



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Sara Bergqvist

# Överlåtelse av upphovsrätt till datorprogram genom ett inkråmsförvärv

- Särskilt om programmets källkod och felansvaret vid s.k. copyleft-smitta

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Per Samuelsson

Termin för examen: Period 2 HT2017

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>8</b>
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställningar	10
1.3 Metod och material	11
1.4 Avgränsningar	14
1.5 Forskningsläge	18
1.6 Terminologi	20
1.7 Tekniska termer	21
1.7.1 Datorprogram	21
1.7.2 Fri programvara	22
1.7.3 Öppen källkod	23
1.7.4 Proprietär källkod	23
1.7.5 Copyleft	24
1.8 Disposition	26
<b>2 IMMATERIALRÄTTSLIGT SKYDD FÖR DATORPROGRAM</b>	<b>28</b>
2.1 EU-rättslig reglering av upphovsrätten	28
2.2 Internationella konventioner om upphovsrätten	28
2.2.1 Bernkonventionen och Världskonventionen	28
2.2.2 TRIPS-avtalet	29
2.2.3 WCT	29
2.3 Särskilt om upphovsrättsskyddet för datorprogram	30
2.3.1 Skyddsobjektet och skyddsomfånget	30
2.3.2 Förutsättning för skydd	32
2.3.3 Den ideella rätten	33
2.3.4 Skyddstid för datorprogram	34
2.3.5 Särskilda bestämmelser i URL för datorprogram	35
2.3.6 Skyddet för öppen källkod	35
2.4 Patenträtt	36

<b>3</b>	<b>ÖVERLÅTELSE AV UPPHOVSRÄTT</b>	<b>37</b>
3.1	Allmänt	37
3.2	Övergången av anställdas datorprogramverk	38
3.3	Överlåtelse av datorprogram som ingår i ett inkråmsförvärv	41
3.3.1	Immaterialrätter som tillgångar i ett bolag	41
3.3.2	Lagreglering av överlåtelsen	42
3.3.2.1	Vidareöverlåtelse	43
3.3.2.2	Specifikationsprincipen	45
<b>4</b>	<b>FÖRETAGSFÖRVÄRV</b>	<b>47</b>
4.1	Allmänt om företagsförvärv	47
4.2	Tillämplig lag	48
4.3	Ris fördelning mellan köpare och säljare	49
4.3.1	Företagsbesiktning av immateriella rättigheter	49
4.3.2	Garantier	52
<b>5</b>	<b>NÄR ÖPPEN KÄLLKOD INGÅR I PROPRIETÄR KÄLLKOD</b>	<b>53</b>
5.1	Allmänt om öppen källkod	53
5.2	GNU GPL som typexempel	54
5.2.1	GNU GPL:s förenlighet med svensk upphovsrättsreglering	55
5.2.2	GNU GPL ur ett avtalsrättsligt perspektiv	57
5.2.3	Copyleft-klausulen	58
5.2.4	Kontaminering av källkod	58
5.2.4.1	Upphovsrättslig problematik	60
5.2.4.2	Risk för spridning av företagshemligheter	60
<b>6</b>	<b>FEL I DATORPROGRAM SOM ÖVERLÅTS GENOM ETT INKRÅMSFÖRVÄRV</b>	<b>62</b>
6.1	Köpl:s tillämplighet på överlåtelsen	62
6.1.1	Allmänt om tillämpligheten på immaterialrättsliga avtal	62
6.1.2	”Köp” i förhållande till överlåtelse av datorprogram	64
6.1.3	Avtalsregleringens inverkan på risken	65
6.2	Felbedömningen enligt Köpl	66
6.2.1	Introduktion till köprättens felbegrepp	66
6.2.2	Vanliga fel vid överlåtelse av immaterialrätt	67
6.2.3	Felbedömningen i förevarande fall	68
6.2.3.1	Immaterialrättsliga fel	69
6.2.3.2	Faktiska fel	71
<b>7</b>	<b>ANALYS</b>	<b>75</b>
7.1	Överlåtelse av upphovsrätten genom ett inkråmsförvärv	75
7.2	Köprättsligt fel i upphovsrätten	78

7.3	Är felansvarsreglerna i KöpL ändamålsenliga?	83
7.4	Slutsats	85
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>87</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>95</b>

# Summary

This paper examines the possibility of a complete and final transfer of copyright to a computer software through an acquisition of assets in a company. Furthermore, it is examined whether it is possible to qualify the transfer as a purchase according to The Sale of Goods Act (1990:931). The question of whether the transfer should be regarded as a purchase in accordance with The Sale of Goods Act, serves as a purpose for investigating the possibility to determine the software as a faulty good. It is also important for the question of liability in such event. This study particularly aims to investigate how the presence of open source code in proprietary source code can result in the software being considered as a faulty good. This is especially highlighted through an acquisition of assets in a company, since such a transfer could possibly result in distribution in a sense which activates the terms in GNU GPL for the entire source code. An acquisition of assets is helpful to describe the process of the transfer and highlight the risks for both parties.

When an employee creates a computer program, the copyright, in its entirety, is transferred to the employer in accordance with 40 a § in the Act on Copyright in Literary and Artistic Works (1960:729). There is a principle stating that the parties must specify what parts of the copyright they intend to transfer, should the company thereafter transfer the copyright to another party. In court, the principle is applied next to general principles of contracts. The Sale of Goods Act is generally considered applicable for complete and final transfers of intellectual property.

The source code is protected as a literary work in accordance with 1 § in the Copyright Act (1960:29). The source code can either be considered proprietary, and thereby a trade secret, or open, and thereby free to distribute. Copyright is used as a means to make the licensees of GNU GPL redistribute the modifications they make. Since the concept of copyleft makes the source code

available to all licensees, it can be problematic if the use of open source code is unintentional.

Finally, the study aims to assess whether The Sale of Goods Act constitutes an appropriate regulation of the liability for a faulty software, when open source code has been incorporated into the proprietary source code. There is no precedent ruling about the specific issue at hand, neither does the preparatory work for The Sale of Goods Act or the Copyright Act reveal a clear answer. In legal doctrine, intellectual property in general is examined and in some cases patents also. The existing material about faulty software concerns delivery from an outside party, which is relevant to the issue at hand. Thus, the answers are sought in doctrine, which appears to be fragmented. There is no uniform answer to whether The Sale of Goods Act states an appropriate regulation between the parties for when there is no agreement to determine when the good should be considered as faulty. However, the author finds that, considering the proposals in doctrine, a reasonable balance ought to be achieved if there is no strict liability. There ought to be a consideration of the circumstances in the particular case. The assessment can be based upon the buyer's expectations about actual utilization, legal exploitation and protection against competition. The buyer's expectation is presented a reasonable guideline in determining the liability. That is, when there is neither an agreement nor a fixed standard for determining whether the software is faulty.

# Sammanfattning

I förevarande uppsats undersöks möjligheten till en fullständig och slutlig överlåtelse av upphovsrätten till ett datorprogram genom ett inkråmsförvärv. Vidare undersöks möjligheten att klassificera överlåtelsen som ett köp i enlighet med KöpL. Huruvida överlåtelsen är att anse som ett köp har betydelse för frågan om felansvaret. Med det här arbetet ämnas nämligen att särskilt undersöka hur förekomsten av öppen källkod i proprietär källkod kan resultera i ett felansvar, när ett datorprogram överläts genom ett inkråmsförvärv.

När ett datorprogram har utvecklats i ett anställningsförhållande i enlighet med 40 a § URL, övergår alla delar av upphovsrätten till arbetsgivaren. Inför ett förestående företagsförvärv bör det kontrolleras så att det i avtal inte föreligger några förbehåll från upphovsmannen i form av ett överlåtelseförbud. Om parterna vid ett företagsförvärv önskar att upphovsrätten till datorprogrammet ska överlåtas fullständigt och slutligt, ställer specifikationsprincipen upp ett krav på att det tydligt ska framgå av avtalet vilka delar av rätten som avses överlåtas. Specifikationsprincipen utgör ett komplement till de allmänna avtalsprinciper som också kan göras gällande vid tolkning av överlåtelseavtalet. Restriktionerna i URL är i många avseenden dispositiva, med endast ett fåtal undantag för datorprogram. Så länge avtalet stipulerar att det inte ska förekomma några begränsningar i överlåtelsen av upphovsrätten, är det för köparen möjligt att förvärva de fullständiga rättigheterna. Det framgår att en fullständig och slutlig överlåtelse som i fallet avses, möjliggör att anse överlåtelsen som ett köp i KöpL:s mening.

Källkoden är den skrivna formen av ett datorprogram och åtnjuter skydd som ett litterärt verk enligt URL. Källkoden kan hållas sluten. Den benämns då som proprietär källkod och kan åtnjuta skydd som företagshemlighet enligt FHL. Källkoden kan också bli öppen i syfte att främja vidareutnyttjande. Öppen källkod täcks vanligen av en licens som utnyttjar upphovsrättens regler

till att erbjuda användarna frihet till distribution. Licenseerna för öppen källkod har ett antal gemensamma nämnare, men för uppsatsens syfte har särskilt licensen GNU GPL valts ut. GNU GPL innehåller en klausul, vanligen benämnd som en stark copyleft-klausul. Klausulen innebär att all källkod som blandas med GNU GPL-källkoden, täcks av licensvillkoren för GNU GPL. Det innebär exempelvis att källkoden måste göras offentlig i samband med distribution. Copyleft-konceptet är således problematiskt när det inte har avsetts att källkoden ska bli öppen och gälla under GNU GPL.

I slutändan är frågan därmed om KöpL:s regler utgör en ändamålsenlig reglering av felansvaret för när det visar sig att öppen källkod, i strid med parternas önskan, finns inkorporerad i den proprietära källkoden. Det saknas rättspraxis i svensk rätt avseende den specifika frågan, och även relevant närliggande rättspraxis. Förarbetena till KöpL och URL avslöjar heller inget tydligt svar i frågan. I doktrin har det resonerats generellt om immaterialrätter och även patentöverlåtelser har fått en närmare granskning. Det som framkommer angående fel i programvara berör leverans från en extern konsult. Svaret får därmed sökas i en fragmenterad doktrin, som inte ger för handen ett enhetligt svar. Författaren finner emellertid, enligt vad som framförs däri, att en rimlig avvägning torde kunna uppnås genom att inte tillämpa ett strikt ansvar. Ett sådant strikt ansvar gäller vanligtvis för rättsliga fel, men förarbetena framhåller ett strikt ansvar som för långtgående avseende immaterialrättsliga fel. En möjlighet skulle kunna vara att tillämpa ansvarsreglerna för rådhetsfel i enlighet med i första hand 17 § första stycket och 40 § tredje stycket KöpL. Avseende ett faktiskt fel bör de särskilda omständigheterna i fallet kunna beaktas. Bedömningen kan utgå från vad köparen med fog kan förvänta sig avseende faktisk utnyttjandemöjlighet, rättslig utnyttjandemöjlighet och konkurrensskydd. Riktlinjen fyller en funktion när avtalsreglering saknas eller en fast felstandard inte är fastställd.



