svenska lagstiftaren anser att ansvarsregleringen för säljaren bör se annorlunda ut än vad den gör i CISG. Detta särskilt med tanke på att den svenska lagstiftaren i övrigt haft ambitionen att hålla den internationella och den nationella köprättsliga lagstiftningen så lika varandra som möjligt. Det faktum att de immaterialrättsliga felen lämnats okommenterade i svensk lag är därför anmärkningsvärt. Det är ett lindrigt ansvar som säljaren av en vara, som är skyddad av en immateriell rättighet, har enligt CISG. Det är knappast troligt att ett ännu lindrigare ansvar för immaterialrättsliga fel eftersträvas av den svenska lagstiftaren. Vi bör därför inte utesluta möjligheten att ett mer långtgående ansvar liknande det för faktiska fel som stadgats i 17 § KöpL och de påföljder som reglerats i 30 § KöpL i viss mån kan bli tillämpligt.²⁴

2.3 Allmänna avtalsrättsliga principer

2.3.1 Betydelsen av allmänna avtalsrättsliga principer

Svensk lag skiljer sig från vissa andra europeiska länders lagar i det avseendet att Sveriges avtalsrättsliga lagar är betydligt mer kortfattade än exempelvis Tysklands eller Frankrikes. Den svenska avtalslagen (1915:218)²⁵ (AvtL) ger endast svar på en bråkdel av alla problem som kan uppkomma i en avtalssituation, medan Tyskland har en omfattande kodifikation²⁶ som reglerar alla tänkbara situationer. Den svenska lagstiftaren har lämnat många frågor obesvarade i lagtexten och därför har vägledning behövt hämtas ur allmänna avtalsrättsliga principer. Dessa

²³ Runesson, E. *Immaterialrättsliga fel vid köp*, s. 641.

²⁴ Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 187 f. och 296; Runesson, E. *Immaterialrättsliga fel vid köp*, s. 651.

²⁵ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

²⁶ Bürgerliches Gesetzbuch.

principer är svåra att sätta fingret på och det kan vara svårt att spåra deras ursprung. Vissa principer finns direkt uttryckta i lagparagrafer, medan andra uppkommit i praxis och doktrin. En lagregel med status som allmän rättsprincip kan användas analogt på situationer som inte helt och hållet faller inom den aktuella lagens direkta tillämpningsområde. De principer som utvecklats i praxis bör hanteras med försiktighet eftersom domstolens uttalande kan verka generellt när det i själva verket är en lösning för ett speciellt fall och de omständigheter som ligger till grund för just det fallet.²⁷

Avtalsrätten är ett resultat av ett internationellt handelsbruk som utvecklats under en lång tid. När svensk lag lämnar frågor utan svar är det därför möjligt att vända sig till utländsk rätt för vägledning. Det finns som nämnts ovan ett antal samlingar som kodifierar internationella principer och allmänna avtalsrättsliga regler. Dessa samlingar är författade av olika internationella organ. De mest kända är UNIDROIT Principles, Principles of European Contract Law (PECL) och Draft Common Frame of Reference (DCFR). HD har under senare år börjat hänvisa alltmer till dessa kodifikationer vilket gör dem till en rättskälla i svensk rätt.²⁸ De kan vara till hjälp för att avgöra om en svensk regel utgör en allmän avtalsrättslig princip. Om en uttrycklig svensk lagregel finner sin motsvarighet i UNIDROIT Principles, PECL eller DCFR kan man med ganska stor säkerhet utgå från att lagregeln ger uttryck för en allmän princip. Om den däremot motsägs av vad som står att finna i de internationella kodifikationerna så är lagregeln förmodligen inte en allmän rättsregel. Om kodifikationernas principer varken finner sin motsvarighet eller sin motsats i svensk lag bör principerna i kodifikationerna kunna ge stöd åt en rättslig argumentation, men antagligen inte på ensam grund.²⁹

2.3.2 Lojalitetsplikten

Lojalitetsplikten är en allmän avtalsrättslig princip som bör tjäna som utgångspunkt vid tolkningen av ett avtal. Lojalitetsplikten ger i sig ingen stark grund att stå på i en argumentation men kan vara en hjälpande faktor i tolkningen av villkoren i avtalet. Principen är även erkänd internationellt och brukar på engelska benämnas som ”good faith”. Principen finns med i flera internationella samlingar av avtalsregler, se artikel 7.1 CISG, 1:201 PECL och artikel 1.7(1) i UNIDROIT Principles.³⁰

²⁷ Ramberg och Ramberg. *Allmän avtalsrätt*, s. 22-27.

²⁸ NJA 2009 s. 672; Ramberg, C. *Uppsägning av långvariga samarbetsavtal*, s. 97 f; Munukka, J. *Transnationella principer*, s 29-31.

²⁹ Ramberg och Ramberg. *Allmän avtalsrätt*, s. 25 f.

³⁰ Ramberg och Ramberg. *Allmän avtalsrätt*, s. 32 f.

Lojalitetsplikten är mycket viktig för ett sådant avtalsförhållande som presenterats i typexemplet. En tydlig kommunikation mellan parterna är viktig för att undvika missförstånd och för att snabbt kunna lösa eventuella problem som uppstår under utvecklingsprocessen. Om uppdragstagaren under utförandet av uppdraget märker att rättigheten inte kommer att kunna användas på det sätt som avtalats, eller upptäcker tredje mans upphovsrätt vilket föranleder att den utvecklade produkten gör intrång i denna, så har uppdragstagaren ett ansvar att meddela uppdragsgivaren detta. På så vis kan produktspecifikationerna ändras i tid för att undvika att slutresultatet inkräktar på annan persons upphovsrätt. Om det inte är möjligt att undvika en intrångsgörande rättighet genom att ändra datorprogrammet kan i stället uppdraget avvecklas med detsamma för att minska de ekonomiska förlusterna. Om uppdragstagaren underlåter att informera om sådana förhållanden kan denne bli ersättningsskyldig för de onödiga utgifter och förluster som uppstår efter upptäckten. Det gynnar således båda parter att informera varandra om sådana upptäckter. I linje med lojalitetsplikten framstår det enligt min mening som självklart att konsulten har en skyldighet att uppmärksamma beställaren om eventuella risker med de efterfrågade egenskaperna för den beställda upphovsrätten. Konsultens förpliktelse i vårt typexempel är att skapa en så bra och originell upphovsrätt som möjligt. Lojalitetsplikten är extra viktig när det gäller uppdragsavtal, eftersom förutsättningarna för uppdraget oftast inte är klara från början utan framträder allt eftersom. Lojalitetsplikten får anses lägga ett extra stort ansvar på uppdragstagaren, eftersom denna ofta har expertkunskaper som uppdragsgivaren inte har.³¹

2.4 Överlåtelse av upphovsrätt

2.4.1 Avtalsfrihet för immaterialrättsliga överlåtelser

Inom det immaterialrättsliga området råder det avtalsfrihet för överlåtelseavtal.³² I ett kommittédirektiv från 2008, och i dess resulterande utredningsarbete i SOU 2010:24, har man inte velat föreslå tvingande lagstiftning utan i stället har de viktigaste delarna i lagtexten framhävts och förtydligats i dispositiva paragrafer. Valet att inte författa tvingande lagstiftning har motiverats med att det förekommer en mängd olika former av avtal på marknaden som kan och bör se olika ut från fall till fall. Genom

³¹ Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 153.

³² SOU 2010:24 s. 91; Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 80; Bernitz m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 111.

avtalsfrihet möjliggör lagstiftaren för marknadens avtalsparter att anpassa sitt avtal utefter behov. Utredarna hoppas att skyddet för ägaren till upphovsrätten ska få genomslag i praktiken trots dess dispositiva karaktär.³³

Enligt 27 § URL står det innehavaren av en upphovsrätt fritt att överlåta den immateriella rättigheten, helt eller delvis. Den enda begränsningen till sådant förfogande är överlåtelseförbudet för den ideella rätten enligt 3 § URL³⁴. En självklar regel som stadgas i 27 § 2 st. 1 men. URL är att överlåtelse av ett exemplar som är upphovsrättsskyddat inte innebär att upphovsrätten som sådan övergår till köparen.³⁵ I förevarande uppsats kommer dock, som nämnts ovan, den situation att behandlas när upphovsrätten i sig överläts tillsammans med den fysiska varan.

Eftersom innehavaren av en upphovsrätt har stora möjligheter att överlåta sin rättighet, och lagen saknar skyddsregler av tvingande karaktär, är det viktigt att överlåtelseavtalet är specificerat. Om något lämnas oregrerat i avtalet träder i regel de dispositiva reglerna i URL in, såvida inte en avtalstolkning leder till ett annorlunda resultat. Om det kvarstår frågetecken efter en avtalstolkning finns det i svensk rätt en allmän rättsgrundsats som kallas specificationsprincipen eller specialitetsgrundsatsen. Principen har fått många olika namn i doktrinen men i förevarande uppsats kommer den fortsättningsvis att kallas *specificationsprincipen*. Denna princip är en presumptionsregel som medför att avtal ska tolkas restriktivt till överlåtarens fördel. Principen har sin grund i huvudregeln inom svensk immaterialrätt som säger att den som skapat verket automatiskt erhåller upphovsrätten till verket så fort en sådan rättighet uppstår. Upphovsrätten presumeras stanna kvar hos upphovsmannen om det är tveksamt huruvida rättigheten har överlåtits eller upplåtits. Exempelvis presumeras att en partiell överlåtelse, och inte en fullständig, var tanken om den frågan är oklar efter en avtalstolkning.³⁶

Specificationsprincipen är inte lagstadgad i svensk rätt, utan den utgör en allmän rättsgrundsats. Den användes av hovrätten i ett fall angående tvist om huruvida upphovsrätten till ett datorprogram hade överlåtits eller upplåtits till beställaren. Hovrätten uttalade att när det inte diskuterats eller uttryckligen reglerats hur omfattande rättigheter som köparen skulle erhålla, skulle köparen endast anses ha förvärvat sådan rätt som tillgodoser dennes behov. I detta fall innebar det att köparen endast ansågs ha förvärvat en

³³ Dir. 2008:37, s. 6 f; SOU 2010:24, s. 88 f och 91.

³⁴ Märk väl följerätten i 26 § n URL som utgör ytterligare en begränsning men som är irrelevant för denna uppsats.

³⁵ Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*, s. 119.

³⁶ Olsson, H. *Copyright*, s. 216; SOU 2010:24, s. 103.

nyttjanderätt till datorprogrammet. Det är med andra ord viktigt att uttryckligen reglera i avtalet att en fullständig överlåtelse av upphovsrätten är överenskommen för att köparens intressen ska vara skyddade. I tingsrätten anförde säljaren som grund att köplagen inte var tillämplig på fallet eftersom det var fråga om arbetsbeting. Dessvärre tog inte domstolen upp den grunden för behandling och fallet ger därför ingen vägledning i den frågan (se ovan avsnitt 2.1.2).³⁷

Likaså i Finland utgör specifikationsprincipen endast en allmän rättsgrundsats. Norge³⁸ och Danmark³⁹ har däremot valt att föra in principen i respektive lands upphovsrättslagstiftning.⁴⁰ Norge och Danmark har lagstadgat specifikationsprincipen eftersom den anses ha ett fundamentalt värde och därför bör uttryckas direkt. Sverige och Finland har i sin tur valt att inte inkludera den i lagstiftningen, utan låta den gälla som en allmän avtalsrättslig princip, just därför att den får anses ha ett så pass fundamentalt värde att en uttrycklig reglering inte är nödvändig.⁴¹ Nordell anser att någon upphovsrättslig regel om avtalstolkning inte bör införas i svensk lag, åtminstone ingen tvingande sådan. Han anser att en lagfäst specifikationsprincip inte skulle kunna vara flexibel nog att ta hänsyn till de skillnader som förekommer bland olika typer av upphovsrättsliga avtal.⁴² Det har dock föreslagits i SOU 2010:14 att Sverige bör införa en dispositiv tolkningsregel för specifikationsprincipen i 27 § 3 st. URL. Tanken är att införandet av regeln ska fastslå vad som redan är gällande rätt. Det är inte tänkt att den ska inskränka avtalsfriheten för upphovsrättsliga avtal eller komma i konflikt med andra allmänna avtalsrättsliga tolkningsprinciper.⁴³

2.4.2 Datorprogram som skyddsobjekt

Stor möda har lagts ner av olika organ på det internationella planet för att se till att upphovsrätter erkänns och skyddas i och av de flesta staterna. Arbetet har pågått ända sedan år 1886 då Bernkonventionen⁴⁴ tillkom. År 1991 utfärdade Europeiska rådet direktiv 91/250/EEG, vilket nu konsoliderats i direktiv 2009/24/EG. Enligt direktivet erhåller datorprogram upphovsrättsligt skydd som litterära verk enligt Bernkonventionen.⁴⁵ Detta trots att immateriella rättigheter normalt sett endast erhåller skydd inom det

³⁷ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål T 197-92.