# Förord

Min tid i Lund har inneburit ett äventyr jag aldrig hade kunnat föreställa mig, ty studentlivet här är något alldeles särskilt. Även om det inte alltid har varit en dans på rosor, fylls jag av en enorm tacksamhet när jag tänker tillbaka på de här åren.

Avseende uppsatsen riktas ett stort tack till min handledare Per Samuelsson för god rådgivning. Vidare vill jag särskilt tacka Jonas Ledendal vid Institutionen för Handelsrätt, för att ha läst arbetet och framfört värdefulla synpunkter.

Jag vill även ta tillfället i akt och tacka mina fantastiska vänner. Tack till Marie – den bästa roomien och själsliga systemen att dela vardagslivet med. Vidare vill jag tacka Caroline för att ha förgyllt både min utbytestermin och livet i övrigt. Jag vill även tacka My, som under många långa dagar suttit vid min sida på olika bibliotek och gjort studierna ännu roligare. Tack till alla mina andra Lundavänner och ni ”back home” – ni är bäst!

Sist, men inte minst, vill jag tacka min fina familj. Tack för ert stöd, för att ni alltid har ställt upp och för att ni alltid har trott på mig.

Som i ren symbolik har vädret bestämt sig för att bjuda på ömsom solsken, ömsom snöstorm – dagen till ära. För nu stundar examen och livet blir återigen en bok med tomma sidor att fylla med nya äventyr.

Avslutningsvis vill jag citera den framstående astrofysikern Carl Sagan, som en påminnelse om allas vår existens:

“The Cosmos is all that is or was or ever will be.”

Lund, den 17 mars 2018

*Sara Bergqvist*

# Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Datorprogramdirektivet	Direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram
Ds	Departementsserien
EU	Europeiska unionen
EU-direktivet om skydd för företagshemligheter	Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
FSF	Free Software Foundation
GNU	GNU's Not Unix!
GPL	General Public License
HD	Högsta domstolen
Infosoc-direktivet	Direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
IURF	Internationell upphovsrättsförordning 1994:193
KöpL	Köplag (1990:931)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PK	Pariskonventionen för industriella rättsskydd
Prop.	Regeringens proposition

PT	Prövningstillstånd
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPs-avtalet	Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VK	Världskonventionen
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (World Intellectual Property Organization)
WPPT	WIPO Performances and Phonogram Treaty

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

I mjukvaruindustrin har upphovsrätten blivit en allt viktigare företagstillgång.<sup>1</sup> Datorprogram har nämligen inte bara ett *de facto*-värde som produktionsfaktorer, utan även rättigheter *de jure*.<sup>2</sup> Marianne Levin konstaterar i den senaste upplagan av *Lärobok i immaterialrätt* (2017) att datorprogramms skyddsbarhet och förefintlighet i 1 § 2 p URL har stor praktisk betydelse.<sup>3</sup> Datorprogram har vanligtvis en kort livslängd, och ur ett ekonomiskt perspektiv är upphovsrätten därmed ett billigt skydd.<sup>4</sup> Att det upphovsrättsliga skyddet för programvara och dess värde som en företagstillgång blivit allt mer uppmärksammat, har medfört att rättsområdet utvidgats i såväl betydelse som komplexitet. Programindustrin tillhandahåller produkter motsvarande hundratal miljarder. Det är ett oerhört utvecklingsintensivt område tekniskt sett och rättsskyddet är inte i närheten av en fullkomlig form.<sup>5</sup> Särskilt under det senaste årtiondet har det skett en snabb teknisk utveckling.<sup>6</sup>

Ett företag kan tillgodogöra sig en upphovsrätts ekonomiska värde genom att exempelvis licensera en nyttjanderätt till utomstående användare, eller genom att överlåta sina tillgångar till ett annat bolag.<sup>7</sup> Det finns några allmänt hållna bestämmelser i URL som gäller för upphovsrättens alla avtal. I vissa fall blir även regler avseende särskilda avtalstyper gällande. När det gäller avtal på programvaruområdet är de komplicerade och kräver gedigen kunskap och er-

---

<sup>1</sup> Wolk, S., *Datorprogramsalster i upphovsrätten* (2016) s. 6.

<sup>2</sup> Honkasalo, P., *Kan man äga ett datorprogram?*, NIR 4/2011, s. 397.

<sup>3</sup> Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt* (2017) s. 91.

<sup>4</sup> Wolk (2016) s. 6.

<sup>5</sup> Levin (2017) s. 91.

<sup>6</sup> Wolk (2016) s. 6.

<sup>7</sup> Jfr Wolk (2016) s. 17; Olsson H., *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt* (2015) s. 81.

farenhet för att tillförsäkra en korrekt utformning. Det upphovsrättsliga området framhålls av Henry Olsson som svåröverskådligt, och att vikten av riktigt utformade avtal därmed blir påtaglig.<sup>8</sup>

Konstaterandet av ett ofullständigt rättsskydd, i kombination med höga krav på utformningen av avtal om upphovsrätt, indikerar ett behov att utreda rättsliga oklarheter. I den här studien behandlas specifikt frågan om när överlåtelse sker av ett datorprogram som ingår i ett företagsförvärv. Med tanke på de ekonomiska värden som immaterialrätterna genererar i en verksamhet, och den snabba utvecklingen på IT-området, är studien påkallad. Det är vid ett företagsförvärv som riskerna rörande datorprogrammets källkod aktualiseras. Särskilt påtagliga blir riskerna när förvärvet rör programvaruproducerande bolag.<sup>9</sup>

Ett företagsförvärv kan i princip genomföras på två olika sätt. Den ena metoden är ett förvärv där köpobjektet är aktierna i ett aktiebolag. Vid ett företagsförvärv avser köpet vanligen samtliga aktier. Den andra metoden är en inkråmsöverlåtelse från ett aktiebolag. Vid ett inkråmsförvärv är det själva rörelsen eller delar av den som är köpobjektet. I inkråmet ingår de materiella och immateriella tillgångar som företaget innehar, exempelvis varumärken eller affärshemligheter. Ett inkråmsförvärv behöver inte avse samtliga tillgångar i målföretaget, utan parterna har möjlighet att skraddarsy förvärvet. Sammanfattningsvis innebär en aktieöverlåtelse att en juridisk person får nya aktieägare, medan en inkråmstransaktion innebär att specifik fast eller lös egendom byter ägare.<sup>10</sup>

Utifrån osäkerheten som överlag råder gällande avtalad upphovsrätt har jag konstruerat ett typexempel. Tanken är att läsaren ska ha typexemplet i åtanke

---

<sup>8</sup> Olsson (2015) s. 239.

<sup>9</sup> Kahn, J. & Dicksved, E., *Öppen programvara – framgångsrik licensmodell med risker*, Pointlex, Legala Affärer nr 8 2007, <[delphi.se/\\$-1/file/artiklar/aldre/071220oppenprogramvara.pdf](http://delphi.se/$-1/file/artiklar/aldre/071220oppenprogramvara.pdf)>, besökt 2017-11-28.

<sup>10</sup> Sevenius, R., *Företagsförvärv* (2011) s. 35.

under läsningen av uppsatsen. Typexemplet avslöjar inte alla rådande omständigheter, men sätter ramen för studien:

*Ett programvarubolag, som i verksamheten utvecklar programvara, ska överlåta delar av inkråmet till ett köparbolag. Den programvara som skapas i verksamheten utvecklas av anställda på bolaget, inom ramen för anställningen. I inkråmsförvärvet ingår en rad immaterialrätter. Bland immaterialrätterna finns ett datorprogram som har tagits fram av anställda programmerare i bolaget. Vid inkråmsförvärvet är det datorprogrammet med den tillhörande upphovsrätten som ska överlåtas. Det är således inte utvecklingen av programvara som en tjänst som är föremål för förvärvet. Förvärvet avser hela upphovsrätten i ett färdigt datorprogram. Efter tiden för överlåtelse framkommer det att datorprogrammets källkod inte uppfyller förväntningarna. Överlåtelseavtalet avsåg nämligen ett datorprogram med proprietär källkod. Efter överlåtelsen visar det sig att källkoden i själva verket även innehåller öppen källkod. Den öppna källkoden regleras av licensen GNU GPL. Det saknas en tydlig avtalsreglering mellan parterna avseende ansvaret för fel i programvaran. Felets karaktär är inte heller uppenbar i nu föreliggande fall.*

## **1.2 Syfte och frågeställningar**

Syftet är att redogöra för om det utgör ett köp i KöpL:s mening, när det sker en överlåtelse av datorprogram i ett inkråmsförvärv. Vidare är syftet att redogöra för om det kan utgöra ett fel enligt KöpL när öppen källkod inkorporerats i proprietär källkod. I slutändan ska det undersökas huruvida KöpL:s felansvarsregler utgör en ändamålsenlig reglering i förevarande fall, sett till köparbolagets möjligheter att utverka påföljder.

1. Är det möjligt att göra en fullständig och slutlig överlåtelse av upphovsrättigheterna till ett datorprogram som ingår i ett inkråmsförvärv, och utgör det ett köp i KöpL:s mening?

2. Kan det utgöra ett köprättsligt fel när ett datorprogram har överlåtit i ett inkråmsförvärv och det visar sig att öppen källkod har inkorporerats i datorprogrammets proprietära källkod?

I anslutning till ett sådant fel som avses i frågeställning två, ska slutligen följande undersökas:

3. Kan de nuvarande felansvarsreglerna i KöpL anses åstadkomma en ändamålsenlig ansvarsreglering i förevarande fall, sett till köparbolagets intresse i att kunna utverka påföljder?

## 1.3 Metod och material

För att besvara mina frågeställningar används lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin.<sup>11</sup> Att använda de allmänt accepterade rättskällorna för att undersöka det rättsliga problemet benämns rättsdogmatisk metod.<sup>12</sup>

Kleineman sammanfattar den rättsdogmatiska metoden på följande vis: ”En rättsdogmatisk analys handlar om att analysera de olika elementen i rättskäl-  
leläran så att slutresultatet får antas spegla innehållet i gällande rätt eller – om man så vill uttrycka saken – hur rättsregeln skall uppfattas i ett visst konkret sammanhang.”<sup>13</sup>

Det är således genom en rättsdogmatisk metod som gällande rätt ska kartläggas. Utifrån sammanställningen ska det dessutom företas en analys av huruvida ändamålet med den befintliga regleringen kan anses uppfyllas i praktiken eller om det erfordras forskning på området. Initialt verkar nämligen det senare påståendet ligga närmast verkligheten, sett till att den specifika situationen angående överlåtelse i samband med företagsförvärv konstateras

---

<sup>11</sup> Angående de listade exemplens funktion som rättskällor, se Munck, J., *Rättskällor förr och nu*, JP jubileumsnummer 2014, s. 199–208.

<sup>12</sup> Kleineman, J., *Rättsdogmatisk metod* s. 21–45 i Korling, F. & Zamboni, M. (red.), *Juridisk metodlära* (2013) s. 21.

<sup>13</sup> Kleineman (2013) s. 26.

förekomma i praktiken, men som en specifik händelse behandlas mycket sparsamt i juridisk litteratur.

Ett viktigt klargörande inom rättsdogmatiken är skillnaden mellan *de lege lata*-argumentation och *de lege ferenda*-argumentation. *De lege lata* syftar till att beskriva det rättsläget som det är, medan *de lege ferenda* snarare avser föreslå en lösning på ännu olösta problem. Härvidlag är det viktigt att författaren förtydligar en argumentations karaktär, både för sin egen och för läsarens skull. Det bör framgå om det rör sig om oprövade ändamålsargument eller om argumenten är väl underbyggda av rättskällor.<sup>14</sup>

Den tredje frågeställningen bjuder in till resonemang kring om ändamålet med gällande rätt kan anses uppfyllas i praktiken. En viktig fråga inom rättsdogmatiken är huruvida det ska tillåtas att gällande rätt ska styras av ändamålsargument och om en rättsdogmatisk forskning, med Kleinemans egna ord, ”kan välja sådana argument som ett slags övernormer som s.a.s. tillåts styra åt det håll vilket lösningen på ett problem får antas vara på väg.”<sup>15</sup>

En äldre generation rättsdogmatiker avhåller sig från en sådan metod, medan andra författare öppet redovisar en ändamålsinriktad metod genom vilken först en rättsregels syfte fastställs, varefter det anges relevanskriterier att iaktta, och slutligen analyseras det underliggande rättsliga materialet ingående.<sup>16</sup> Med beaktande av vikten av att karakterisera sina argument, vill jag nu inledningsvis påpeka att argumentationen kring de första två frågeställningarna sker utifrån *de lege lata*. Sett till den tredje frågeställningens karaktär, ämnas det i analysen först och främst diskuteras om gällande rätt överhuvudtaget ger ett tillräckligt underlag för att analysera kring om ändamålet uppfylls.

---

<sup>14</sup> Kleineman (2013) s. 36.

<sup>15</sup> Kleineman (2013) s. 36.

<sup>16</sup> Kleineman (2013) s. 36.



Om det konstateras att så inte är fallet, blir det nödvändigt med en friare argumentation som kanske snarare ligger närmare personliga värderingar. Obligationsrättsliga lösningsmodeller framhålls av Kleineman nämligen som ett exempel på den mest svårtillgängliga och komplexa rättsdogmatiken. Ibland resulterar den rättsdogmatiska forskningen härvid att det förekommer brister i det nuvarande systemet som ändå måste analyseras genom en fristående rättspolitisk bedömning.<sup>17</sup> Skulle besvarandet av den tredje frågeställningen påvisa brister i nuvarande system torde det, i enlighet med Kleinemans resonemang, innebära att en friare argumentation blir oundgänglig.

En argumentation *de lege ferenda* beskrivs av Hellner ligga någonstans mellan en bunden och en fri argumentation.<sup>18</sup> Vid en fri argumentation kan det påstås att skälen för ett förslag kan framhållas utan att de motstående skälen får en lika noggrann redogörelse.<sup>19</sup> Om man som författare tydligt redovisar fria argument från argument som hämtats i rättskällor, får läsaren en bättre insikt i styrkan i argumentet beroende på om det har skapats genom en korrekt tolkning av rättskällorna eller om det är personliga värderingar som ligger till grund för argumentationen.<sup>20</sup>

Någon vägledande rättspraxis avseende de specifika frågeställningarna förekommer inte. Närliggande och principiella frågor om vikten av uttryckliga avtal för överlåtelse av upphovsrätt har behandlats i begränsad mån.<sup>21</sup> De rättsfall som förekommer på området för datorprogram rör många gånger rätten till beställda program.<sup>22</sup> Trots att en mängd *open source*-licenser<sup>23</sup> används i Sverige, har deras giltighet inte prövats i svensk domstol. Avtalstypen

---

<sup>17</sup> Kleineman (2013) s. 30.

<sup>18</sup> Hellner, J., *Argumentation de lege ferenda*, SvJT 1975 s. 401-420, s. 404.

<sup>19</sup> Hellner, SvJT 1975, s. 407.

<sup>20</sup> Kleineman (2013) s. 37.

<sup>21</sup> I samband härmed kan nämnas exempelvis Svea hovrätt *ALIS ./. Svenska Dagbladet*, mål nr T 820-02, dom 2002-12-10 samt hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr T 197-92, dom 1993-04-14 (angående beställd programvara).

<sup>22</sup> Här kan nämnas det numera upphävda avgörandet T-19/07 *Systran och Systran Luxembourg mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2010:526.

samt det nationella avgörandet Svea hovrätt, mål nr T 1958-03, dom 2004-04-08.,<sup>22</sup>

<sup>23</sup> Open source-licenser är de licensavtal som gäller för öppen källkod. Begreppet öppen källkod beskrivs närmare i avsnitt 1.8.3.

förutsätts dock vara giltig, så länge kraven för bundenhet är uppfyllda; giltigheten hos vissa enskilda avtalsvillkor skulle dock kunna komma att prövas.<sup>24</sup> Lagstiftning, förarbeten och inte minst doktrin kan därför ha större betydelse för besvarandet av de övergripande frågorna. I de fall då inga uttryckliga svar framkommer i någon av dessa källor, ska det i samband med konstaterandet bli tydligt för läsaren att så är fallet.

## 1.4 Avgränsningar

Med så specifika frågeställningar som här är aktuella sker det en mängd avgränsningar. Frågeställningarna inriktar sig på situationen då ett inkråmsförvärv sker på ett nationellt plan, inom Sverige. Det är således avtalsförhållandet som sätter ramen för överlåtelsen av upphovsrätten till ett datorprogram. Med det nu nämnda i beaktande sker det därmed följande avgränsningar.

Eftersom utrymmet är begränsat finns det ingen möjlighet att behandla gränsoverskridande företagsförvärv (*cross-border transactions*),<sup>25</sup> vilka skulle involvera skrymmande undersökningar av juridiska frågor. Av utrymmesskäl kommer förevarande uppsats enbart behandla situationen då det är fråga om ett inkråmsförvärv. Inte heller outsourcing, där IT-verksamheten utkontrakteras som en tjänst,<sup>26</sup> behandlas som en specifik fråga. Det innebär inte att relevanta paralleller inte kan dras från IT-avtal om outsourcing till den för uppsatsen gällande frågan om köp.

Presumtionen är att förvärvet avser de fulla rättigheterna till datorprogrammet.<sup>27</sup> Avtalsförhållanden som inte avser rättsförvärvet till ett datorprogram som upphovsrättsligt skyddat verk är inte föremål för närmare undersökning

---

<sup>24</sup> Olofsson, J., *Upphovsrättsliga aspekter på licenser för fri programvara och öppen källkod – en analys av tillämpligheten i svensk rätt*, Institutet för Rättsinformatik, IRI-rapport 2003:1, s. 87.

<sup>25</sup> Sevenius (2011) s. 36.

<sup>26</sup> Lindberg, A., Kahn, J. & Krouthén, B., *IT-avtal - särskilt om outsourcing: en praktisk handledning* (2009) s. 5.

<sup>27</sup> Det hör till syftet att undersöka om en sådan total överlåtelse är möjlig, eller om det föreligger rättsliga hinder.

i denna studie. Att begreppet överlåtelse tolkas vidsträckt och inbegriper upplåtelser saknar inte heller rättslig problematik och förtjänar att undersökas i större utsträckning. Jag skulle därför uppmuntra forskning för olika typer av överlåtelser och upplåtelser. På grund av utrymmesskäl tvingas jag begränsa mig till att undersöka möjligheten att tillämpa KöpL på överlåtelser.

Den speciella standardavtalsrätten kan konstateras vara ett allmänt intressant område för närmare granskning. Några vanliga standardavtal på IT-området är Avtal 90 version 2014 – ett tungt avtal för upphandling av både datorer och programvaror, EDEL 06 A – leverans av programvara och ASP 06 – distribution.<sup>28</sup> Både Avtal 90 och EDEL 06 A ger en icke exklusiv nyttjanderätt för licenstagaren.<sup>29</sup> De villkor om fel som förekommer i de vanligaste IT-standardavtalen ser olika ut i varje avtal. Därtill tar varje avtal sikte på olika typer licenser och tjänster – exempelvis löpande utveckling av tjänster – som inte utgör det för den här studien aktuella partsförhållandet.<sup>30</sup>

Eftersom det finns föreskrifter för när varje avtal ska tillämpas, bör försiktighet iaktas vid tillämpningen av avtalsvillkoren för andra situationer än de som föreskrivs.<sup>31</sup> Eftersom standardavtalen på IT-området närmast tar sikte på konsult- och leveransförhållanden är utgångspunkten att ett IT-standardavtal inte är aktuellt mellan parterna i företagsförvärvet. Visserligen utgör vissa avtalsvillkor ibland branschpraxis,<sup>32</sup> och kan komma att ha företräde framför KöpL. Avtalen behandlar som sagt tjänster och inte köp som här är föremål för granskning.<sup>33</sup> Avseende vad som kan påstås utgöra fel i programvara kan det dock finnas fog för att granska närliggande resonemang i den mån det är lämpligt.<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> Seipel, P., *Juridik och IT* (2004) s. 198; Lindberg, D. & Perméus, A., *IT-avtal: en kommentar till IT-branschens standardavtal* (2013) s. 95f; se även *Avtal 90 version 2014*, utgivet av IT&Telekomföretagen 2014, <[www.advania.se/library/Images/Sweden/Dokument/Allm%C3%A4nna-villkor/2017%20-%20Avtal%2090%20version%202014.pdf](http://www.advania.se/library/Images/Sweden/Dokument/Allm%C3%A4nna-villkor/2017%20-%20Avtal%2090%20version%202014.pdf)>, besökt 2018-02-13.

<sup>29</sup> Rosén, J., *Upphovsrättens avtal* (2006) s. 263.

<sup>30</sup> Jfr Lindberg & Perméus (2013) s. 100ff.

<sup>31</sup> Jfr Lindberg & Perméus (2013) s. 95f.

<sup>32</sup> Lindberg A. & Westman D., *Praktisk IT-rätt* (2001) s. 387.

<sup>33</sup> Jfr Lindberg & Perméus (2013) s. 63.

<sup>34</sup> Jfr Lindberg & Perméus (2013) s. 43f.

Det bör nämnas att det tillsattes en utredning i syfte att göra en översyn av reglerna om upphovsrättens övergång, dels i anställnings- och uppdragsförhållanden men även vissa frågor om avtalslicenser. Utredningen redovisades i ett delbetänkande i SOU 2010:24 och i ett slutbetänkande i SOU 2011:32. SOU 2010:24 utgör betänkandet till prop. 2012/13:141. Eftersom bestämmelserna om upphovsrättens övergång i tredje kapitlet URL i slutändan inte behandlades i propositionen, faller resultatet av utredningen utanför ämnesområdet för den här uppsatsen.