³⁸ 39 a § Åndsverkloven (LOV-1961-05-12-2).

³⁹ 53 § 3 st. Lovnr 763 af 20. juni 2006 om ophavsret.

⁴⁰ Olsson, H. *Copyright*, s. 216.

⁴¹ SOU 2010:24, s. 100; Nordell. *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, s. 330.

⁴² Nordell. *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, s. 337.

⁴³ SOU 2010:24, s. 105.

⁴⁴ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886.

⁴⁵ Direktiv 2009/24/EG, artikel 1.

territorium och land där de uppstått. Datorprogram är en speciell typ av litterärt verk, som på grund av sin tekniska utformning gör det svårt att urskilja vilka delar av programmet som kan erhålla immaterialrättsligt skydd. Därför ska här kort redogöras för datorprogrammets tekniska konstruktion och de delar som ett datorprogram består av innan den svenska skyddslagstiftningen för datorprogram behandlas.

Det har gjorts försök att definiera vad ett datorprogram är både i Sverige och internationellt. WIPO arbetade år 1977 fram en modellag för skydd av datorprogram, som dock inget land valde att införa i sin nationella lagstiftning. I nämnda modellag definierades ett datorprogram som *"a set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities, to indicate, perform or achieve a particular function, task or result"*.⁴⁶ I ett svenskt delbetänkande i SOU 1985:51 valde arbetsgruppen följande definition: *"For the purposes of copyright protection a computer program work is an expression of a set of instructions or statements fixed in any form or medium intended to cause a computer directly or indirectly to indicate, perform or achieve a particular function, task or result"*. Sverige har dock inte någon lagstadgad definition av vad ett datorprogram är. En anledning är att det är svårt att formulera en definition som inte föråldras för snabbt till följd av den tekniska utvecklingen.⁴⁷ Begreppet datorprogram är dessutom vidsträckt och omfattar såväl datorspel⁴⁸ som styrningsprogram för tillverkningsindustrin.

Ett datorprogram kan beskrivas som en serie instruktioner som anvisar datorn hur den ska genomföra en viss uppgift. Datorer använder ett binärt språk bestående av ettor och nollor. Sådana binära instruktioner kallas för objekt-koder. Det är mycket svårt för människan att arbeta med och förstå det binära språket. En person som skapar ett datorprogram skriver därför sina instruktioner i ett så kallat högnivåspråk som består av givna uttryck i olika kombinationer och som påminner mer om det mänskliga språket än det binära. Instruktioner skrivna i ett högnivåspråk kallas för källkoder. För att datorn ska förstå de instruktioner som programmeraren av datorprogrammet har skrivit används ett speciellt program som översätter källkoderna till objekt-koder. Personen som programmerar ett datorprogram behöver således inte kunna tyda eller skriva någon objekt-kod. Förutom käll- och objekt-kod brukar det uppkomma ett förberedande designmaterial när en person programmerar ett datorprogram. Detta designmaterial kan bestå av ritningar, tekniska beskrivningar eller matematiska formler. Det finns inte någon

⁴⁶ Lindberg och Westman. *Praktisk IT-rätt*, s. 226; SOU 1985:51, s. 86 f.

⁴⁷ SOU 1985:51, s. 86 f.

⁴⁸ NJA 2000 s. 580 (HD:s domskäl).

definition av vad förberedande designmaterial är. Ett förberedande designmaterial kan ses som ett arbete av sådan art att det kan leda till att ett datorprogram skapas om designen följs. Det grafiska användargränssnittet en ytterligare del av ett datorprogram. Det är en mycket viktig del av ett datorprogram, eftersom det är vad användaren av datorprogrammet ser.⁴⁹

I 1 § 1 st. 2 p. URL stadgas att ett datorprogram är en form av litterärt verk som ger skaparen av datorprogrammet en möjlighet att erhålla upphovsrättsligt skydd. Enligt 1 § 3 st. URL ges även förberedande designmaterial för ett datorprogram upphovsrättsligt skydd. Vad gäller det grafiska användargränssnittet så har EUD uttalat att detta inte kan erhålla upphovsrättsligt skydd i form av datorprogram⁵⁰. Däremot kan det vara möjligt att det grafiska användargränssnittet erhåller ett upphovsrättsligt skydd i egenskap av konstnärligt verk.⁵¹

Det räcker dock inte med ett konstaterande av att skyddsobjektet i fråga uppfyller kraven för att definieras som ett litterärt verk. Det krävs dessutom att verket uppnår en viss grad av originalitet. I praxis från EUD har det fastställts att datorprogrammet ska uppnå en sådan grad av originalitet att det anses utgöra ”upphovsmannens egna intellektuella skapelse”.⁵² Enligt direktiv 2009/24/EG artikel 1 (3) får ingen annan bedömningsgrund användas för att avgöra om ett datorprogram uppfyller kraven för upphovsrättsligt skydd. Kraven på verkshöjd som ställts i proposition 1988/89:85⁵³ och den hjälpregel benämnd *dubbelskapandekriteriet* som utvecklats i praxis⁵⁴ får inte längre användas vid bedömningen av huruvida ett datorprogram är upphovsrättsligt skyddat.⁵⁵ Det upphovsrättsliga skyddet för ett datorprogram skyddar inte den funktion eller det resultat som datorprogrammet uppnår, utan det som skyddas är den speciella utformningen av programmet som möjliggör detta resultat. Det som skyddas är med andra ord hur datorprogrammet uttryckts och inte vad som kommit till uttryck. Det är genom en säregen programmering som skaparen av ett datorprogram erhåller upphovsrätt. Så fort datorprogrammet uppnår tillräcklig originalitet så uppstår upphovsrätten automatiskt. Det krävs ingen registrering av upphovsrätt till skillnad från andra immaterialrättigheter

⁴⁹ Lindberg och Westman. *Praktisk IT-rätt*, s. 226-232; Seipel, P. *Juridik och IT*, s. 80-82; Direktiv 2009/24/EG, skäl 7.

⁵⁰ Mål nr C-393/09, p. 38-42.

⁵¹ Mål nr C-393/09, p. 44-46.

⁵² EUD Mål nr C-5/08, p. 35-37; EUD Mål nr C-393/09, p. 45-46; EUD Förenade mål nr C-403/08 och C-429/08, p. 97; Bernitz m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 55; Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*, s. 86 f.

⁵³ Prop. 1988/89:85, s. 27.

⁵⁴ Se HD:s domskäl i NJA 2004 s. 149.

⁵⁵ Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*, s. 86 f.

såsom patent eller mönsterskydd.⁵⁶ Det automatiska skyddet kan innebära både nackdelar och fördelar. Automatiken tillåter ett omedelbart och kostnadsfritt skydd av verket. Å andra sidan är det svårt för en person som är verksam inom ett område där upphovsrättigheter förekommer att kontrollera att ens eget arbete inte inkräktar på någon annans upphovsrätt, eftersom det inte finns något register att söka i.

2.5 Standardavtalens betydelse

Det finns ingen lag i Sverige som reglerar kommersiella tjänster eller handel med datasystem eller mjukvaror. Inom IT-branschen finns det därför en uppsjö av standardavtal som utformats av olika intresseföreningar till stöd för parterna på marknaden som handlar med datorprogram. Dessa standardavtal innehåller i regel mycket generella regleringar och uttryck. Det beror på att IT-branschens standardavtal är menade att utgöra ett utgångsläge för avtalsparterna, som måste göra tillägg till standardavtalets klausuler och specificera dem, särskilt de tekniska specifikationerna för det beställda datorprogrammets funktion.⁵⁷

För att ett standardavtal ska gälla mellan två avtalsparter krävs att det aktuella standardavtalet har inkorporerats i ett enskilt avtal mellan parterna. Det finns ingen lag som stadgar detta utan den regeln härstammar från principer som uttalats i praxis. För att ett standardavtal ska anses inkorporerat i ett enskilt avtal krävs att villkoret angående användningen av ett sådant bringats till motpartens kännedom. Detta krav kan uppfyllas på olika sätt. Ett standardavtal anses inkorporerat i ett enskilt avtal om det har bifogats till det enskilda avtalet. Det anses även inkorporerat om någon utav avtalsparterna tydligt hänvisat till ett standardavtal genom en klausul i det enskilda avtalet och motparten har haft möjlighet att utan problem ta del av standardavtalet.⁵⁸

Enligt standardavtalet Avtal 90 punkt 12 definieras fel som varje avvikelse från avtalad specifikation under säljarens ansvarstid, som är ett år från och med leveranstidpunkten.⁵⁹ Avtal 90 är dock inte tillämpligt på typexemplet för den här uppsatsen, eftersom Avtal 90 endast behandlar upplåtelse av nyttjanderätt för de levererade varorna och inte någon form av överlåtelse.⁶⁰

⁵⁶ Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 30-36; Bernitz m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 417 f.

⁵⁷ Bergstedt Sten, V. *Felbegreppet vid leverans av programvara*, s. 229 f.

⁵⁸ Bernitz, U. *Standardavtalsrätt*, s. 62 f.

⁵⁹ Smitt m.fl. *Databranschens standardavtal*, s. 73; Bergstedt Sten, V. *Felbegreppet vid leverans av programvara*, 229.

⁶⁰ Smitt m.fl. *Databranschens standardavtal*, s. 36.

Standardavtalet ABDAKA-85 är tillämpligt på det aktuella typexemplet, eftersom det standardavtalet enligt punkt 10.1 reglerar konsultuppdrag där uppdraget rör rådgivning eller utvecklande av en specialtillverkad produkt, och inte leverans av standardiserade produkter. Enligt punkt 10.1 i ABDAKA-85 är huvudregeln att rättigheterna för de beställda verken tillfaller köparen. ABDAKA-85 har omarbetats och har numera benämningen ABDAKA-93. I versionen från 1993 är huvudregel i punkt 10.1 att beställaren har fri förfoganderätt över produkten, och inte äganderätt som i den äldre versionen från 1985. Punkt 10.1 i ABDAKA-93 är dock endast en huvudregel och hindrar således inte parterna från att avtala om en övergång av äganderätten. ABDAKA-85 definierar inte fel. I stället anges att konsulten ansvarar för ”fel som dokumenterats vid leveransprov, eller om felet inte kunnat upptäckas vid leveransprovet, detta framträder före utgången av den garantitid som gäller för uppdraget”⁶¹.⁶² ABDAKA-85 föreskriver i punkt 8.9 att säljaren har en skyldighet att kostnadsfritt avhjälpa fel som visar sig inom en ettårig garantiperiod. Avhjälper inte säljaren felet kan denne bli ersättningsskyldig för köparens kostnader att avhjälpa felet på annat håll.⁶³ De regleringar angående fel som nämnts ovan är antagligen tänkta att tillämpas för faktiska fel där datorprogrammet avviker från de detaljerade tekniska specifikationer som parterna avtalat om. Det är osäkert vilken vägledning standardavtalet ger för immaterialrättsliga fel.