Det är endast överlåtelsen av ett datorprogramverk och i synnerhet dess källkod som är föremål för studien. Gränssnitt – som kan åtnjuta självständigt upphovsrättsligt skydd – behandlas inte.<sup>35</sup> Inte heller förberedande designmaterial behandlas närmare, eftersom det saknar relevans för frågeställningarna. Det räcker att konstatera att designmaterial ingår i verkskategorin datorprogram.<sup>36</sup>

I arbetet är utgångspunkten att det inte handlar om en patentskyddad datorrelaterad uppfinning. Möjligheten till patentskydd berörs bara i begränsad mån, i syfte att klargöra skillnaden mot det upphovsrättsliga skyddet och göra läsaren medveten om diskussionen som har förts om skydd för datorprogram.

Förekomsten av öppen källkod i proprietär källkod påverkar upphovsrättsliga aspekter.<sup>37</sup> Eftersom det finns en uppsjö av olika open source-licenser har det varit nödvändigt att göra ett urval. Gemensamt för licenserna är att de vilar på samma filosofiska grund. Den licens som har valts ut är GNU GPL.<sup>38</sup> De främsta anledningarna är att 1) den uppfyller villkoren för öppen källkod, 2) den har inspirerat senare licenser för öppen källkod, 3) den innehåller en stark

---

<sup>35</sup> Jfr Wolk (2016) s. 43.

<sup>36</sup> Jfr Wolk (2016) s. 53.

<sup>37</sup> Jfr Olofsson (2003) s. 37–45.

<sup>38</sup> GNU GPL behandlas närmare i avsnitt 5.2.

copyleft-klausul, och 4) det är det mest använda licensen innehållande en stark copyleft-klausul.<sup>39</sup>

Eventuella upphovsrättsliga tvistigheter mellan arbetstagare och arbetsgivare kommer inte att behandlas. Förutsättningen är att inga förbehåll eller anspråk finns från arbetstagare. Inrånsfrågor kommer inte att behandlas som sådana, utan endast i den mån det inverkar på vilken typ av felbegrepp som är för handen. Uppsatsen kommer därför inte heller behandla straffrättsliga aspekter som kan aktualiseras vid intrång i immaterialrätt.

Det är enbart kategoriseringen av vilket typ av fel det eventuellt kan utgöra, när öppen källkod har smittat proprietär källkod genom en copyleft-klausul, som är för handen. Följaktligen blir det inte aktuellt att i just den här studien gå närmare in på bestämmelserna om reklamationsplikt och närliggande problematik. Det innebär inte att en sådan undersökning inte betydelsefull – men skulle förtjäna en närmast självständig undersökning. HD prövade exempelvis frågan om reklamation i ett avgörande den 29 december 2017, och vad som konstaterades i domen kan komma att ha generell betydelse för frågan om reklamation.<sup>40</sup> Det är värt att nämna att Levin har påpekat att det normalt står klart att reklamationsreglerna i KöpL inte kan tillämpas på immaterialrättsliga förhållanden.<sup>41</sup> Inte heller de köprättsliga påföljderna undersöks närmare. Bedöms risken i slutändan ligga på överlåtaren antas köparbolaget kunna utverka lämpliga påföljder.

Konsumentförhållanden faller av naturliga skäl utanför uppsatsens ram. Inte heller så kallade shrinkwrap- och clickwrap-avtal inryms i uppsatssyftet.<sup>42</sup> Även möjliga konkurrensrättsliga eller sakrättsliga problem exkluderas i

---

<sup>39</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 455f; Olofsson (2003) s. 40; Pawlo M., *Något om fri programvara och öppen källkod*, NIR 4/2002 s. 380–395, s. 382; *Top Open Source Licenses*, Black Duck Software, <[www.blackducksoftware.com/top-open-source-licenses](http://www.blackducksoftware.com/top-open-source-licenses)> besökt 2018-02-14.; Folker E. P., *Open source-licenser i ophavsretlig belysning*, NIR 2/2005 s. 165–192, s. 166 samt s. 171. Notera att begreppet *copyleft* definieras i avsnitt 1.8.5.

<sup>40</sup> Se HD mål nr T 1451–17, dom *Skogssällskapet* 2017-12-29.

<sup>41</sup> Levin (2017) s. 525.

<sup>42</sup> Jfr Lindberg & Westman (2001) s. 381.

största mån.<sup>43</sup> Spridning av företagshemligheter är inte föremål för någon större undersökning, utan nämns bara som en möjlig konsekvens. En komparativ analys skulle kunna fylla ett viktigt syfte i att belysa eventuella framträdande skillnader och därigenom ge underlag till att motivera utvecklingen av svensk lagstiftning. En sådan analys kan redan inledningsvis konstateras bli alltför omfattande.

En sista avgränsning rör konsumtionsprincipen, som inte ska behandlas i förevarande uppsats. Huruvida en datorprogramslicens ska anses utgöra en exemplaröverlåtelse eller en nyttjanderätt har betydelse för när konsumtion av upphovsmannens spridningsrätt ska anses inträda. Genom EU-domstolens avgörande i målet mellan UsedSoft och Oracle har det skett en utvidgning av tidigare rådande syn.<sup>44</sup> Även om domen rör en proprietär programvara är det intressant att resonera kring huruvida domen får konsekvenser för open source-licenser generellt och copyleft-klausulen i GNU GPL i synnerhet. Resonemang om konsumtionsprincipen avseende licenser som GNU GPL väcker komplicerade juridiska frågor som faller utanför uppsatsens omfattning. Det bör vara mycket angeläget att undersöka frågan närmare när det handlar om avsiktlig användning av open source-licenser i enlighet med licensvillkoren, och inte när det, som i förevarande situation, är en oavsiktlig förekomst av öppen källkod i annars proprietär programvara.

## 1.5 Forskningsläge

Det finns en hel del skrivet om hur det immaterialrättsliga skyddet för datorprogram ser ut idag, även om kontroversen kring huruvida upphovsrätt eller patenträtt är mest lämpligt som skydd inte verkar ha ebbat ut.<sup>45</sup> Upphovsrättsliga frågor med avseende på öppen källkod har inte i någon större utsträckning

---

<sup>43</sup> Jfr Jerner, M., *Licensering av programvara ur ett konkurrensrättsligt perspektiv*, NIR 1/1999 s. 189–208, s. 189ff.

<sup>44</sup> C-128/11 *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp*, EU:C:2012:407.

<sup>45</sup> Wolk (2016) s. 5f.

behandlats i svensk rättsvetenskap. Det torde vara påkallat att utröna skillnaden mellan proprietär och öppen källkod närmare, särskilt i förhållande till svensk rätt. Det förekommer ett antal artiklar på området. Den som får påstås gå mest på djupet i att förklara de juridiska problem som kan följa av att blanda öppen och proprietär källkod är Risto Hübner, som dock inte utgår från ett svenskrättsligt perspektiv.<sup>46</sup>

Överlåtelse och upplåtelse av immaterialrätt har visserligen utretts till viss del, men när det kommer till överlåtelse av upphovsrätt är det frågor om förlagsavtal,<sup>47</sup> övergång av upphovsrätt i anställningsförhållanden<sup>48</sup> eller uppdragsförhållanden som har problematiserats.<sup>49</sup> Upphovsrätt till källkod har utretts i en avhandling avseende skyddsobjektet enligt internationell upphovsrätt samt intrångsfrågor.<sup>50</sup> I ett examensarbete från Lunds universitet har frågan om fel i datorprogram behandlats utifrån upphovsmannens ansvar vid överlåtelse.<sup>51</sup> Däri berörs således enbart frågan om immaterialrättsligt fel och upphovsmannens ansvar vid överlåtelsen. Ett annat examensarbete från Lunds universitet behandlas frågan om immaterialrättsliga fel i ett mer allmänt perspektiv.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> Se Hübner, R., *From Proprietary Software to Open Source. Legal Challenges with Mixing the Code*, NIR 5/2014, s. 450-479.

<sup>47</sup> Här kan som ett exempel nämnas Rosen, J., *Förlagsrätt* (1989).

<sup>48</sup> I den relativt nyutgivna studien *Datorprogramsalster i upphovsrätten* (2016) redogör Sanna Wolk för överlåtelse till arbetsgivare eller beställare av datorprogram.

<sup>49</sup> Se bland annat Bengtsson, Henrik, *Rätten till beställt verk i ljuset av nya domstolsavgöranden*, Ny Juridik 4:05 s. 31.

<sup>50</sup> Ledendal, J., *Copyright Protection of Software under the TRIPS Agreement: software reengineering and reverse engineering in the context of international trade law* (2010). Eftersom Ledendals avhandling behandlar källkoden utifrån internationell upphovsrätt och inte svensk rätt, har Wolks arbete använts i större utsträckning i syfte att undersöka de för arbetet väsentliga upphovsrättsliga frågorna. Wolks studie utgavs 2016 och innehåller därmed den rättspraxis i EU som utvecklats under senare år. Eftersom den är skriven på svenska minskar risken för att upphovsrättsliga nyckelbegrepp får en felaktig tolkning i förevarande uppsats.

<sup>51</sup> Källström, L., *Fel i rättighet till datorprogram – en utredning av upphovsmannens ansvar för immaterialrättsligt fel vid överlåtelse av upphovsrätt*, examensarbete på juristprogrammet vid Lunds universitet (2014).

<sup>52</sup> Wessberg Clason, C., *Immaterialrättsliga fel – En studie av säljares och köparens inbördes förhållande när avtalsenlig användning av ett överlåtelseobjekt hindras av en immateriell rättighet*, examensarbete på juristprogrammet vid Lunds (2014).

Det benämns i förarbeten och doktrin att dels fullständiga överlåtelser av upphovsrättigheter och dels överlåtelse av upphovsrätt i samband med företagsförvärv är två i praktiken förekommande händelser. Därför är det i mitt perspektiv anmärkningsvärt att föga finns skrivet om företeelserna.

## 1.6 Terminologi

Inom upphovsrättens avtal används olika uttryck för att beskriva hur upphovsrätten överförs till någon annan. Det talas vanligen om *överlåtelse*, *upplåtelse* eller *övergång* av upphovsrätten. I lagen fungerar ordet *överlåtelse* nästintill genomgående som en benämning av samtliga rättsförvärv som sker via en överenskommelse. På så sätt görs i URL ingen åtskillnad från en *upplåtelse*, trots att en överlåtelse egentligen representerar något annat och mer.<sup>53</sup> I förevarande arbete kommer begreppet överlåtelse att användas, eftersom överlåtelser av upphovsrätten ska granskas som en fullständig och slutlig övergång av en rättighet. En upplåtelse innebär nämligen en temporär nyttjanderätt, vilket inte förutsätts vara avsikten i typexemplet. Det övergripande syftet är att reda ut huruvida en fullständig och slutlig övergång är möjlig enligt typexemplet och om den i så fall går att kategorisera som ett köp. I samband med datorprogram som tillkommit i ett anställningsförhållande används termen *övergång*, för att indikera att rätten överförs till annan.<sup>54</sup>

Vanligtvis kallas objektet för transaktionen vid ett företagsförvärv för *målföretaget*. I den specifika situationen är målföretaget många gånger något diffust. Transaktionsprocessen går till stor del ut på att precisera och definiera målföretaget. Vid en inkråmsöverlåtelse ingår enbart vissa väsentliga tillgångar. Vid ett inkråmsförvärv blir det kanske oftare tal om en målrörelse eller måltillgångar, enligt Sevenius.<sup>55</sup> När det i förevarande uppsats diskuteras

---

<sup>53</sup> Rosén (2006) s. 88.