I typexemplet för uppsatsen anges att parterna inte reglerat felansvaret i avtalet och syftet med uppsatsen är att utreda dispositiv rätt. Enligt 3 § KöpL är lagen dispositiv och ger vika för bland annat handelsbruk och sedvänja. Standardavtal kan i vissa fall anses utgöra handelsbruk. Frågan har inte behandlats i någon större utsträckning i rättspraxis men uppfattningen hos domstolarna verkar vara att standardavtal som huvudregel inte utgör handelsbruk. Detta beror på att standardavtal oftast är utformade av en utav avtalsparterna, och oftast av den starkare avtalsparten. Många olika intressen och kompromisslösningar kan ligga bakom standardavtal och huvudregeln är därför att standardavtal, även de mest använda och spridda sådana, inte utgör handelsbruk. Som alltid när det gäller huvudregler finns det undantag, men inga som är tillämpliga avseende utveckling av datorprogram.⁶⁴ En genomgång av de många standardavtalen inom IT-branschen ger uppfattningen av att det saknas standardavtal inom branschen som utgör handelsbruk.⁶⁵ Vidare ska tilläggas att det inte räcker att det

⁶¹ ABDAKA-85, § 8.9.

⁶² Bergstedt Sten, V. *Felbegreppet vid leverans av programvara*, s. 229-231.

⁶³ Smitt m.fl. *Databranschens standardavtal*, s. 187.

⁶⁴ Bernitz, U. *Standardavtalsrätt*, s. 60 f.

⁶⁵ Sundberg, H. *Datakonsulters skadeståndsansvar*, s. 325.

förekommer ett handelsbruk utan det krävs dessutom att handelsbruket är mycket starkt för att det ska få företräde framför köplagen. I förarbetet till köplagen uttalades att endast ett sådant handelsbruk som *måste* anses bindande mellan parterna ska tillämpas i stället för köplagen. Uppgiften att avgöra om ett så pass starkt handelsbruk föreligger har i förarbetena överlämnats till rättstillämpningen.⁶⁶

2.6 Köplagens tillämplighet på immateriella rättigheter

2.6.1 Köplagens tillämplighet på immaterialrättsliga överlåtelseavtal

De allmänna avtalsrättsliga principerna i svensk rätt kan tillämpas på överlåtelser av immateriella rättigheter.⁶⁷ Däremot är det mindre troligt att köplagen kan tillämpas direkt och i sin helhet. Köplagen är enligt 1 § tillämplig på köp av lös egendom, ett begrepp som inkluderar immateriella rättigheter. Köplagen innehåller ingen definition för vilken situation som är att betrakta som ett köp.⁶⁸ Den allmänna uppfattningen är dock att ett köp innebär en fullständig övergång av äganderätten till lös egendom mot vederlag i form av pengar.⁶⁹ Tillämpning av lagen bör alltså vara möjlig vid överlåtelse av immateriella rättigheter där en fullständig övergång av rättigheten sker mot ersättning. En upplåtelse av en rättighet kan inte ses som ett köp eftersom det inte sker en fullständig överlåtelse av rättigheten i sådant fall. Nyttjanderätt faller därmed utanför köplagens tillämpningsområde.⁷⁰

Frågan är om överlåtelse av en upphovsrätt faller inom eller utanför köplagens tillämpningsområde. I typexemplet som presenterades inledningsvis i uppsatsen överlåter upphovsmannen all äganderätt till de ekonomiska rättigheterna. De ideella rättigheterna stannar kvar hos upphovsmannen på grund av överlåtelseförbudet och kan endast efterges av upphovsmannen. Dock är det endast aktuellt att dra analogier från köplagen vid överlåtelseavtal för upphovsrätter (se nedan avsnitt 2.6.2). Sådana analogier bör inte hindras av överlåtelseförbudet för de ideella

⁶⁶ Prop. 1988/89:76, s. 66; Rosén, J. *Förlagsrätt*, s. 52.

⁶⁷ Bernitz m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 408 f.

⁶⁸ Runesson, E. *Immaterialrättsliga fel vid köp*, s. 626; Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 109 f; Nordell, P. J. *Rätten till det visuella*, s. 294; Håstad, T. *Köprätt*, s. 29.

⁶⁹ Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 72.

⁷⁰ Runesson, E. *Immaterialrättsliga fel vid köp*, s. 626; Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 109 f; Nordell, P. J. *Rätten till det visuella*, s. 294.

rättigheterna.⁷¹ Vissa regler i köplagen ger uttryck för allmänna rättsgrundsatser i svensk rätt. Däremot står det klart att vissa paragrafer i köplagen inte är tillämpliga på överlåtelse av immateriella rättigheter, exempelvis köparens undersökningsplikt⁷² eller avlämnande till transportör⁷³, och detta faktum innebär att det varken är praktiskt eller möjligt att tillämpa köplagen i sin helhet. Den bör dock kunna ge vägledning vilket nog är tillräckligt, med tanke på att överlåtelseavtal för immateriella rättigheter kan se olika ut och därför behöver utrymme för olika lösningar gällande ansvar och påföljder.⁷⁴

Den svenska avtalsrätten bygger till stor del på allmänna rättsgrundsatser. Det beror på att avtalslagen och köplagen generellt sett är mycket allmänt hållna för att kunna vara flexibla nog för att användas på stora rättsområden vars delområden kan skilja sig åt väsentligt sinsemellan. Därför behövs allmänna rättsprinciper som utfyllnad till lagarna. Eftersom avtalslagen och köplagen är intetsägande vad gäller immaterialrättsliga fel råder det viss osäkerhet i doktrin vilka rättsgrundsatser som är tillämpliga på överlåtelse av immaterialrättigheter. Runesson menar att det bör upprättas särskilda principer för immaterialrättigheter medan Hultmark menar att det skulle leda till ökad förvirring att introducera ett antal nya och delvis överlappande rättsgrundsatser för immaterialrättigheter.⁷⁵

2.6.2 Hanteringen av immaterialrättsliga fel i svensk rätt

När det talas om fel i vara i juridisk doktrin delas felen ofta upp i olika kategorier. Detta har främst ett pedagogiskt syfte.⁷⁶ De vanligaste kategorierna är faktiska fel, rättsliga fel och rådighetsfel. Faktiska fel innebär att varan inte har de egenskaper som överenskommit i avtalet eller som köparen med fog kunnat förutsätta att den skulle ha. Rättsliga fel kan exempelvis innebära att säljaren inte är den rätte ägaren till varan och därför inte har rätt att förfoga över varan. Rådighetsfel i sin tur innebär att varan inte går att använda som det var tänkt, till exempel när ett myndighetsbeslut gör ett patent ogiltigt och därmed värdelöst. En annan felkategori som diskuterats i doktrin är *immaterialrättsliga fel*. Ett sådant innebär att en vara eller rättighet som överlåtits inte kan användas av köparen därför att tredje

⁷¹ Schovsbo, J. *Immaterialrettsaftaler*, s. 65.

⁷² 31 § KöpL.

⁷³ 7 § KöpL.

⁷⁴ Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*, s. 514; Nordisk utredningsserie 1984:5. *Nordiska köplagar*, s. 163 f; Kihlberg och Nordell. *Inledning*, s. 25.

⁷⁵ Hultmark, C. *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, s. 701.

⁷⁶ Hultmark, C. *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, s. 689 f.

man hävdar att sådan användning skulle innebära immaterialrättsligt intrång i dennes rättighet.⁷⁷ Immaterialrättsliga fel är problematiska på så vis att de inte kan sorteras in i med de vanligaste felkategorierna. I förarbeten har det kortfattat men tydligt uttalats att köplagens regler om rättsliga fel inte är ägnade att tillämpas på immaterialrättsliga fel.⁷⁸ Här nedan följer ett antal författares förslag på hur immaterialrättsliga fel bör hanteras i svensk rätt.

Huvudregeln i 17 § KöpL är att en vara är behäftad med fel om den avviker från sådan beskaffenhet som köparen haft fog att förvänta sig. Vid bedömningen av vad köparen i en särskild situation hade fog att förvänta sig ska dennes förväntningar jämföras med förväntningarna hos en normal och förnuftig köpare. En vara är således behäftad med fel om den avviker från den förnuftige köparens förväntningar vid tidpunkten för övergången av risken för varan, enligt 21 § KöpL. Eftersom 41 § KöpL för rättsliga fel inte kan tillämpas på immaterialrättsliga fel kvarstår det som enda möjlighet att tillämpa 17 § 2 st. 1-2 p. och 17 § 3 st. KöpL.⁷⁹ I typexemplet som inledningsvis presenterades i uppsatsen bör konsulten som utvecklat ett datorprogram ha insett att köparen avsåg att kunna använda rättigheten utan hinder av anspråk från tredje man. 17 § KöpL är inte direkt tillämplig på immaterialrättsliga fel. Enligt Hultmarks argumentation finns det dock utrymme för att tillämpa köplagens regler analogt på immaterialrättsliga fel (se nedan).⁸⁰ Det har ovan antagits att avsaknaden av svensk reglering avseende immaterialrättsliga fel, i ljuset av artikel 42 CISG, tyder på att Sveriges lagstiftare anser att felansvaret bör vara strängare än det i CISG. Frågan är om ett så pass strängt ansvar för säljaren önskas som det som står stadgat i 17 § KöpL? Ett sådant ansvar är nämligen mycket strängare än det i CISG.

Kihlman anser att ändamålsregeln i 17 § 2 st. KöpL inte är tillämplig på immaterialrättsliga fel. Han menar att det endast finns två alternativ för att avgöra om säljaren är ansvarig för felet eller inte. Det ena alternativet är att parterna uttryckligen reglerat ansvarsfördelningen i avtalet. Det andra alternativet är att använda sig av en regel som Kihlman utvecklat, och som han döpt till tilläggsregeln.⁸¹ Regeln är uppbyggd av två led. Om båda leden är uppfyllda bär säljaren ansvaret för felet. Det första ledet i regeln är uppfyllt om säljaren varit medveten om köparens förväntningar, såväl befogade förväntningar som obefogade, innan risken för rättigheten gått över på köparen. Det andra ledet är uppfyllt om det framstår som ohederligt

⁷⁷ Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 40-42.

⁷⁸ Prop. 1988/89:76, s. 141.

⁷⁹ Ramberg och Herre. *Internationella köplagen. En kommentar*, s. 293.

⁸⁰ Hultmark, C. *Köplagens tillämplighet på patent*, s. 688 f.

⁸¹ Kihlman, J. *Fel*, s. 318-322.

av säljaren att med vetskap om köparens förväntningar åberopa köparens rättshandling.⁸² Kihlman menar att denna tilläggsregel kan användas på immaterialrättsliga fel, där det är konstaterat att avtalsobjektet avviker från köparens förväntningar men där det är tveksamt vem som ska stå risken för felet. Kihlmans regel kan vara till hjälp i gränsdragningen mellan placeringen av felansvaret mellan säljare och köpare i den svenska köprätten.

Hultmark anser att köplagen bör kunna tillämpas på immaterialrättsliga fel. Hennes argumentation är pragmatisk och bygger på att slutresultatet ändå blir detsamma som vid faktiska fel, och att det därför vore problematiskt och onödigt krångligt att lyfta de immaterialrättsliga felen utanför köplagens tillämpningsområde för att därefter tillämpa de reglerna analogt. Enligt Hultmark krävs det goda skäl för att frångå köplagens regler om felansvar vad gäller immaterialrättsliga fel. Köplagen är flexibel och har ett brett tillämpningsområde, vilket öppnar upp för möjligheten att tillämpa den på immaterialrättsliga fel. Immateriella rättigheter faller dessutom rent principiellt inom termen lös egendom, vilket är rekvisitet för köplagens tillämpning. Ett försök att konstruera specialregler för immaterialrättsliga fel och problematiken kring sådana fel skulle enligt Hultmark endast leda till ytterligare gränsdragningsproblematik och ge upphov till ännu fler frågetecken.⁸³

Runesson är skeptisk till huruvida köplagens regler över huvud taget kan tillämpas på överlåtelser av immateriella rättigheter. Han tvivlar särskilt på dess tillämplighet när det gäller säljarens ansvar för immaterialrättsliga fel. Köplagen innehåller ingen reglering för sådant ansvar och därför är det lämpligare att frångå köplagens ramar och lösa problemet utifrån allmänna regler på det obligationsrättsliga området.⁸⁴ Anledningen till att Runesson förespråkar användandet av allmänna regler är att det skulle vara en mycket svår uppgift att konstruera en regel som kan tillämpas på alla situationer av immaterialrättsliga fel. Han menar att det är anledningen till att någon lagreglering för immaterialrättsliga fel inte gjorts i Sverige. Med allmänna obligationsrättsliga regler kan man ställa upp en flexibel lösningsmodell som ger utrymme att beakta alla relevanta omständigheter i varje enskilt fall. Detta anser Runesson är nödvändigt eftersom bedömningen av immaterialrättsliga frågor kan skifta kraftigt beroende på typ av verk, rättighet och övriga omständigheter. Det är nästintill omöjligt att på förhand bedöma om en produkt inkräktar på tredje mans immateriella rättighet, såvida säljaren inte medvetet efterliknat eller plagierat ett immaterialrättsligt

⁸² Kihlman, J. *Fel*, s. 307-309.

⁸³ Hultmark, C. *Köplagens tillämplighet på patent*, s. 688 f.

⁸⁴ Runesson, E. *Immaterialrättsliga fel vid köp*, s. 627 f.

skyddat verk. Även när frågan om intrång tas upp till prövning i domstol kan oenighet i jämförelsen av verken och fastställandet av verkens skyddsomfång råda mellan erfarna sakkunniga. Det skulle således innebära en stor risk för säljaren att bära ansvar för eventuella immaterialrättsliga fel. Å andra sidan skulle köparen utsättas för en lika stor risk om ansvarslättnader för säljaren gavs.⁸⁵

Runesson anser att man bör vara försiktig med att dra analogier från artikel 42 CISG till svensk nationell obligationsrätt. Tanken bakom säljarens ansvarslättning i artikel 42 CISG är att det vore alldeles för strängt att kräva att säljaren söker efter konkurrerande rättigheter i flera utländska stater. Även om en sådan undersökning skulle vara svår trots att den begränsas till Sverige motiverar inte det en så pass kraftig ansvarslättning för säljaren som den enligt artikel 42 CISG. Den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning ansåg att artikel 42 CISG gav för lite utrymme för flexibla lösningar. Det var anledningen till att de avstod från att föreslå någon reglering för immaterialrättsliga fel liknande den i artikel 42 CISG. Samtidigt ansågs ett strikt ansvar liknande det för rättsliga fel i 41 § KöpL utgöra en alltför tung börda för säljaren att bära.⁸⁶

2.6.3 Utblick till Norges köplag

Eftersom svensk lag inte reglerar immaterialrättsliga fel i rättigheter ökar benägenheten och därmed möjligheterna att studera utländsk rätt vid den rättsliga bedömningen av immaterialrättsliga fel. I den norska köplagen⁸⁷ (NoKöpL) har immaterialrättsliga fel reglerats under 41 § (4) NoKöpL. I lagen stadgas att reglerna för fel i 41 § (1) NoKöpL ska gälla även för fel som beror på tredjemanskrav rörande immaterialrättigheter. I Norge framstår det alltså som att immaterialrättsliga fel behandlas som andra fel och att hela den norska köplagen blir tillämplig på immaterialrättsliga fel. Det enda undantaget för immaterialrättsliga fel är att reklamationsfristen på två år i 32 § NoKöpL inte gäller vid immaterialrättsliga fel.⁸⁸

⁸⁵ Runesson, E. *Immaterialrättsliga fel vid köp*, s. 631 f.

⁸⁶ Runesson, E. *Immaterialrättsliga fel vid köp*, s. 652.

⁸⁷ Kjøpsloven (LOV-1988-05-13-27).

⁸⁸ Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 187; Ramberg och Herre. *Allmän köprätt*, s. 97.

3 Påföljder vid kontraktsbrott genom fel

3.1 Avtal om produktutveckling

När en uppdragsgivare tar kontakt med en potentiell uppdragstagare för att utforma ett avtal råder det ofta osäkerhet kring ett antal faktorer som kan påverka slutresultatet. Uppdragsgivaren vet sällan hur lång tid det kommer ta att utveckla produkten, hur mycket arbetet kommer att kosta eller om uppdraget ens kommer resultera i en fullt användbar produkt. Med ordet *produkt* menas i förevarande uppsats en upphovsrätt. Uppdragstagaren är antagligen mer insatt i branschen och besitter expertkunskaper rörande den tänkta rättigheten, men trots det kan uppdragstagaren oftast inte ge mer än kvalificerade uppskattningar vad gäller ovan nämnda faktorer. Det är därför svårt att utforma ett avtal som i detalj reglerar hur uppdraget ska gå till och vad som ska ske om utförandet eller rättigheten påvisar brister. Samtidigt är detaljregleringen i ett uppdragsavtal mycket viktig eftersom rättsläget i den dispositiva rätten på området är oklart. Avtalsförhållandet bör därför inledas med att slå fast de mest grundläggande avtalspunkterna för överenskommelsen och eventuella kostnads- och ansvarsbegränsningar för att åtminstone fastställa en ram för uppdraget. Mer detaljerade regleringar kommer att behöva utformas allt eftersom uppdraget fortlöper.⁸⁹

En utav de grundläggande punkterna i avtalet, som bör slås fast redan från början, är vilken form av ansvar för uppdragstagaren som uppdraget innefattar. Avtalet kan innefatta ett ansvar för uppdragstagaren att utveckla en rättighet som uppnår en viss funktionalitet, ett så kallat resultatansvar. Om avtalet däremot innefattar ett så kallat metodansvar räcker det med att uppdragstagaren gör ett gott och fackmannamässigt försök för att utveckla en rättighet som motsvarar uppdragsgivarens önskemål. Om inte frågan om valet av ansvar uttryckligen reglerats i avtalet kan problem uppstå vid avtalstolkningen, eftersom rättsläget är oklart. Det får anses som sannolikt att de bägge avtalsparternas uppfattningar kommer att vara motstridiga i efterhand. Uppdragsgivaren har med största sannolikhet haft som mål med uppdraget att erhålla en rättighet som fungerar som den ska i det sammanhang och på det sätt som uppdragsgivaren tänkt sig när denne tog kontakt med uppdragstagaren. Uppdragstagaren i sin tur anser förmodligen att denne utfört uppdraget så länge denne levererat en upphovsrätt som

⁸⁹ Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 152 f.

motsvarar de angivelser som uppdragsgivaren gett. Detta anser antagligen uppdragstagaren även om det visar sig att rättigheten inte går att använda på det sätt eller i det sammanhang som uppdragsgivaren tänkt sig.⁹⁰

Ramberg anser att det åtminstone borde ingå i det fackmannamässiga utförandet som krävs av en uppdragstagare att denne ska meddela uppdragsgivaren utifall att ett immaterialrättsligt fel påträffas. Det är sannolikt att uppdragstagaren upptäcker att uppdragsgivarens krav på rättigheten inte går att genomföra fullt ut först en bit in i arbetet. Då är det bäst för båda parter att uppdragstagaren meddelar uppdragsgivaren, så att en lösning kan arbetas fram gemensamt mellan avtalsparterna. Det är däremot oklart om uppdragstagaren har en skyldighet att undersöka om liknande upphovsrätter finns på marknaden och i så fall hur långt denna undersökningsskyldighet sträcker sig. När det gäller upphovsrättigheter är det svårt att kontrollera detta eftersom den typen av rättighet inte registreras på samma sätt som mönsterskydd eller patent och därför inte är lika synliga på marknaden.⁹¹

3.2 Påföljder

I det följande avsnittet kommer jag att redogöra för de olika påföljdsalternativ som köplagens påföljds katalog innehåller. Jag kommer att diskutera huruvida de är lämpliga, eller ens möjliga, att använda vid immaterialrättsliga fel och om de i sådana fall kan användas för att minska säljarens eventuella skadestånd. Om uppdragstagaren misslyckas med att utveckla en avtalsenlig produkt så har uppdragstagaren gjort sig skyldig till ett kontraktsbrott. Eftersom det inte finns några lagregler för produktutveckling så råder det oklarhet kring vilka påföljder som kan bli aktuella. Ramberg (tidigare Hultmark) anser att allmänna avtalsrättsliga principer ger uppdragsgivaren rätt till påföljderna prisavdrag, avhjälpande, hävning och skadestånd genom en analog tillämpning av köplagen.⁹² Hon har dock tidigare i en artikel påpekat att påföljderna avhjälpande och omleverans vanligtvis inte är aktuella vid fel i patent, eftersom de påföljderna inte är lämpliga för den typen av rättighet.⁹³ Vad som gäller för immaterialrättsliga fel i upphovsrätter har inte diskuterats särskilt ingående i den juridiska litteraturen. Jag anser därför att det finns utrymme att diskutera användandet av köplagens påföljder i sådana situationer.

⁹⁰ Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 156 f.

⁹¹ Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 160 f.

⁹² Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 157.

⁹³ Hultmark, C. *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, s. 699.

Diskussionen bör enligt min mening grunda sig i möjligheten, och i sådana fall lämpligheten, att tillämpa de olika påföljderna analogt.

3.2.1 Avhjälpande

Avhjälpande av ett fel är oftast den mest fördelaktiga påföljden för bägge avtalsparter. Köparen slipper betala en annan produktutvecklare för att göra om arbetet från början och säljaren får en chans att slutföra uppdraget och minska ersättningen för kontraktsbrottet. Förslagen som lämnats i propositionen till köplagen har präglats av tanken på ett samarbete mellan parterna till ett köpeavtal. Parterna som ingår ett avtal bör sträva efter gemensamma lösningar som gynnar dem båda i stället för att agera som motståndare.⁹⁴

Avhjälpande är möjligt vid ett faktiskt fel i ett datorprogram, men frågan är om säljaren i vårt typexempel verkligen kan avhjälpa ett immaterialrättsligt fel i en upphovsrätt? I en sådan situation framstår inte ett avhjälpande som en möjlig åtgärd enligt min mening. Ett avhjälpande av ett faktiskt fel i ett datorprogram förändrar inte dess kärnegenskaper till den grad att det ändrade programmet bör ses som ett nytt datorprogram. Datorprogrammet förblir i grunden detsamma som innan avhjälpandet. Kärnegenskapen i en upphovsrätt måste enligt min mening anses vara ensamrätten till ett originellt uttryck av en idé. Om säljaren i vårt typexempel ska avhjälpa ett immaterialrättsligt fel i upphovsrätten till datorprogrammet måste denne ändra vissa komponenter. Som nämnts ovan i avsnitt 2.4.2 är det viktigt att identifiera i vilken del av datorprogrammet som utgör intrång på tredjemans upphovsrätt. Om det är kodningen av datorprogrammet som är intrångsgörande skulle ett avhjälpande innebära att uttryckssättet ändras genom att säljaren skriver om källkoden så att den uppnår tillräcklig grad av originalitet (se avsnitt 2.4.2). Resultatet av sådana åtgärder blir att en ny upphovsrätt uppstår, med en förändrad kärnegenskap i förhållande till den tidigare och felaktiga upphovsrätten. Enligt min åsikt är därför omleverans en mer realistisk påföljd för vårt typexempel (se nedan avsnitt 3.2.2).⁹⁵

3.2.2 Omleverans

Om utvecklaren av ett datorprogram gör ändringar i det sätt som datorprogrammet uttryckts på kommer den upphovsrätt som skyddar det ändrade datorprogrammet inte vara detsamma som den upphovsrätt som

⁹⁴ Prop. 1988/89:76 s. 23 och 37.

⁹⁵ Hagström, V. *Obligationsrätt*, s. 410 f.

levererades från början, och som var belagd med ett immaterialrättsligt fel. Den nya upphovsrätten för det ändrade datorprogrammet bör i stället för ett avhjälpande ses som en omleverans av en ny vara.⁹⁶ För att köparen ska kunna kräva omleverans krävs enligt 34 § 2 st. KöpL att säljarens avtalsbrott är av väsentlig betydelse för köparen och att säljaren insett eller bort inse det. Det är samma krav som gäller för hävning av ett köpeavtal (se nedan avsnitt 3.2.4). Ett immaterialrättsligt fel i en upphovsrätt måste anses vara ett fel av väsentlig betydelse. Det hindrar köparen från att använda sin ensamrätt och utgör en risk för ersättningsanspråk från tredje man som åberopar intrång i dennes ensamrätt.