<sup>54</sup> Rosén (2006) s. 87.

<sup>55</sup> Sevenius (2011) s. 70.



kring överlåtelse av *rörelsen*, åsyftas målrörelsen vari upphovsrätten till datorprogram utgör en tillgång i den verksamhet som överläts.

## 1.7 Tekniska termer

### 1.7.1 Datorprogram

Det förekommer ingen legaldefinition av datorprogram i varken internationella konventioner, datorprogramsdirektivet eller den svenska URL. Termen har dock fått en enklare teknisk beskrivning som har upprepats i internationella sammanhang, men den utgör ingen legaldefinition.<sup>56</sup> En sådan teknisk beskrivning av ett datorprograms funktion och hur det är konstruerat har förekommit även för svenskt vidkommande. I motiven till 1989 års ändringar av URL definieras datorprogram som en ”utformning av en serie instruktioner eller anvisningar, oberoende av den uttrycksform eller den anläggning vari den är nedlagd, avsedd att förmå en dator att direkt eller indirekt ange eller utföra en speciell funktion eller uppgift eller uppnå ett speciellt resultat.”<sup>57</sup>

Trots att tekniska kriterier inte är att sammanblanda med upphovsrättsliga begrepp har tekniken i stor utsträckning inverkat på hur det upphovsrättsliga datorprogramsbegreppet i realiteten ska tolkas.<sup>58</sup>

Ibland görs en åtskillnad mellan begreppen *datorprogram* och *programvara*. I det förra begreppet avses programkoden tillsammans med förberedande designmaterial som faller under det upphovsrättsliga datorprogramskyddet. Det senare begreppet inbegriper förutom datorprogram i sig även produkter och prestationer som är relaterade till datorprogram och kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd, men inte i form av datorprogram.<sup>59</sup> En sådan distinktion är inte

---

<sup>56</sup> Wolk (2016) s. 39f.

<sup>57</sup> SOU 1985:51 s. 87; jfr Pawlo, NIR 4/2002, s. 380. Se vidare prop. 1988/89:85 s. 7f; jfr prop. 1992/93:48 s. 112.

<sup>58</sup> Exempelvis har WIPO:s enkla tekniska beskrivning från 1978 använts av EU-domstolen för att särskilja det upphovsrättsliga programskyddet från annat upphovsrättsligt skyddat material i ett datorprogram, se vidare Wolk (2016) s. 40f.

<sup>59</sup> Rosén (2006) s. 264.

avgörande att göra i det nu aktuella fallet, men läsaren ska uppmärksammas på att ordet programvara kan inbegripa mer än vad datorprogram gör. Som en synonym för programvara används i förevarande uppsats även *mjukvara*.

## 1.7.2 Fri programvara

När datorer började användas kommersiellt blev anställda programmerare bundna till företagen och på så vis konkurrenter. Många företag tog ut höga licensavgifter för sina datorprogram och all distribution av programmen förbjöds. Programmeraren Richard Stallman på laboratoriet för artificiell intelligens vid Massachusetts Institute of Technology (MIT) utvecklade fri programvara som en ideologi och motståndsrörelse mot den rådande konkurrensen och slutenheten mellan programmerarna. Han grundade GNU-projektet som var särskilt ägnat åt att skapa fri programvara. I det så kallade GNU-manifestet konkretiserade Stallman sina idéer i form av principer som ger användare frihet att kopiera, distribuera, ändra och förbättra programvara.<sup>60</sup> Termen fri indikerar frihet i samma benämning som exempelvis yttrandefrihet, och åsyftar således inte varans pris.<sup>61</sup> Den här distinktionen torde vara viktigare att göra i det engelska språket ("free software"), sett till att *free* kan betyda *gratis* i det svenska språket.

Stallman skapade sedermera en stiftelse för utveckling av datorprogram och tillhörande licenser, FSF.<sup>62</sup> I stiftelsen utvecklades den fria programvarans filosofi. I juridisk mening innebär fri programvara ett licenssystem där den ekonomiska upphovsrätten nyttjas för att tillse uppfyllandet av de fyra friheterna kopplade till programvaran. De fyra friheterna innebär:

- ” - frihet att använda programmet för valfritt ändamål (frihet 0),
- frihet att undersöka hur programmet fungerar och ändra det för egna ändamål (frihet 1),

---

<sup>60</sup> Olofsson (2003) s. 11ff.

<sup>61</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 453.

<sup>62</sup> Se förkortningslistan.

- frihet att skicka kopior vidare av programmet, mot betalning eller gratis (frihet 2) samt
- frihet att förbättra programmet och sprida det vidare i förbättrad form (frihet 3).<sup>63</sup>

Distinktionen mellan fri programvara och öppen källkod förklaras i avsnittet nedan. Både fri programvara och öppen källkod kan dock påstås utgöra motsatsen till proprietär källkod.

### 1.7.3 Öppen källkod

Även om den engelska termen *open source* förekommer i samband med ordet licenser,<sup>64</sup> kommer *öppen källkod* användas fristående som en översättning för begreppet *open source*.<sup>65</sup> Innebörden som avses är därmed densamma. Öppen källkod ger uttryck för fri distribution men till skillnad från Stallmans vision om fri programvara inryms i filosofin en kommersiell försäljning av programvara. Det finns ett antal minsta gemensamma nämnare som tillsammans definierar vad som utgör öppen källkod. Förutom i de grundläggande krav som uppställs skiljer sig licenserna inom öppen källkod åt. Den gemensamma kärnan är således vad som definierar kraven för att koden ska klassificeras som öppen källkod.

### 1.7.4 Proprietär källkod

Termen *proprietär källkod* används som en samlingsbeteckning för program som sprids med licensvillkor vilka följer en upphovsrättslig utgångspunkt om att källkoden är sluten och utgör en företagshemlighet.<sup>66</sup> Villkoren för proprietär källkod kan bland annat innebära att användning endast tillåts för vissa

---

<sup>63</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 382.

<sup>64</sup> Begreppet *open source-licenser* används vedertaget i svensk litteratur.

<sup>65</sup> Jfr Pawlo, NIR 4/2002, s. 381. Även öppen programvara används som en synonym och åsyftar samma betydelse, se *Internationell utblick: Öppen programvara inom statsförvaltningen*, rapport för regeringskansliet, mars 2016, s. 1 <[joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/news/attachment/ramboll\\_rapport\\_slutversion\\_-\\_internationell\\_utblick\\_öppen\\_programvara\\_31\\_mars\\_2016\\_pdf.pdf](http://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/news/attachment/ramboll_rapport_slutversion_-_internationell_utblick_öppen_programvara_31_mars_2016_pdf.pdf)> besökt 2018-02-20.

<sup>66</sup> Folker, NIR 2/2005, s. 165.

syften och att källkoden därför inte avslöjas. Ofta licenseras sådan proprietär mjukvara endast i vinstsyfte.<sup>67</sup>

Till skillnad från en innehavare av en immaterialrätt, har en innehavare av en företagshemlighet inte ensamrätt till informationen, utan snarare ett skydd för hemlighållande av informationen gentemot utomstående.<sup>68</sup> I svensk rätt regleras företagshemligheter i FHL, men det pågår för närvarande en harmonisering inom Europeiska unionen. I skälen till det nya EU-direktivet om skydd för företagshemligheter uttalas att ”företagshemligheter utgör ett komplement till eller alternativ till immateriella rättigheter.”<sup>69</sup> I den svenska utredningen, med anledning av den civilrättsliga harmoniseringen enligt EU-direktivet, uttalas att en företagshemlighet är sådan information som ”inte är allmänt känd eller lätt tillgänglig, har kommersiellt värde genom att den är hemlig och som innehavaren av företagshemligheter vidtar rimliga åtgärder för att hålla hemlig.”<sup>70</sup> Därtill kan tilläggas att ”anskaffa, utnyttja eller röja en företagshemlighet ska anses lagligt om handlandet krävs eller är tillåtet enligt nationell rätt.”<sup>71</sup>

## 1.7.5 Copyleft

Att proprietär källkod utgör en företagshemlighet har betydelse i hänseende till fenomenet *copyleft* – ett licensvillkor som ingår i vissa open source-licenser och som medför problematik avseende källkod som en företagshemlighet. Det blir tydligt när programmerare av ett datorprogram har blandat proprietär källkod med öppen källkod.<sup>72</sup> För att förstå varför blir det nödvändigt att förklara konceptet med copyleft.

Copyleft utvecklades av Richard Stallman som en radikal avvikelse från det traditionella tillvägagångssättet att licensera programvara. Copyleft beskrivs

---

<sup>67</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 450.

<sup>68</sup> SOU 2017:45 s. 214.

<sup>69</sup> Skäl 16 i EU-direktivet om skydd för företagshemligheter.

<sup>70</sup> SOU 2017:45 s. 55.

<sup>71</sup> SOU 2017:45 s. 56.

<sup>72</sup> Jfr Folker, NIR 2/2005, s. 171.

av FSF som en generell metod för att göra programvara, och alla modifierade versioner av programvaran, fri. Processen för att göra mjukvaran föremål för copyleft beskrivs på följande sätt:

”To copyleft a program, we first state that it is copyrighted; then we add distribution terms, which are a legal instrument that gives everyone the rights to use, modify and redistribute the program’s code, *or any other program derived from it*, but only if the distribution terms are unchanged. Thus, the code and the freedoms become legally inseparable.”<sup>73</sup>

Inte alla open source-licenser innehåller ett copyleft-villkor. Indelningen av licenser brukar ske i främst två grupper, nämligen tillåtande licenser (utan copyleft) och reciproka licenser (med copyleft). Emellanåt separeras de reciproka licenserna med hänsyn till om de innehåller en svag respektive stark copyleft.<sup>74</sup> Copyleft-konceptet kallas ”smittande”, då alla bearbetade versioner av programvaran måste licenseras enligt villkoren i GNU GPL.<sup>75</sup> Enligt Olofsson torde bestämmelsen omfatta verk som innehåller hela, eller delar av, den ursprungliga programvaran, samt bearbetade versioner av programvaran i sin helhet.<sup>76</sup> Det innebär i praktiken att licensvillkoren utvidgas till att gälla även den källkod som har skapats självständigt av en programmerare, när den kombineras med GPL-kod.<sup>77</sup> I kort innebär det att alla sådana verk som av licenstagaren distribueras eller offentliggörs ska licenseras i sin helhet, fritt, till tredje man.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> *What is copyleft?*, GNU Operating System, <[www.gnu.org/copyleft/](http://www.gnu.org/copyleft/)> besökt 2018-02-20. Jfr Hübner, NIR 5/2014, s. 457.