En immateriell rättighet är inte en vara som helt enkelt kan ersättas med en annan, men det betyder inte att möjligheten saknas. Frågan är om det krävs att den omlevererade rättigheten är identisk med den rättighet som ska ersättas? Om så är fallet torde inte en omleverans vara möjlig vid ett immaterialrättsligt fel i en upphovsrätt, eftersom uttryckssättet måste ändras för att åtgärda felet (se ovan avsnitt 3.2.1). Om det däremot är möjligt att ersätta den felaktiga rättigheten med en ny rättighet som ser något annorlunda ut i programmeringen, men som uppfyller samma funktion som den första, skulle omleverans kunna vara en möjlig påföljd. Den nyss nämnda frågeställningen är svår att besvara, särskilt som svaret beror på vilken del av datorprogrammet som utgör intrång. Om felet enkelt kan åtgärdas genom att programmera om en källkod så lär inte den nya upphovsrätten bli helt olik den först levererade. Om däremot säljaren har använt ett upphovsrättsligt skyddat förberedande designmaterial och helt och hållet kopierat tredjemans datorprogram lär den ersättande upphovsrätten bli helt olik den intrångsgörande. I sådana fall torde omleverans inte kunna bli aktuellt. Eftersom frågan om omleverans av upphovsrättighet till datorprogram inte har diskuterats i svensk rätt kommer inte några svar på frågan kunna läggas fram här. En omleverans framstår som ett bra alternativ för att åtgärda ett immaterialrättsligt fel i en upphovsrätt och för att göra bägge avtalsparterna nöjda. Även om en omleverans vanligtvis utgör en mer betungande påföljd än ett avhjälpande⁹⁷ anser jag att det är den mest lämpliga påföljden för uppsatsens typexempel. Enligt 36 § 1 st. KöpL har säljaren en rätt att företa omleverans utan att köparen kräver det, så länge det inte innebär väsentlig olägenhet för köparen eller att köparen riskerar att inte få sina egna kostnader ersatta av säljaren.

Även om en omleverans tekniskt sett är möjlig, åtgärdar den inte det faktum att ett intrång redan skett vid köparens användning av rättigheten fram till dess att det immaterialrättsliga felet rättats till. Tredje man kan ha lidit skada

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Prop. 1988/89:76 s. 38.

av intrånget och kan därmed kräva ersättning för den skadan. Detsamma gäller vid användandet av samtliga de påföljdsalternativ som köplagen erbjuder. Möjligen kan en snabb omleverans minska skadeståndsbeloppet något, även om det inte kan undvikas helt. Den stora fördelen med en omleverans är dock att säljaren får en möjlighet att i slutändan förse köparen med en användbar och värdefull upphovsrätt. Så blir inte fallet med påföljderna prisavdrag och hävning (se nedan avsnitt 3.2.3-3.2.4).

3.2.3 Prisavdrag

Prisavdrag är en påföljd som inte är förmånlig för vare sig säljaren eller köparen i vårt typexempel. Om det föreligger ett resultatansvar, och resultatet är en rättighet som inte går att använda, blir säljaren utan betalning och köparen står utan den rättighet som denne planerat att använda i sin verksamhet. Om ett metodansvar är avtalat kommer säljaren att vilja ha full betalning för sitt arbete. Men även i detta fall står köparen med en rättighet som inte kan användas och som köparen därför inte kommer att vilja betala för. Det förefaller att prisavdrag inte är en lämplig påföljd för sådana utvecklingsavtal som inledningsvis presenterades i uppsatsens typexempel. Ett immaterialrättsligt fel resulterar inte bara i en värdelös produkt, utan även i efterföljande ekonomiska skador som kan uppgå till summor långt utöver priset för uppdraget. Köparen torde därför vilja ha större kompensation än ett prisavdrag.⁹⁸

3.2.4 Hävning

Vid en hävning är tanken att prestationerna ska återgå mellan bägge avtalsparter. Om ett fel upptäcks i början eller under utvecklingen av produkten kan köparen häva avtalet. Hävning i slutskedet av processen har mindre betydelse eftersom hävning vid en produktutveckling endast häver avtalet inför framtiden. Det arbete som redan utförts enligt avtalet kan inte återgå till säljaren och därför hjälper inte hävning i en sådan situation. Vidare bör uppmärksammas att det krävs ett väsentligt avtalsbrott för att en avtalspart ska kunna häva ett avtal. Enligt 39 § KöpL krävs det att felet är av väsentlig betydelse för köparen och att säljaren insett eller bort inse det. Endast när 39 § KöpL är uppfylld föreligger grund för hävning av ett avtal. Liksom nämnts ovan måste ett immaterialrättsligt fel anses vara väsentligt i vårt typexempel. Om felet är så pass allvarligt att det föranleder en hävning är det sannolikt att även prisavdrag för redan utfört arbete kan bli aktuellt.⁹⁹

⁹⁸ Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 158.

⁹⁹ *Ibid.*

Liksom ovan nämnts hjälper inte ett prisavdrag för avtalsparterna i vårt typexempel.

3.2.5 Skadestånd

Skadestånd kan bli aktuellt vid ett kontraktsbrott. Om ett immaterialrättsligt fel föreligger i den överlåtna rättigheten har säljaren gjort sig skyldig till ett kontraktsbrott. I produktutvecklingssammanhang kan bestämmandet av skadestånd bli problematiskt. Enligt allmänna avtalsrättsliga principer så ska kontraktsbrytande part ersätta motparten för det positiva kontraktsintresset, det vill säga att uppdragsgivaren i det aktuella typfallet ska försättas i samma situation som om avtalet hade fullföljts så som det var tänkt. Konceptet med det positiva kontraktsintresset framgår av 67 § 1 st. KöpL och det har även uttryckts i UNIDROIT Principles Article 7.4.2 och PECL Article 9:502. Vidare kan skadorna av en felaktig produkt bli oproportionerligt stora jämfört med uppdragstagarens ersättning för utvecklingsarbetet. Ett utvecklat datorprogram kan vara planerat att användas av uppdragsgivaren i ett produktionssystem. Konsekvensen av den felaktiga rättigheten kan då bli att hela produktionen avslutas eller i vart fall försenas, och att uppdragsgivaren drabbas av utebliven försäljning under en lång tid.¹⁰⁰ Visar sig konsultens ersättningsskyldighet bli oskäligt hög finns det en möjlighet att den jämkas, med stöd av antingen 70 § 2 st. KöpL eller 36 § AvtL (se nedan avsnitt 4).

Köplagens regler innebär ett strängt skadeståndsansvar för säljaren vid avtalsbrott genom fel. Enligt 40 § KöpL är säljaren ersättningsskyldig för all direkt förlust, såvida inte felet beror på ett hinder som låg utanför säljarens kontroll och som gjorde det omöjligt för säljaren att avlämna en felfri vara. Enligt 40 § 3 st. KöpL blir säljaren ersättningsskyldig även för köparens indirekta förluster som beror på försummelse från säljaren eller avvikelser från särskilda utfästelser som lämnats av säljaren.¹⁰¹ I 67 § KöpL stadgas vad som räknas som direkta och indirekta förluster. Som indirekta förluster räknas enligt 67 § 2 st. KöpL minskning eller bortfall av produktion eller omsättning, förluster som följer av att varan inte kan utnyttjas på avsett sätt, utebliven vinst från ett avtal som slutits med tredje man samt annan liknande förlust som varit svår att förutse. Listan på indirekta förluster i 67 § 2 st. KöpL är uttömmande och alla andra förluster är därmed att anse som direkta förluster.¹⁰² Utgångspunkten i 67 § KöpL är att den avtalsbrytande parten ska ersätta motparten enligt det positiva kontraktsintresset. Det ska

¹⁰⁰ Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 158 f.

¹⁰¹ Håstad, T. *Köprätt*, s. 117 f.

¹⁰² Prop. 1988/89:76, s. 199.

dock tilläggas att den skadelidande avtalsparten har en skyldighet enligt 70 § 1 st. KöpL att vidta skäligen åtgärder för att begränsa sina skador. Vidare krävs det att skadorna har ett tillräckligt orsakssamband med kontraktsbrottet för att de ska omfattas av ersättningsskyldigheten.¹⁰³ Uppdelningen av direkta och indirekta förluster i köplagen har kritiserats i juridisk doktrin. Flertalet standardavtal på det köprättsliga rättsområdet har frångått denna uppdelning.¹⁰⁴

Huvudregeln i den allmänna skadeståndsrätten är att ren förmögenhetsskada ska ersättas när den orsakats av brott. Denna spärregel, som uttryckts i 2 kap. 2 § SkL, hindrar dock inte att ren förmögenhetsskada ersätts i andra fall. Det är i allmän skadeståndsrätt en vedertagen regel att en ren förmögenhetsskada vid inomobligatoriska förhållanden ska ersättas av den kontraktsbrytande parten. Ersättningen ska uppgå till det positiva kontraktsintresset. Vad som ovan sagts angående 67 § 2 st. KöpL och dess uppdelning av skadorna i direkta och indirekta förluster gäller inte som en allmän avtalsrättslig princip. Vid tillämpningen av allmänna skadeståndsrättsliga regler kan ersättning utgå för alla ekonomiska förluster som har ett orsakssamband med den skadegörande handlingen. Att skadan ska ha ett orsakssamband, eller så kallad adekvat kausalitet, med den skadegörande handlingen innebär att skadan ska vara en rimlig konsekvens av avtalsbrottet som den avtalsbrytande parten kunnat förutse. Vanligtvis kräver den allmänna skadeståndsrättsliga läran någon grad av oaktsamhet för att skadeståndsskyldighet ska kunna göras gällande. Det är dock osäkert vad som gäller vid inomobligatoriskt skadestånd. En stark allmän avtalsregel i svensk rätt är löftesprincipen att avtal ska hållas, *pacta sunt servanda*. Även om den regeln inte på något sätt är absolut eller står över reglerna om jämkning av oskäligen avtalsvillkor (se nedan) är löftesprincipen stark i svensk rätt. Det ligger i linje med löftesprincipen att den som bryter ett avtalslöfte ska ge den skadelidande motparten full ersättning. Vilket aktsamhetskrav som gäller för inomobligatoriskt skadestånd är oklart i dagens rättsläge. Den enda situation som med viss säkerhet kan väntas utlösa skadeståndsskyldighet trots avsaknad av oaktsamhet, är när avtalsbrottet rör en garanti eller särskild utfästelse som den avtalsbrytande parten lämnat.¹⁰⁵

¹⁰³ Prop. 1988/89:76, s. 193.

¹⁰⁴ Ramberg och Herre. *Köplagen. En kommentar*, s. 571.

¹⁰⁵ Ramberg och Ramberg. *Allmän avtalsrätt*, s. 215-221.

4 Begränsning av ersättningskyldighet

4.1 Avtalsvilkors skälighet

4.1.1 Generalklausulen (36 § AvtL)

Det fanns tidigare en paragraf i URL (29 §) som möjliggjorde en jämkning eller ett ogiltigförklarande av ett villkor i ett avtal rörande överlåtelse av upphovsrätt. Den regeln upphävdes 1976 i samband med att den så kallade generalklausulen infördes i 36 § AvtL. 36 § AvtL är en generalklausul som kan användas för att ogiltigförklara eller jämka såväl hela avtal som enskilda avtalsklausuler. En domstol kan ogiltigförklara eller jämka en klausul om den är att anse som oskälig. I sin bedömning om en klausul är att betrakta som oskälig ska domstolen ta hänsyn till en rad olika omständigheter. Domstolen ska ta särskild hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst och senare inträffade förhållanden. Dock kan även omständigheterna i övrigt få stor betydelse för domstolens bedömning. 36 § AvtL är tillämplig på alla avtal och rättshandlingar inom förmögenhetsrättens område, inklusive avtal om upphovsrätt.¹⁰⁶

Enligt 36 § 2 st. AvtL ska särskild hänsyn tas till det skyddsbehov som tillkommer en avtalspart som befinner sig i en underlägsen ställning. Det är inte enbart konsumenter som anses stå under ett sådant särskilt skyddsbehov. Skyddsregeln kan även tillämpas vid avtal mellan två näringsidkare. Att 36 § AvtL är tillämplig även på ett avtalsförhållande mellan två näringsidkare framgår av NJA 1979 s. 666. Vid upphävandet av den dåvarande jämkningsregeln i URL (se ovan) framfördes oroliga synpunkter från upphovsmännens representanter. De befarade att den nya generalklausulen i 36 § AvtL inte skulle tillämpas lika förmånligt gentemot upphovsmännen som jämkningsregeln i URL. Den upphävda paragrafen i URL tog fasta på skyddet för den svagare parten i avtalsförhållandet. En ojämlikhet i avtalsparternas styrka är ganska vanligt förekommande i upphovsrättsliga avtal. Om det föreligger en påtaglig ojämlikhet mellan parterna bör den svagare parten därför få sitt skyddsintresse tillgodosett enligt 36 § 2 st. AvtL. Frågan är om det skyddet är lika starkt som det var i den upphävda paragrafen i URL? I förarbetet till 36 § AvtL hävdades att skyddet för de svagare parterna inte skulle minska, utan snarare förstärkas.

¹⁰⁶ Olsson, H. *Copyright*, s. 225 f; Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 112 f; Jfr PECL Article 8:109.

36 § AvtL har nämligen ett vidare omfång än den upphävda jämkningsregeln i URL, som tillåter domstolen att ta hänsyn till fler omständigheter och därmed ökar möjligheterna för jämkning eller ändring av oskäligen villkor.¹⁰⁷ Det ska tilläggas att skälighetsbedömningen inte nödvändigtvis och enbart utgår från storleken på de båda avtalsparternas näringsverksamheter. En näringsidkare med en mindre verksamhet kan ha expertkunskaper eller vara mer insatt i branschen, vilket kan leda till att denne blir den starkare avtalsparten. Den omständighet som domstolen tar fasta på vid en skälighetsbedömning är hur avtalsvillkoret skapats och om det är ensidigt utformat. Det ska dessutom påpekas att en näringsidkare förväntas göra ett medvetet risktagande när de sluter kommersiella avtal.¹⁰⁸

4.1.2 Friskrivningsklausuler

Det finns exempel på friskrivningsklausuler där konsultens skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada är begränsat. En säljare får inte friskriva sig från skadeståndsansvar som orsakats genom grov vårdslöshet eller uppsåt.¹⁰⁹ I ABDAKA-93 punkt 8.5 rekommenderas att ett maximalt belopp för konsultens sammanlagda skadeståndsskyldighet regleras i avtalet. Om sådan begränsning inte har uttryckts, ska enligt klausulen skadeståndsskyldigheten begränsas till det högsta beloppet av 50 % av kontraktssumman eller 25 basbelopp. I punkt 8.3 ABDAKA-93 anges att konsulten ansvarar för direkta skador, och att immaterialrättsliga fel omfattas av den skadetyper.¹¹⁰ En begränsning av den sammanlagda skadeståndsskyldigheten kan vara svår att bestämma till ett exakt belopp eftersom förlusterna vid uppdragsavtal enligt typexemplet är svåra att förutsäga. Beställaren av rättigheten i vårt typexempel skulle antagligen föredra ett rörligt belopp framför ett fixerat belopp. Det är inte ens säkert att beställaren går med på någon begränsning av konsultens skadeståndsansvar över huvud taget. En avsaknad av en sådan begränsning kan innebära problem för uppdragstagaren. Vanligtvis har uppdragstagaren en ansvarsförsäkring, men sådana brukar innefatta ett takbelopp och som tidigare nämnts kan de ekonomiska förlusterna vid immaterialrättsligt fel i en upphovsrätt uppgå till mycket höga belopp.¹¹¹ Ett obegränsat

¹⁰⁷ Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, s. 112 f; Prop. 1975/76:81, s. 19; NJA II 1976, s. 256 f.

¹⁰⁸ Lundmark, T. *Om friskrivningsklausuler i särskilt datakonsultavtal och liknande avtal*, s. 348 f.

¹⁰⁹ Lindberg och Westman. *Praktisk IT-rätt*, s. 501; Ramberg och Ramberg. *Allmän avtalsrätt*, s. 233; DCFR III 3:105; Lundmark, T. *Om friskrivningsklausuler i särskilt datakonsultavtal och liknande avtal*, s. 344.

¹¹⁰ ABDAKA-93, § 8 (hämtat ur Hed och Munukka. *Standardavtal – en formulärsamling*, s. 231 f.).

¹¹¹ Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 158 f; Lundmark, T. *Om friskrivningsklausuler i särskilt datakonsultavtal och liknande avtal*, s. 346 f.

ersättningsansvar för en uppdragstagare skulle kunna utgöra ett sådant villkor som generalklausulen blir tillämplig på. Men enligt Ramberg är inte jämningsregeln en allmän avtalsrättslig princip som kan användas i kontraktsförhållanden där det finns dispositiv rätt som täcker upp de problemområden som inte reglerats i avtalet.¹¹² Om uppdragstagaren befinner sig i en uppenbart underlägsen ställning till uppdragsgivaren ligger det åtminstone närmare till hands att överväga en jämkning av ersättningsansvaret. I slutändan beror tillämpningen av 36 § AvtL på omständigheterna i det enskilda fallet.¹¹³

4.1.3 Garantier av uppdragstagaren

Det förekommer att uppdragstagare utfäster garantier av olika slag i uppdragsavtalet. I exemplifierande syfte använder jag därför en avtalsklausul från det praktiska rättslivet. En sådan klausul kan lyda som följer:

Konsulten garanterar att resultaten av Tjänsterna ("Resultaten") fritt kan användas av Beställaren och att de inte belastas av eller gör intrång i annan tillkommande rätt.

Konsulten åtar sig att ersätta Beställaren för de ersättningar och skadestånd som Beställaren genom förlikning eller dom åläggs att erlægga för intrång i immateriell rättighet genom Beställarens, eller Beställarens kunds, nyttjande av Resultaten.

Vid ett påstående om intrång ska Konsulten på egen bekostnad byta ut omtvistad del av Resultaten mot resultat som kan anses godtagbara.¹¹⁴

Det är vanligt förekommande i kommersiella avtal för köp av produkter att säljaren garanterar att produkten inte inkräktar på annans immaterialrättighet på liknande sätt som visas i avtalsvillkoret här ovan. Det förekommer också att säljaren i en klausul tar på sig ansvaret att ersätta köparen för rättegångskostnader och eventuellt utdömt skadestånd som uppstår i samband med en intrångstalan från tredje man.¹¹⁵ Det är positivt om garantier av nyss nämnda slag uttryckts i avtalet, eftersom det har konstaterats ovan att rättsläget är mycket oklart. Det blir därför svårt att bestämma säljarens ersättningsskyldighet utan någon sådan ansvarsreglering

¹¹² Jfr jämningsreglerna i 6:1 SkL och 70 § KöpL.

¹¹³ Ramberg, C. *Kontraktstyper*, s. 158 f.

¹¹⁴ Klausulen är inspirerad av en reglering i det praktiska rättslivet. Avtalsförfattaren önskar inte att bli namngiven.

¹¹⁵ Bernitz, U m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 412 f.

i avtalet. Frågan är vad som krävs för att en lämnad garanti kan anses oskälig? Den som lämnat en garanti i ett avtal och är medveten om dess existens kommer att ha svårt att komma undan ansvaret. Det troligaste scenariot när en garanti kan anses oskälig och därför jämkas skulle enligt min mening vara om en betydligt starkare avtalspart tvingat på ”Konsulten” i den exemplifierande avtalsklausulen ovan en garanti som sträcker sig orimligt långt fram i tiden. Vad som är att anse som orimligt lång tid är upp till domstolen att bestämma i varje enskilt fall. Enligt punkt 8.9 ABDAKA-93 är konsultens skyldighet att åtgärda faktiska fel begränsad till ett år efter tidpunkten för uppdragets avslutande¹¹⁶.

4.2 Avtalsvillkor mellan näringsidkare

Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare (AVLN) är en lag som har ett syfte att stoppa användandet av oskäliga avtalsvillkor mellan näringsidkare. Lagen har främst ett marknadsrättsligt syfte och är tänkt att successivt stoppa användandet av oskäliga avtalsvillkor på handelsmarknaden. Den är inte tänkt att användas för att jämka oskäliga klausuler i enskilda avtalsförhållanden. Marknadsdomstolen har som uppgift att pröva de ansökningar av förbud som kommer in från näringsidkare.¹¹⁷ De som har rätt att lämna in en ansökan om förbud grundat på AVLN är enskilda näringsidkare som villkoret använts mot eller en sammanslutning av näringsidkare.¹¹⁸ Vid sin bedömning ska marknadsdomstolen särskilt ta hänsyn till om någon utav näringsidkarna befinner sig i en underlägsen ställning.¹¹⁹ Ett förbud från marknadsdomstolen innebär att den näringsidkare som förbudet riktar sig till inte i fortsättningen får ställa upp samma eller väsentligen samma villkor mot någon avtalspart.¹²⁰

Flera författare har frågat sig hur stor betydelse AVLN egentligen har fått. Marknadsdomstolen har inte prövat särskilt många fall om förbudstalan mot oskäliga avtalsvillkor trots att det är 30 år sedan lagen instiftades. Bernitz anser att rättspraxis är alldeles för sparsam för att dra några slutsatser från den.¹²¹ Det är dock viktigt att detta kontrollinstrument fortsätter att existera. Eftersom någon lagreglering inte finns på området för IT-rättsliga överlåtelseavtal finns det få gränser för hur näringsidkare inom branschen får formulera sina avtalsvillkor. Det är därför viktigt att nämnda

¹¹⁶ ABDAKA-93, § 8.9.

¹¹⁷ 1 § AVLN.

¹¹⁸ 3 § AVLN.

¹¹⁹ 2 § AVLN.

¹²⁰ 1 § AVLN.

¹²¹ Bernitz, U. *Standardavtalsrätt*, s. 206.

näringsidkare står under granskning av marknadsdomstolen, så att handelsbruket utvecklas i rätt riktning.¹²² Det ska tilläggas att AVLN tar sikte på avtalsvillkor som systematiskt används mot flera avtalsparter genom standardavtal. Oskäliga avtalsvillkor som används i individuella avtal ska bedömas med hjälp av 36 § AvtL. AVLN bör ses som ett incitament för starka näringsidkare att värna om sina avtalsparter och hålla sig undan oskäliga avtalsvillkor. Småföretagare kan använda lagen som ett påtryckningsmedel i avtalsförhandlingar där de intar en underlägsen ställning.¹²³ För vårt typexempel torde inte AVLN ha någon större inverkan. Eventuell oskälighet i typexemplets individuella avtalsvillkor får således bedömas utifrån 36 § AvtL.

¹²² von Post, C-R. *Studier kring 36 § avtalslagen*, s. 125 f.

¹²³ Bernitz, U. *Standardavtalsrätt*, s. 204-207; Ramberg och Ramberg. *Allmän avtalsrätt*, s. 175 f.

5 Analys och slutsatser

5.1 Dispositiv rätt för immaterialrättsliga fel

När ett avtal eller en klausul ska tolkas ska man i första hand försöka utröna den gemensamma partsviljan. En sådan är ofta svår att finna hos parterna i en tvist eftersom den ena parten sällan lyckas föra fram en mer trovärdig version av händelseförloppet än motparten. Nästa steg blir därför att göra en objektiverad tolkning¹²⁴. En naturlig utgångspunkt i en sådan är att tolka ordalydelsen i avtalsklausulen. Som nämnts tidigare finns ingen reglering av felansvaret i vårt typexempel. Därför måste rättstillämparen i vårt typexempel beakta de övriga tolkningsmetoderna som ingår i den objektiverade tolkningen. Utöver en språkinriktad tolkning kan domstolen se till förhållandena i branschen. Vidare kan den företa en norminriktad tolkning. Vid en sådan beaktar domstolen dels branschförhållanden, dels vad som hade gällt enligt dispositiv rätt. Det är även möjligt att göra en systeminriktad tolkning där domstolen ser till avtalets helhet och kontext för att avgöra vilken innebörd en särskild avtalsbestämmelse ska få. Vid en objektiverad avtalstolkning ser domstolen dessutom till ändamålet och skäligheten med bestämmelsen. Om en objektiverad tolkning inte leder till något svar får rättstillämparen gå till det tredje och sista steget i avtalstolkningen, vilket är de särskilda tolkningsreglerna. En särskild tolkningsregel är oklarhetsregeln. Enligt den ska avtalsbestämmelsen tolkas till författarens nackdel om den framstår som oklar. En annan särskild tolkningsregel är minimiregeln. Den går ut på att man tolkar en oklar avtalsbestämmelse till fördel för den part som förpliktas av den oklara bestämmelsen.¹²⁵ I typexemplet som presenterades inledningsvis är dock inte problemet en oklar avtalsbestämmelse, utan en total avsaknad av reglering för felansvaret. Därmed hjälper inte en tolkning av avtalet. Enligt min mening bör vi i stället utreda om det finns någon dispositiv rätt som kan ge vägledning.