<sup>74</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 455f.

<sup>75</sup> Olofsson (2003) s. 41.

<sup>76</sup> Olofsson (2003) 41f.

<sup>77</sup> Folker, NIR 2/2005, s. 172.

<sup>78</sup> Olofsson (2003) s. 39.

## 1.8 Disposition

Först analyseras om överlåtelsen av ett upphovsrättsligt skyddat datorprogram som ingår i ett företagsförvärv är att se som ett köp enligt KöpL. Det sker genom att granska överlåtelsens karaktär och vilka tvingande bestämmelser som kan inverka på parternas möjligheter att avtala om överlåtelsen. I det inledande kapitlet definieras därför det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram och dess källkod. I kapitel tre granskas vad en överlåtelse av en upphovsrätt innebär i allmänhet. Därefter appliceras överlåtelsen på ett upphovsrättsligt skyddat datorprogram.

I det fjärde kapitlet beskrivs fenomenet företagsförvärv. Ett företagsförvärv karakteriseras av diverse moment där signifikansen av immaterialrätterna som tillgångar varierar under köpprocessen. Avsikten är således inte att granska företagsförvärvsprocessens samtliga delar minutiöst, utan att urskilja de mest väsentliga faserna då värdet och regleringen av immaterialrätterna aktualiseras. Det kommer att framgå att säljarens garantier och köparens undersökning av företaget är två avgörande delar i processen. En förvärvsprocess präglas av utförliga avtalsregleringar som belyses i det här avsnittet. Den dispositiva rättens inflytande över ett oreglerat felansvar framgår nämligen i senare avsnitt. I händelse av en tvist är det inte möjligt att fullständigt undvika dispositiv rätt vid ett företagsförvärv.<sup>79</sup> Om KöpL kan tillämpas kan det resoneras hur långt dess tillämplighet sträcker sig.

Innan det blir möjligt att resonera kring KöpL:s felbestämmelser ska läsaren bli medveten om vilka praktiska konsekvenser som följer av att proprietär källkod har blandats med öppen källkod. I det femte kapitlet uppmärksammas det speciella med öppen källkod och särskilt avtalsvillkoret copyleft. Licensen GNU GPL, vilken innehåller en copyleft-klausul, används som belysande exempel.

---

<sup>79</sup> Sevenius (2011) s. 349.

I det sjätte kapitlet ska det vidare undersökas hur är det möjligt för avtalsparterna att köprättsligt gå till väga, när källkoden har smittats av öppen källkod och därigenom dess licensvillkor genom avtalsvillkoret copyleft. Det blir således en fråga om hur den köprättsliga regleringen tillämpas när felansvaret inte har avtalats, och huruvida KöpL ändamålsenligt reglerar ansvaret i förevarande fall.

## 2 Immaterialrättsligt skydd för datorprogram

### 2.1 EU-rättslig reglering av upphovsrätten

Det finns ett antal direktiv på upphovsrättens område och för den här uppsatsens ämnesområde är det särskilt datorprogramdirektivet och Infosoc-direktivet som är relevanta. Det förstnämnda reglerar skyddet för datorprogram inom upphovsrätten, medan Infosoc-direktivet ska verka utfyllande där övriga direktiv, ”inom sitt tillämpningsområde, inte harmoniserar medlemsstaternas lagstiftning.”<sup>80</sup> När Infosoc-direktivet införlivades i svensk rätt, genomgick den svenska URL ganska omfattande förändringar som trädde ikraft 1 juli 2005. Implementeringen innebar att regler som relaterade till Infosoc-direktivet genomgick en översyn och en rad nya bestämmelser infördes i URL. Det har även skett ett antal lagändringar i URL sedan dess.<sup>81</sup>

### 2.2 Internationella konventioner om upphovsrätten

#### 2.2.1 Bernkonventionen och Världskonventionen

Under slutet av 1800-talet fördes det diskussioner på ett globalt plan om hur det immateriella rättsskyddet skulle se ut mellan länderna. Diskussionerna utmynnade i principer fastslagna genom PK år 1883 och BK år 1886. Några av de mest centrala principerna är de om territorialitet, nationell behandling och minimiskydd.<sup>82</sup> På upphovsrättsområdet är det således BK som är gällande.

---

<sup>80</sup> Ds 2007:29 s. 32.

<sup>81</sup> Maunsbach, U. & Wennersten, U., *Grundläggande immaterialrätt* (2015) s. 66.

<sup>82</sup> Maunsbach & Wennersten (2015) s. 26.



Sverige har även anslutit sig till VK som kom till år 1952, och som också bygger på principerna om nationell behandling och miniminivå om lägsta skydd för utländska verk. Enligt VK får däremot formella krav ställas för att skydd ska ges. Kraven innefattar att samtliga exemplar ska vara försedda med copyrightsymbolen, alternativt ordet copyright, tillsammans med rättighetsinnehavarens namn och första publiceringsåret. Numera har symbolen snarare ett syfte i bevishänseende, då VK i praktiken har blivit inaktuell till förmån för BK och TRIPS-avtalet.<sup>83</sup>

### **2.2.2 TRIPS-avtalet**

TRIPS-avtalet omfattar i princip alla former av immaterialrätter och vilar på grunderna om nationell behandling och mest-gynnad-nationsbehandling. TRIPS-avtalet ger även minimistandarder för utformningen av de anslutna ländernas lagstiftning. I bestämmelserna rörande upphovsrätt regleras det exempelvis särskilt om datorprogram. TRIPS-avtalet har även inneburit att Sverige 1998 införde regler om intrångsundersökning, vilket är en slags civilrättslig husrannsakan. I avtalet föreskrivs det också hur medlemsstaterna ska iaktta bestämmelserna i förhållande till BK.<sup>84</sup>

### **2.2.3 WCT**

För att säkerställa en anpassning av upphovsrätten till den tekniska utvecklingen har det inom WIPO – FN:s fackorgan för immaterialrätt som administrerar BK och PK<sup>85</sup> - antagits två fördrag i form av WCT och WPPT. Ett av Infosoc-direktivets syften var att tillförsäkra att EU:s medlemsstater på ett samordnat sätt genomförde bestämmelserna i fördragen.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Maunsbach & Wennersten (2015) s. 63f.

<sup>84</sup> Maunsbach & Wennersten (2015) s. 64.

<sup>85</sup> Maunsbach & Wennersten (2015) s. 27.

<sup>86</sup> Maunsbach & Wennersten (2015) s. 64f.

## 2.3 Särskilt om upphovsrättsskyddet för datorprogram

### 2.3.1 Skyddsobjektet och skyddsomfånget

Sedan informationsteknikens inträde har det diskuterats vilka rättsliga skyddsformer som ska tillämpas på datorprogram.

På internationell nivå stadgas det i 10.1 TRIPs-avtalet att det är källkoden och objekt-koden som skyddas som litterära verk. I 4 WCT föreskrivs det att datorprogram skyddas som litterära verk, oavsett sättet eller formen de uttrycks i.<sup>87</sup>

I den svenska lagstiftningen ansågs det ligga närmast till hands att behandla datorprogram som ett litterärt verk enligt 1 § första stycket andra punkten URL. Det är sedan år 1989 som det har funnits ett uttryckligt skydd för datorprogram. År 1991 införde EU ett datorprogramdirektiv som sedan dess har konsoliderats.<sup>88</sup> URL anpassades efter EU-direktivet med nya särbestämmelser som trädde ikraft år 1993.<sup>89</sup> Att datorprogram har ett uttryckligt upphovsrättsligt skydd är betydelsefullt, och upphovsrättens betydelse i informations-samhället blir uppenbar.<sup>90</sup> Från att ha fungerat som ett rättsskydd för litterärt och konstnärligt skapande har upphovsrätten utvidgats med en slags industriell upphovsrätt, vilken Olsson påpekar har influerat upphovsrätten i stort. Genom tiderna har upphovsrätten ansetts flexibel nog att hantera nya fenomen för vilka det framstått som alldeles komplicerat och osäkert att utforma särskilda skyddssystem för dessa särskilda produkter. Datorprogram är ett typiskt exempel på den här utvecklingen.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> Wolk (2016) s. 39.

<sup>88</sup> Datorprogramdirektivet 2009/24/EG.

<sup>89</sup> Se prop. 1992/93:48 s. 109ff.

<sup>90</sup> Levin (2017) s. 77.

<sup>91</sup> Olsson (2015) s. 50.

I verkskategorin datorprogram som stadgas i 1 § första stycket andra punkten URL är det den litterära gestaltningen av datorprogrammets kod som skyddas.<sup>92</sup> Det har även av EU-domstolen uttalats vara det åsyftade föremålet för skydd enligt datorprogramdirektivet.<sup>93</sup> Även bakomliggande designmaterial kan få självständigt skydd som datorprogram, vilket framgår av tredje stycket i samma paragraf. Ett datorprograms uttrycksform är således kod, vilken kan delas in i källkod och objektkod. Koden gör det möjligt för datorn att fullgöra sin funktion.<sup>94</sup> Källkod är den skrivna formen av datorprogrammet, medan objektkoden är den maskinläsbara formen som gör att datorn börjar arbeta. Det är en kompilator som omvandlar källkod till objektkod.<sup>95</sup> Det är värt att notera att oavsett hur (form eller medium) objektkoden har lagrats, åtnjuter datorprogrammet skydd.<sup>96</sup> Eftersom det är funktionerna som är avsedda att styra maskinen som skyddas, spelar verkets ändamål ingen roll. Det betyder att även om verket inte är avsett att uppfattas av människan kan det ändå åtnjuta skydd.<sup>97</sup>

Det är svårt att avgränsa ett generellt skyddsomfång för datorprogram.<sup>98</sup> EU-domstolen har konstaterat att programelement, så som användargränssnitt, programmeringsspråk och filformat, inte utgör ett datorprogram enligt datorprogramsdirektivet. De är inte en del av datorprogrammets uttryck och därmed faller de utanför skyddsomfånget. Skyddsomfånget är således relativt *snävt* och vad begreppet datorprogram egentligen omfattar är själva skrivandet av programmet. Betydelsen tar sikte på den konkreta utformningen av programmets struktur och funktioner i litterär form.<sup>99</sup>

---

<sup>92</sup> Wolk (2016) s 48.

<sup>93</sup> Se C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury*, EU:C:2010:816, punkterna 34-35 samt C-406/10 *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd*, EU:C2012:259, punkt 38.

<sup>94</sup> Wolk (2016) s. 48f.

<sup>95</sup> Olsson (2015) s. 50.

<sup>96</sup> Valentin Rehncrona, P., *Immaterialrättens grunder* (2017) s. 137.

<sup>97</sup> Olsson (2015) s. 210.

<sup>98</sup> Levin (2017) s. 92f.

<sup>99</sup> Wolk (2016) s. 45f.