¹²⁴ Detta steg i tolkningsprocessen har tilldelats olika benämningar av författarna i doktrinen. Ola Svensson har valt att använda begreppet "objektiverad tolkning" i sin undervisning i allmän avtalsrätt vid Lunds universitet. Ramberg och Ramberg samt Lehrberg har valt andra benämningar för detta tolkningssteg. Oavsett vad författarna väljer att kalla tolkningssteget och dess underliggande tolkningsmetoder så är innehållet i dem i stort sett detsamma hos samtliga nämnda författare.

¹²⁵ Lehrberg, B. *Avtalstolkning*, s. 91-92, 99-102 och 122-126; Ramberg och Ramberg. *Allmän avtalsrätt*, s. 168 f; Jfr HD:s domskäl i NJA 2013 s. 271 och NJA 2001 s. 750.

Frågan om huruvida köplagens regler är tillämpliga på immaterialrättsliga fel är en klassisk rättsfråga som nämnts av många författare, men få författare har trängt djupt in i diskussionen om hanteringen av sådana fel. De författare som har uttalat sig i frågan kan delas in i olika läger. Ramberg (tidigare Hultmark) menar att köplagens regler bör användas analogt vid immaterialrättsliga fel. Hon anser att de är tillräckligt flexibla för att lämpa sig för den typen av fel, trots att karaktären hos immaterialrättsliga fel skiljer sig från faktiska fel. Runesson anser att allmänna obligationsrättsliga regler bör användas. Han menar att köplagen inte var skriven för att användas vid immaterialrättsliga fel och att det därför inte är lämpligt att tillämpa den på sådana fel. Han anser att de allmänna obligationsrättsliga principerna i svensk rätt bör användas, eftersom det krävs en flexibilitet som inte kan åstadkommas i en enda lagregel. Kihlman menar att speciella regler bör skapas för att lösa problemen kring säljarens ansvar för immaterialrättsliga fel. Att utgå från allmänna obligationsrättsliga principer medför en viss osäkerhet, eftersom det är svårt att avgöra vilka principer som gäller och vilken tyngd de ger i en argumentation. Nedan följer en diskussion kring de olika lösningsförslag som presenterats i uppsatsen. Jag kommer att diskutera huruvida lösningsförslagen leder till olika resultat och i så fall vilket resultat som är mest önskvärt.

Det finns ingen tydlig dispositiv rätt att falla tillbaka på när det gäller immaterialrättsliga fel i en upphovsrätt. Det råder stor osäkerhet över huruvida den nya köplagen ger uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer eller inte. Bedömningen av vilka regler som kan användas analogt och eller inte, bör enligt Ramberg (tidigare Hultmark) göras utifrån en jämförelse med den gamla köplagen från 1905. De bestämmelser i den nya köplagen som fanns med redan i den gamla köplagen bör enligt henne ses som allmänna principer.¹²⁶

Som tidigare nämnts framgår det tydligt att den norska lagstiftaren har hämtat inspiration från NoKöpL när lagar för avtalstyper som ligger nära köpeavtalet har stiftats. Därmed kan NoKöpL ses som ett uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer. Ingen vet hur inaktiviteten hos den svenska lagstiftaren ska tolkas vad gäller stiftande av lagar för avtalstyper närliggande till köpeavtal. Den kan tolkas som att köplagen ska gälla endast för köpeavtal och inte tillämpas analogt på andra avtalstyper. Om man däremot ser köplagen som ett uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer kan man tolka avtal i ljuset av köplagen trots att alla dess bestämmelser inte är praktiskt lämpliga för den aktuella situationen. Med tanke på att köplagen formellt sett är tillämplig på många olika slags

¹²⁶ Hultmark, C. *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, s. 691.

köpeavtal hade det varit bekvämt att ta avstamp i köplagens paragrafer avseende fel i stället för att konstruera specialregler för immaterialrättsliga fel. Om allmänna regler ska användas, vilket Runesson förespråkar, behöver rättsläget klargöras för vilka paragrafer i köplagen som ger uttryck för sådana allmänna regler som kan tillämpas på immaterialrättsliga fel. Ett sådant klargörande bör ske genom praxis från domstolarna. HD har i ett par rättsfall tolkat oklara avtalsklausuler i ljuset av allmänna obligationsrättsliga principer och köplagen trots att de aktuella avtalen inte varit vanliga köpeavtal. Fallen gällde entreprenadavtal som till sin natur vanligtvis är mer komplicerande än vad vanliga köpeavtal är. Anledningen till varför domstolen valde att göra en tolkning i ljuset av köplagen var att standardavtalen inom branschen hade köplagen och den allmänna obligationsrätten som utgångspunkt under förhandlingarna.¹²⁷

Jag tror inte att ett uppställande av speciella regler för immaterialrättsliga fel är vare sig möjligt eller praktiskt. Det faktum att lagstiftaren i Sverige gång på gång har låtit bli att skapa regler för den typen av fel måste enligt min mening bero på att de inte lyckats komma fram till en universell regel som kan användas för alla typer av immaterialrättsliga fel. Jag har svårt att tänka mig att 30 års debatt inte har uppmärksammat lagstiftaren på behovet av att utreda frågan. Det skulle dock kunna vara som så att frågan om immaterialrättsliga fel är av mer teoretiskt intresse än praktiskt intresse. Så länge avtalsparterna på marknaden reglerar felansvaret i sina avtal uppstår inga större problem. De undantagsfall när sådan reglering saknats kanske inte har varit tillräckligt många till antalet eller uppmärksammade för att ta fokus från andra rättsfrågor som behövt utredas. Jag anser att ansvarsproblematiken vid immaterialrättsliga fel i upphovsrätter är en viktig fråga, såväl praktiskt som teoretiskt. Enligt min mening finns det ett behov av en tydlig dispositiv rätt för att ge avtalsparterna en utgångspunkt i sina avtalsförhandlingar så att rimliga ansvarsfördelningar främjas. Jag anser att det är rättsosäkert att en bransch ska kunna utveckla gällande rätt helt på egen hand genom standardavtal och av de starka aktörerna på marknaden, utan något som helst inflytande av den svenska lagstiftaren.

Vad som är mest bekymrande är den ovisshet som råder kring hur ansvarsfördelningen för immaterialrättsliga fel vanligtvis ser ut i immaterialrättsliga överlåtelseavtal. Ovissheten beror på att sådana avtal sällan förekommer i forum där de offentliggörs. Det är troligtvis i tvister eller förhandlingar som rör kommersiella avtal som immaterialrättsliga fel oftast aktualiseras. Det är sannolikt att en tvist enligt vårt typexempel avgörs genom skiljeförfarande, med tanke på att en bedömning av originaliteten av

¹²⁷ NJA 2013 s. 271; NJA 2012 s. 597.

upphovsrätten till ett datorprogram fordrar att rättstillämparen analyserar källkoden till datorprogrammet. Det är viktigt för avtalsparterna att källkoden inte offentliggörs, eftersom ett offentliggörande av programmeringen kan leda till otillåten kopiering av datorprogrammet. Som vi sett har lagstiftaren i förarbetena överlämnat uppgiften att klargöra rättsläget till rättstillämparen. Även de juridiska författarna har uppmärksammat behovet av att frågan klargörs i praxis. Det är svårt att avgöra om ett verkligt problem föreligger eller inte, när det inte går att ta reda på huruvida den typen av avtal någonsin har analyserats av en skiljenämnd. Anledningen till att det inte går att ta reda på om frågan behandlats i skiljeförfarande är att domar från skiljeförfaranden inte är offentliga. Det saknas därmed vägledande praxis som klargör rättsläget för hanteringen av immaterialrättsliga fel i Sverige, vilket är problematiskt.

I min utredning av frågan om placeringen av ansvaret för ett immaterialrättsligt fel i en upphovsrätt har jag kommit till slutsatsen att rättsläget är oklart och att det behöver klargöras. Om rättsläget förblir oklart kan aktörerna på marknaden bli obenägna att agera och göra affärer på grund av det oklara rättsläget och de svårbedömda risker som en sådan oklarhet innebär. Med tanke på att rättsläget varit oklart under en lång tid, och att sannolikheten inte är stor att frågan kommer föras till allmän domstol, anser jag att lagstiftaren bör klargöra frågan om ansvarsplaceringen för ett immaterialrättsligt fel. I väntan på ett klarlagt rättsläge är den säkraste lösningen för avtalsparterna till immaterialrättsliga överlåtelseavtal att reglera följderna av ett immaterialrättsligt fel i avtalet.

5.2 Lämpliga påföljdsalternativ

Som nämnts ovan är rättsläget oklart för hur den dispositiva rätten för immaterialrättsliga fel ser ut. Det är därmed möjligt att argumentera för olika lösningsalternativ. Jag anser att en sådan argumentation bör utgå från vilka påföljder som är lämpligast att använda. Det råder ingen tvekan om att köplagens regler är väl kända och använda på den svenska marknaden. Det förefaller tryggare att tillämpa regler som finns klart uttryckta och som är väl beprövade än att tillämpa allmänna obligationsrättsliga principer. Ur rättssäkerhetssynpunkt känns det rimligt att köplagen utgör dispositiv rätt vid immaterialrättsliga fel eftersom dess bestämmelser är förutsägbara för bägge avtalsparter. Frågan är dock hur lämpliga köplagens bestämmelser är för att bestämma säljarens ansvar vid ett immaterialrättsligt fel?

Som nämnts tidigare i uppsatsen (se ovan kapitel 3) är en del av alternativen i köplagens påföljds katalog inte lämpliga att använda vid immaterialrättsliga

fel som uppstår i situationer likt vårt typexempel. Ett prisavdrag kompenserar troligtvis inte köparen av rättigheten, eftersom kostnaderna som följer av ett immaterialrättsligt fel kan uppgå till summor som är oproportionerliga i förhållande till köpeskillingen. Hävning är ett lämpligt alternativ om det immaterialrättsliga felet upptäcks tidigt i utvecklingsarbetet. I sådana fall kan hävning användas för att begränsa skadorna. Om det immaterialrättsliga felet uppdagas efter överlämnandet av upphovsrätten, liksom i typexemplet som presenterades inledningsvis i uppsatsen, medför hävning av avtalet dessvärre ingen större kompensation eftersom ett avtal endast hävs inför framtiden. Ett avhjälpande torde inte vara möjligt när det är fråga om ett avtalsobjekt vars karaktär ligger i dess uttryckssätt. Ändringar i uttryckssättet skulle enligt mitt sätt att se saken innebära att en helt ny upphovsrätt arbetas fram av säljaren till köparen. En sådan åtgärd anser jag därför ligger bättre i linje med påföljden omleverans.

En omleverans skulle kunna vara en lämplig åtgärd, om säljaren är kompetent att utveckla en upphovsrätt som ger samma resultat för köparen som den första levererade rättigheten, utan att den gör intrång i tredje mans rättighet. En omleverans lär inte ge köparen full kompensation, men kan eventuellt minska det skadestånd som säljaren tvingas utge för sitt avtalsbrott. En förutsättning för att en omleverans ska begränsa skadorna är att den sker snabbt. Enligt 36 § KöpL har säljaren endast rätt att företa omleverans om det kan ske utan väsentlig olägenhet för köparen. Enligt samma paragraf får det inte heller finnas någon risk att köparens kostnader inte kommer att kunna ersättas av säljaren. Skadestånd på grund av fel i vara är i många fall en nödvändig del av kompensationen till köparen. Det gäller särskilt i förevarande typexempel när avtalsobjektets karaktär är så speciell att resten av påföljdsalternativen är svåra att tillämpa. Jag ser ingen möjlighet för säljaren av den felaktiga rättigheten i vårt typexempel att helt undvika skadeståndsskyldighet. Möjligtvis kan skadeståndet begränsas. Det kan göras antingen genom omleverans för att begränsa skadorna eller genom jämkning av ett skadestånd som uppgår till ett oskäligt högt belopp (se nedan avsnitt 5.3).