För att ett datorprogram ska skyddas krävs dock så som för övriga verk att kravet på originalitet uppfylls.<sup>100</sup> Det innebär att verket ska vara självständigt och originellt och därigenom uppnå *verkshöjd*.<sup>101</sup>

## 2.3.2 Förutsättning för skydd

I URL anges det således ett krav på *verkshöjd* för att ett verk ska åtnjuta skydd. Det har under lång tid varit en sammanfattande term i de nordiska länderna, men i den harmoniserade EU-rätten lyder kravet att verket ska vara *originellt*, på så sätt att det ger uttryck för ”upphovsmannens egna intellektuella skapelse. Inga andra bedömningsnormer ska tillämpas för rätten till skyddet.”<sup>102</sup> Det är EU-domstolen som har uttalat att originalitetskriteriet som uppställs i datorprogramdirektivet, databasdirektivet och skyddstidsdirektivet ska tillämpas generellt.<sup>103</sup>

Har vi då övergett verkshöjdsbegreppet i Sverige? HD prövade förhållandet mellan begreppen verkshöjd och originalitet i NJA 2015 s. 1097. Avgörandet behandlar primärt förutsättningar för upphovsrättens ensamrätt, men det går även att resonera kring upphovsrättens skyddsförutsättningar så som Per Jonas Nordell har gjort. Efter en redogörelse av det skiftande perspektivet på upphovsrättsligt skydd under 1900-talet konstaterar Nordell att domstolens slutsats innebär en möjlighet att i nationell rätt tillämpa verkshöjdskravet och originalitetsbegreppet alternativt och synonymt.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> Valentin Rehnecrona (2017) s. 137.

<sup>101</sup> Adamsson, P. m.fl., *Lagarna inom immaterialrätten: kommentarer till lagstiftning rörande upphovsrätt, patent, växtförädlarrätt, mönster, firma, varumärken m.m. som den lyder den 1 januari 2008*, (2013-12-01, Zeteo, zeteo.wolterskluwer.se), kommentaren till 1 § Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, under rubriken Verksbegreppet.

<sup>102</sup> Nordell, P. J., *Verkshöjd eller originalitet?*, JT nr 1 2016/17 s. 172–179, s. 172.

<sup>103</sup> C-5/08 Infopaq International A/S mot Danske Dagbladets Forening, EU:C:2009:465. Se även Levin (2017) s. 102; Axhamn, J., *EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande*, NIR 4/2010 s.339–353, s. 339f.

<sup>104</sup> Nordell, JT nr 1 2016/17, s. 178f.

### 2.3.3 Den ideella rätten

Upphovsrätten består inte bara av en ekonomisk del, utan avser även skydda upphovsmannens ideella intressen. Inom EU finns det inget harmoniserat skydd för den ideella rätten, utan skyddet har lämnats att regleras i medlemsstaternas nationella lagstiftning.<sup>105</sup> Den ideella rätten inom upphovsrätten består av namngivelsesrätten samt respekträtten.

Namngivelsesrätten uttrycks som en huvudregel om att upphovsmannens namn alltid ska finnas angivet i samband med verket. När ett exemplar av ett verk framställs eller verket görs tillgängligt för allmänheten ska namnet på upphovsmannen anges i den omfattning eller på det sätt god sed kräver, enligt 3 § URL. Det betyder att den fysiska personens namn, eller av denne vald pseudonym, ska anges. Det innebär även att upphovsmannen har en rätt att förbli anonym och att inte bli namngiven för verk som det inte finns en önskan att bli förknippad med.<sup>106</sup> I andra stycket i samma lagrum stadgas ett skydd för upphovsmannen mot att verket ska ändras så att det kan anses kränkande för upphovsmannens konstnärliga anseende eller egenart, eller göras tillgängligt för allmänheten på ett sätt som är kränkande för upphovsmannen.

Den ideella rätten kan bara i begränsad omfattning efterges, och den är inte möjlig att helt avtala bort. Det betyder att ”de ideella delarna endast kan överlåtas i den omfattning som upphovsmannen kan överblicka konsekvenserna av vid avtalstillfället.”<sup>107</sup>

För tekniska verk, så som ett datorprogram, tillerkänner praxis en begränsad namngivelsesrätt.<sup>108</sup> God sed enligt 3 § URL har rörande datorprogram konstaterats behöva tolkas i ljuset av att en programmerares intresse främst är av ekonomisk art.<sup>109</sup> Det kan i praktiken sällan anses föreligga en situation då

---

<sup>105</sup> Wolk (2016) s. 98.

<sup>106</sup> Prop. 1960:17 s. 71.

<sup>107</sup> Wolk (2016) s. 99.

<sup>108</sup> Levin (2017) s. 161.

<sup>109</sup> SOU 1985:51 s. 93f.

upphovsmannen till ett programalster kan anses kränkt. Datorprogram görs normalt tillgängliga tillsammans med företagets kännetecken. Sett till datorprogrammets natur är det bara ett fåtal situationer som kan förefalla kränkande enligt 3 § URL. Möjligheten för upphovsmannen att utöva den ideella rätten för ett programalster har normalt ingen betydelse i relation till tredje man. Genom att tredje man utnyttjar annans upphovsrätt utan att det finns samtycke, utgör det ett förfarande som är förbjudet redan genom att det strider mot rättshavarens ekonomiska rätt i 2 § URL. Om det i stället handlar om datorspel kan upphovsmannens ideella rätt i vissa fall kunna anses vara kränkt. Det gäller även för programelement, innefattande exempelvis animeringar, som används utanför själva programmet på så sätt att det kränker upphovsmannens ideella rätt.<sup>110</sup>

Avseende upphovsmannens ideella rätt finns en särskild aspekt att beakta vid en övergång av upphovsrätten, när ett datorprogram har skapats i ett anställningsförhållande.<sup>111</sup>

### **2.3.4 Skyddstid för datorprogram**

Det upphovsrättsliga skyddet uppstår direkt i samband med att ett verk skapas. Skyddstiden sträcker sig till 70 år efter upphovsmannens dödsår, enligt 43 § första stycket URL. Av samma stycke framgår att när det är fråga om flera upphovsmän i enlighet med 6 § URL, gäller tiden från den sist avlidne upphovsmannens dödsår. När det gäller utländska verk, som på grund av internationella konventioner åtnjuter skydd, är principen om nationell behandling den gällande huvudregeln. Det innebär att om skyddstiden är längre i hemlandet, går gränsen för skydd ändå vid 70 år efter upphovsmannens död.<sup>112</sup> Om skyddstiden löpt ut i hemlandet, skyddas verket dock inte heller i Sverige. Det framgår av bland annat 3, 8, 18 och 19 §§ i IURF.

---

<sup>110</sup> Wolk (2016) s. 99.

<sup>111</sup> Förhållandet till den ideella rätten i det fallet beskrivs närmare i avsnitt 3.2.

<sup>112</sup> Lindberg & Westman (2001), s. 284.

För datorprogram torde det vara svårt att exakt fastställa hur beräkningen ska ske av skyddstiden. Datorprogram är ofta under ständig utveckling och olika upphovsmän ligger bakom skapandet av olika delar. I praktiken innebär det sällan några problem eftersom det ändå är en begränsad kommersiell livslängd på datorprogram.<sup>113</sup>

### **2.3.5 Särskilda bestämmelser i URL för datorprogram**

Datorprogram har ansetts vara av ett så speciellt slag att ett antal särskilda regler om deras användning har införts.<sup>114</sup> Det innebär bland annat att det inte är tillåtet att framställa kopior för privat bruk, enligt 12 § andra stycket andra punkten URL.<sup>115</sup> Vidare finns det även särskilda regler för exempelvis uthyrning samt utlåning av program.<sup>116</sup>

### **2.3.6 Skyddet för öppen källkod**

Öppen källkod faller, liksom proprietär källkod, inom definitionen av datorprogram som ges i URL och som har redogjorts här ovan. Det innebär att huvudregeln om upphovsmannens ensamrätt och övriga bestämmelser om utveckling av ett datorprogram inom ramen för en anställning eller ett beställningsuppdrag blir tillämpliga.<sup>117</sup> Det upphovsrättsliga skyddet är således i grund och botten samma som för proprietär källkod, men har av licensgivare försetts med särskilda restriktioner vars förenlighet med svensk upphovsrätt får en närmare presentation senare.<sup>118</sup>

---

<sup>113</sup> Lindberg & Westman (2001) s. 284.

<sup>114</sup> I det här avsnittet introduceras bestämmelserna och sätts i senare avsnitt in i en avtalsrättslig kontext.

<sup>115</sup> Betydelsen av bestämmelsen i sammanhanget presenteras närmare under avsnitt 5.2.1.

<sup>116</sup> Olsson (2015) s. 210. Endast de regler som är relevanta för uppsatsen kommer att få en mer ingående presentation.

<sup>117</sup> Se Pawlo, NIR 4/2002, s. 380.

<sup>118</sup> Se avsnitt 5.2.1.

## 2.4 Patenträtt

Det som tydligast skiljer upphovsrätt från patenträtt är att upphovsrätten inte präglas av idéskydd på så sätt som patenträtten gör.<sup>119</sup> Trots att datorprogram finns inplacerade i URL har det i tidigare faser diskuterats om patenträtten vore en lämpligare skyddsform. Det bör uppmärksammas att det idag är möjligt att utnyttja både upphovsrätt och patentskydd för datorprogram. Det är dock inte datorprogram som sådana som kan patentskyddas, utan det är s.k. ”datorrelaterade uppfinningar som utnyttjas programvara och som innefattar en ny och teknisk effekt.”<sup>120</sup>

Det förekom livliga diskussioner om datorrelaterade uppfinningars patentbarhet för ett antal år sedan. Det var i samband med direktivförslag (2002) 92 den 20.2.2002 som starka intressen blommande upp, men då de olika sidorna inte kunde enas lades förslaget på is. Det var open source-rörelsen som ansåg att det räckte med upphovsrätt som skyddsform, medan industriföreträdarna ställde sig bakom ett starkt patentskydd på området.<sup>121</sup> Det har dessutom förekommit diskussioner kring huruvida ett *sui generis*-skydd vore att föredra för datorprogram.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> Bernitz, U. et al., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, (2017) s. 341.

<sup>120</sup> Levin (2017) s. 77.

<sup>121</sup> Levin (2017) s. 77f. Det bör uppmärksammas att det i inledningens typexempel förutsätts att inget patentskydd existerar.

<sup>122</sup> Det blir inte möjligt att närmare gå in på den här diskussionen, men Jonas Ledendal förespråkar ett *sui generis*-skydd med hänvisning till att det upphovsrättsliga skyddet i vissa avseenden är att se som bristfälligt, se Ledendal (2010). Mot ett sådant *sui generis*-skydd argumenterar John M. Jr. Griem, se Griem, J. M. Jr, *Against a Sui Generis System of Intellectual Property for Computer Software*, Hofstra Law Review: Vol. 22: Iss. 1, Article 4 (1993), <[scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2510&context=hlr](http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2510&context=hlr)> besökt 2018-03-05.