5.3 Jämkning av säljarens ersättningsskyldighet

Även om en skadeståndsskyldighet kan vara ofrånkomlig för en säljare av en upphovsrätt med ett immaterialrättsligt fel anser jag att det kan dras en gräns för när en sådan uppgår till ett oskäligt högt belopp. Den gränsen bör dras i varje enskilt fall och med hänsyn till en rad olika omständigheter. Vad

parterna avtalat, om en part har en starkare ställning än den andra, vad som står stadgat i dispositiv rätt och händelser som inträffat senare i avtalsförhållandet kan vara relevanta omständigheter att ta hänsyn till. Att en näringsidkare är större än den andra näringsidkaren betyder inte nödvändigtvis att den större parten intar en överlägsen ställning. Den mindre näringsidkaren kan besitta expertkunskaper som kan innebära det omvända, att den mindre näringsidkaren i själva verket är den överlägsna parten. Det ska tilläggas att en skillnad i styrka hos de bägge avtalsparterna inte har avgörande betydelse vid en skälighetsbedömning, men det är en faktor att ta hänsyn till. För att en ojämlig styrka hos parterna ska vara relevant krävs det enligt min åsikt att styrkeförhållandet har använts aktivt i avtalsförhandlingarna av den starkare parten. Ett realistiskt scenario i linje med uppsatsens typexempel är att beställaren är ett stort industriföretag som beställt ett datorprogram som är tänkt att ingå i företagets produktionssystem. Ett stort företag kan antagligen ställa vissa ultimatum i sina avtalsförhandlingar och exempelvis kräva ett obegränsat skadeståndsansvar. Även om konsulten i det fallet gått med på formuleringen av avtalet finns det en risk att konsulten känt sig tvingad till det. Detta är ett sådant fall där jag anser att parternas styrkeförhållande kan leda till jämkning av ett skadestånd. Den svenska avtalsfriheten och principen *pacta sunt servanda* är inte undantagslös. Utgångspunkten är snarare att skäliga avtal ska hållas.¹²⁸ Jag anser att det är av särskilt intresse att göra en skälighetsbedömning av avtal rörande överlåtelse av immateriella rättigheter eftersom det inte finns någon tydlig dispositiv rätt att falla tillbaka på.

Som vi såg ovan i den exemplifierande avtalsklausulen i avsnitt 4.1.3 ovan kan det hända att säljaren av upphovsrätten har förpliktigt sig att ta på sig kostnaderna för eventuella processer som uppstår på grund av att giltigheten av den överlåtna ensamrätten ifrågasätts. Om säljaren lämnat en sådan garanti, och det inte tydligt framgår att säljaren endast lämnat den på grund av påtryckningar under avtalsförhandlingarna, anser jag inte att en sådan garanti skulle vara oskälig. Detta trots att kostnaderna som följer av sådana processer kan bli mycket höga. Ur köparens perspektiv förefaller det rimligt att säljaren ska få betala för en utvecklad rättighet som påvisar brister. Köparen har ingen kontroll över den framtagna rättigheten, mer än eventuella önskemål om funktion, användningsområde etc. som köparen lämnat vid början av uppdraget. Eftersom säljaren är den som har möjlighet att förutse riskerna för ett immaterialrättsligt fel bör säljaren vara den som får stå merparten av kostnaderna. Dock anser jag att köparen har en skyldighet att informera säljaren omgående när anklagelser om intrång görs

¹²⁸ Ramberg och Ramberg. *Allmän avtalsrätt*, s. 29.

av tredje man samt att upphöra med användningen av den felaktiga upphovsrätten. Köparen bör i enlighet med lojalitetsplikten och 70 § KöpL göra vad denne kan för att begränsa kostnaderna för rättstvisten så långt det går.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

Proposition 1975/76:81. *Om ändring i lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §.*

Proposition 1988/89:76. *Om ny köplag.*

Proposition 1988/89:85. *Om upphovsrätt och datorer.*

Statens offentliga utredningar

SOU 1985:51. *Upphovsrätt och datorteknik. Delbetänkande 3 av upphovsrättsutredningen.*

SOU 2010:24. *Avtalad upphovsrätt.*

Nordisk utredning

Nordisk utredningsserie 1984:5. *Nordiska köplagar: förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning = Pohjoismaiset kauppalaat : pohjoismaisen kauppalakityöryhmän ehdotus.*

Direktiv

Kommittédirektiv 2008:37. *Översyn av vissa frågor om upphovsrätt.*

Tidskrift för lagstiftning (NJA II)

NJA II 1976 s. 245 *Generalklausul.*

EU

Direktiv 2009/24/EG – Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram.

Litteratur

Bergstedt Sten, Viveca. *Felbegreppet vid leverans av programvara. I: Svensk Juristtidning 1997 s. 222-239.*

Bernitz, Ulf. *Standardavtalsrätt*. Åttonde upplagan (2013). Författaren och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Bernitz, Ulf; Karnell, Gunnar; Pehrson, Lars; Sandgren, Claes Sandgren. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*. Trettonde upplagan (2013). Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Andra upplagan (2011). Universitetsforlaget, Oslo.

Hed, Olle; Munukka, Jori. *Standardavtal – en formulärsamling*. Första upplagan (1993). Olle Hed, Jori Munukka och Juristförlaget JF AB, Stockholm.

Hellner, Jan. *Gammal och ny köprätt*. I: *Juridisk tidskrift* 1997-1998 s. 353-365.

Hultmark, Christina. *Köplagens tillämplighet på fel i patent*. I: *Juridisk tidskrift* 1993-1994 s. 687-701.

Håstad, Torgny. *Köprätt - och annan kontraktsrätt*. Sjätte upplagan (2009). Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala.

Karnell, Gunnar. *Arbetstagares upphovsrätt*. I: *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd* häfte 1/1969 s. 54-67.

Kihlberg, Anders; Nordell, Per Jonas. *Inledning*. I: *Handel med immaterialrätt (red: Marianne Levin, Per Jonas Nordell)*. Första upplagan (1996). Författarna och Fritzes Förlag AB, Stockholm.

Kihlman, Jon. *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom*. (1999). Jon Kihlman och Stiftelsen MercurIUS, Stockholm.

Koktvedgaard, Mogens. *Om købelovgivningens anvendelse på overdragelse af immaterialrettigheder (national og international privatret)*. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap (red: Carsten Smith)*. (1965) Universitetsforlaget, Oslo.

Lehrberg, Bert. *Avtalstolkning. Tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*. Femte upplagan (2009). I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, Uppsala.

Lehrberg, Bert. *Praktisk juridisk metod*. Sjunde upplagan (2014). Författaren och Iusté Aktiebolag, Uppsala.

Levin, Marianne. *Lärobok i immaterialrätt*. Tionde upplagan (2011). Marianne Levin och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Lindberg, Agne; Westman, Daniel. *Praktisk IT-rätt*. Tredje upplagan (2001). Advokatfirman Delphi & Co och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Lundmark, Thorsten. *Om friskrivningsklausuler i särskilt datakonsultavtal och liknande avtal. I: Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv (red: Claes Sandgren)* Första upplagan (1995). Författarna och Fritzes Förlag AB, Stockholm.

Munukka, Jori. *Transnationella principer – rättskälla vid bestämning av återförsäljares rätt till uppsägningstid*. Ny Juridik 1:10 s. 21-31.

Nordell, Per Jonas. *Rätten till det visuella*. Första upplagan (1997). Per Jonas Nordell och Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Stockholm.

Nordell, Per Jonas. *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal. I: Nordiskt Immateriellt Rättskydd* häfte 4/2008 s. 307-338.

Nørager-Nielsen, Jacob. *Edb-kontrakter*. Första upplagan (1987). G.E.C Gads Forlag, København.

Olsson, Henry. *Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt*. Åttonde upplagan (2009). Henry Olsson och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Ramberg, Christina. *Kontraktstyper*. Första upplagan (2005). Christina Ramberg och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Ramberg, Christina. *Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal*. Svensk Juristtidning 2010 s. 94-98.

Ramberg, Jan; Herre, Johnny. *Allmän köprätt*. Sjunde upplagan (2014). Författarna och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Ramberg, Jan; Herre, Johnny. *Internationella köplagen (CISG). En kommentar*. Tredje upplagan (2009). Författarna och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Ramberg, Jan; Herre, Johnny. *Köplagen. En kommentar*. Andra upplagan (2013). Författarna och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Ramberg, Jan; Ramberg, Christina. *Allmän avtalsrätt*. Nionde upplagan (2014). Författarna och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Rosén, Jan. *Förlagsrätt. Rättsfrågor vid förlagsavtal*. Första upplagan (1989). Jan Rosén och Juristförlaget Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Stockholm.

Rosén, Jan. *Upphovsrättens avtal. Regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt*

fotografers avtal. Tredje upplagan (2006). Jan Rosén och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Runesson, Erik M. *Immaterialrättsliga fel vid köp*. I: *Festskrift till Gunnar Karnell* (red: Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell och Jan Rosén) Första upplagan (1999) Carlsson Law Network, Stockholm.

Schovsbo, Jens. *Immaterialretsaftaler. Fra kontrakt til status i kontraktsretten*. Första upplagan (2001). Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København.

Seipel, Peter. *Juridik och IT. Introduktion till rättsinformatiken*. Åttonde upplagan (2004). Författaren och Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Smitt, Raoul; Ossmer, Per; Lindberg, Agne; Brinnen, Martin. *Databranschens standardavtal. Computer Standard Contracts in Sweden*. Första upplagan (1992). Advokatfirman Smitt AB och CE Fritzes AB, Stockholm.

Sundberg, Hans. *Datakonsulters skadeståndsansvar*. I: *Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv* (red: Claes Sandgren) Första upplagan (1995). Författarna och Fritzes Förlag AB, Stockholm.

Traung, Peter. *Fel och dröjsmål vid kommersiella tillverkningsavtal*. Första upplagan (1986). Iustus Förlag, Uppsala.

von Post, Claes-Robert. *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*. Första upplagan (1999). Claes-Robert von Post och Jure AB, Stockholm.

Standardavtal

ABDAKA-85 (Hämtat ur: Smitt m.fl. *Databranschens standardavtal*. Se rubriken "Litteratur").

ABDAKA-93 (Hämtat ur: Hed och Munukka. *Standardavtal – en formulärsamling*. Se rubriken "Litteratur").

Avtal 90 (Hämtat ur: Smitt m.fl. *Databranschens standardavtal*. Se rubriken "Litteratur").

Elektroniska källor

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886.

http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698, hämtad 2014-05-16.

Draft Common Frame of Reference, 2009.

http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, hämtad 2014-06-03.

Nationalencyklopedin. *Arbetsbeting*. Bra Böcker, Stockholm.

<http://www.ne.se/arbetsbeting>, Nationalencyklopedin, hämtad 2014-05-15.

The Principles of European Contract Law, 1999.

http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/pecl_full_text.htm#pecl1, hämtad 2014-06-03.

Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010.

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, hämtad 2014-06-03.

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1980.

Bilaga i lag (1987:822) om internationella köp, Norstedts Juridiks databas Zeteo, hämtad 2014-05-21.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1979 s. 666.

NJA 2000 s. 580.

NJA 2001 s. 750.

NJA 2004 s. 149.

NJA 2009 s. 672.

NJA 2012 s. 597.

NJA 2013 s. 271.

Hovrätterna

Hovrätten över Skåne och Blekinge, Målnummer T-197-92.

Europeiska unionens domstol

Mål nr C-5/08, *Infopaq*.

Förenade mål nr C-403/08 och C-429/08. *Football Association Premier League Ltd mot QC leisure m.fl.*

Mål nr C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*.