# 3 Överlåtelse av upphovsrätt

## 3.1 Allmänt

Immaterialrätter konstituerar en viktig handelsvara. På det här viset är en immaterialrätt som vilket annat egendomsslag som helst, och behandlas juridiskt i stort sett likadant. Det finns trots det vissa avgörande skillnader som gör avtalen på immaterialrättens område mer invecklade än annars förekommande köp- eller nyttjanderättsavtal. Det handlar om en mer svårdefinierad produkt än en vanlig fysisk produkt. Vid utformningen av immaterialrättsliga avtal finns det därför särskilda aspekter att ha i åtanke.<sup>123</sup>

Först och främst kan det konstateras att rättigheterna till ett upphovsrättsligt skyddat verk kan överlåtas eller upplåtas.<sup>124</sup> Det är upphovsmannen som har förfogande över den ekonomiska ensamrätten. Enligt 27 § första stycket URL kan den *helt* eller *delvis* kan överlåtas till annan *fysisk* eller *juridisk* person.<sup>125</sup> Av andra stycket framgår det att en överlåtelse av ett *exemplar* inte innebär att upphovsrätten överläts. Den ideella rätten, som framgår av 3 § URL, utgör en begränsning av överlåtelsemöjligheten.<sup>126</sup> Den gemensamma nämnaren mellan upphovsrättens avtal är att det handlar om en laggiven ensamrätt som täcks av ett avtalsinnehåll.<sup>127</sup>

Den avgörande skillnaden mellan överlåtelse och upplåtelse av en rättighet torde utgöras av att en överlåtelse innebär en fullständig och slutgiltig övergång av rättigheten, medan en upplåtelse snarare är ett temporärt eller på annat sätt inskränkt förvärv. Överlåtelser får, som framgår av 27 § första stycket URL, förekomma även mellan juridiska personer, och kan ske så länge de är förenliga med innehavarens befogenheter.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> Maunsbach & Wennersten (2015) s. 32.

<sup>124</sup> Olsson (2015) s. 239.

<sup>125</sup> Maunsbach & Wennersten (2015) s. 123; Wolk (2016) s. 157.

<sup>126</sup> Se avsnitt 2.3.3 ovan.

<sup>127</sup> Rosen (2006) s. 21.

<sup>128</sup> Rosén (2006) s. 87.

När överlåtelsen avser hela rätten blir förvärvaren ägare. Sådan överlåtelse kan ske exempelvis genom köp, byte, arv eller gåva.<sup>129</sup> Med hänsyn till vad som gäller för den ideella rätten kan arbetsgivare eller uppdragsgivare normalt enbart erhålla en avledd rätt.<sup>130</sup> Det finns dock en specialregel för datorprogram som ska förklaras mer ingående nedan.<sup>131</sup> En upphovsrätt kan, med reservation vad som i vissa fall gäller för vidareöverlåtelser i 28 § första stycket URL, vara föremål för en oändlig överlåtelsekedja som i slutändan kan placera upphovsmannen långt från det faktiska utövandet av rättigheten.<sup>132</sup> Rosén framhåller att det som föreskrivs i 27 och 28 §§ URL utgör en ytterst ofullständig reglering av alla typer av upphovsrättsöverlåtelser.<sup>133</sup>

## 3.2 Övergången av anställdas datorprogramverk

För alster med en mer teknisk prägel, vari datorprogram ingår, är fullständiga överlåtelser vanligare än upplåtelser. Då handlar det ofta om en överlåtelse till en arbets- eller uppdragsgivare. Att fullständiga överlåtelser sker i just dessa fall handlar om att verk såsom datorprogram vanligen nyttjas i ett industriellt sammanhang. På så sätt har den fulla överlåtelsen en rent utilistiskt eller i övrigt praktisk funktion, då rättsförvärvaren är i behov av flexibel tillgång till verket. Härvidlag har upphovsmannen förhållandevis goda förutsättningar att överblicka villkoren och acceptera att verket får uppfylla de praktiska syften som det skapades för.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> Olsson (2015) s. 238.

<sup>130</sup> Wolk (2016) s. 157.

<sup>131</sup> Se avsnitt 3.2.

<sup>132</sup> Rosén (1989) s. 122.

<sup>133</sup> Rosen (1989) s. 121.

<sup>134</sup> Rosén (2006) s. 150.

Oavsett om ett verk har tillkommit i en anställning eller efter beställning är det likväl skaparen som innehar upphovsrätten. Hur övergången av upphovsrätten sker skiljer sig dock åt i två fallen.<sup>135</sup> När ett företag internt ägnar sig åt produktion av upphovsrättsligt skyddade alster brukar det i anställningsavtalet regleras att upphovsmannen överlåter sin ekonomiska rätt i de arbeten som har skapats i anställningen.<sup>136</sup> För datorprogram finns det dock en särskild regel i 40 a § URL om övergången av upphovsrätten i ett datorprogram som har utvecklats i ett anställningsförhållande. Regeln skiljer sig därför från vad som normalt gäller för en övergång av upphovsrätten till arbetsgivaren.

Enligt 40 a § URL övergår upphovsrätten till ett datorprogram från arbetstägaren till arbetsgivaren om programmet *skapats som ett led i arbetstägarens arbetsuppgifter* eller *enligt instruktioner från arbetsgivaren*, så länge inte något annat har avtalats. Den särskilda bestämmelsen motiveras av att datorprogram har en industriell natur, tillkommer vanligtvis i kommersiellt syfte samt är resultatet av betydande investeringar från arbetsgivarens håll.<sup>137</sup> Sådan övergång av upphovsrätten som 40 a § URL föreskriver inbegriper all rätt, inklusive den ideella rätten.<sup>138</sup> Bestämmelsen i 40 a § URL har sitt ursprung i datorprogramsdirektivet och införlivades i URL med verkan från den 1 januari 1993.<sup>139</sup>

Datorprogram skapas vanligen i just anställningsförhållanden och dess natur motiverar en särskild regel om övergången till arbetsgivaren. Det kan vara en enskild eller ett fåtal upphovsmän, eller rentav ett stort antal personer som har skapat programmet. Datorprogram som produkter har ett uttalat kommersiellt syfte, i synnerhet när de har utvecklats inom ramen för en anställning. Sett ur

---

<sup>135</sup> Olsson (2015) s. 240. Arbeten som tagits fram i ett beställningsuppdrag behandlas som sagt inte i den här uppsatsen, men det kan nämnas att upphovsrättens övergång i en sådan situation regleras i ett beställningsavtal.

<sup>136</sup> Olsson (2015) s. 240.

<sup>137</sup> Olsson (2015) s. 242.

<sup>138</sup> Rosen (2006) s. 164; Wolk (2016) s. 159.

<sup>139</sup> Olsson (2015) s. 370.

arbetsgivarens perspektiv finns det ofta betydande investeringar bakom utvecklingen av ett datorprogram, och därför är det viktigt att denne kan tillgodogöra sig programmets ekonomiska värde.<sup>140</sup>

Den anställde upphovsmannens ideella intresse får anses vara obetydligt. Att bli namngiven i samband med verket kan givetvis vara viktigt för upphovsmannen, men för de fall då det handlar om ett datorprogram som skapats av en vid och skiftande personkrets torde det i praktiken inte alltid gå att tillgodose det kravet. Vidare måste arbetsgivaren ha möjlighet att ändra och anpassa datorprogrammet för att kunna exploatera och marknadsföra programmet. Om de ideella rättigheterna skulle stanna hos upphovsmannen skulle det försvåra den möjligheten, och därmed får det anses rimligt att upphovsrättens övergång till arbetsgivaren omfattar både de ekonomiska och ideella rättigheterna till programmen.<sup>141</sup>

Det konstateras slutligen att regeln inte innebär en överlåtelse eller övergång med eftergift från den anställde. Därför blir varken 3 eller 28 §§ URL tillämpliga. Om arbetsgivaren däremot, efter att ha förvärvat rättigheterna enligt bestämmelsen i 40 a § URL, i sin tur överlåter rättigheterna, ska 28 § URL givetvis tillämpas på den överlåtelsen.<sup>142</sup> Det bör noteras att i stort sett samtliga regler är tillämpliga i den mån inget annat har avtalats.<sup>143</sup>

Inför ett förestående företagsförvärv är det således av vikt att det är klarlagt om och hur rätten har övergått till företaget från skaparen. Beroende på om övergången har skett genom bestämmelsen i 40 a § URL, allmänna upphovsrättsliga principer eller avtal påverkar det omfattningen på arbetsgivarens rättsförvärv. När övergången sker genom 40 a § URL får arbetsgivaren en omedelbar ensamrätt som är mer vidsträckt än normalt inom upphovsrätten.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> Prop. 1992/93:48 s. 117.

<sup>141</sup> Prop. 1992/93:48 s. 117.

<sup>142</sup> Prop. 1992/93:48 s. 118.

<sup>143</sup> Olsson (2015) s. 242.

<sup>144</sup> Wolk (2016) s. 185.

## 3.3 Överlåtelse av datorprogram som ingår i ett inkråmsförvärv

### 3.3.1 Immaterialrätter som tillgångar i ett bolag

För rättsinnehavaren utgör de immaterialrättsliga tillgångarna stora ekonomiska värden att handla med. Det är en anledning till att de numera kommersialiseras i väldigt stor omfattning genom överlåtelser, upplåtelser och inom företags rättighetsförvaltning. Det är åtråvärt för större företag att förfoga över portföljer innehållande patent eller andra värdefulla immaterialrätter, i synnerhet i samband med verksamhetsöverlåtelser eller vid samarbete med andra företag.<sup>145</sup> Immaterialrätterna kan vara essentiella för företagets kassaflöden. Robert Sevenius framhåller inte bara PL, firmalagen, URL och VML som viktiga immaterialrättsliga lagstiftningar, utan pekar även ut att mjukvara med licensavtal kan ha avgörande betydelse för transaktioner.<sup>146</sup>

I det följande ska läsaren hålla i åtanke att det har skett en sådan övergång av arbetstagares upphovsrätt till bolaget som presenterades i föregående avsnitt. Nu ska bolaget således överlåta sitt inkråm till ett annat bolag, i enlighet med typexemplet. När rörelse överlåts är det av vikt att granska verksamhetens karaktär för att tillse att krav från olika regelverk efterföljs, så att negativa konsekvenser undgås. Immaterialrättsliga regler som aktualiseras i samband med företagsförvärv kan få betydelse både när det gäller transaktionen och för målrörelsens värde. De främsta situationer då de immaterialrättsliga reglerna måste beaktas är dels vid strukturering och avtalsskrivning, dels under företagsbesiktningen och som en del i företagsvärderingen.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Bernitz et al. (2017) s. 412.

<sup>146</sup> Sevenius (2011) s. 450.

<sup>147</sup> Sevenius (2011) s. 449.

### 3.3.2 Lagreglering av överlåtelsen

En överlåtelse av all ensamrätt är rättsligt fullt möjligt.<sup>148</sup> Det råder närmast total frihet för parterna att bestämma vilken rätt förvärvaren ska erhålla, vilket framgår vid läsning av 27 § URL. En fullständig avtalsfrihet är möjlig eftersom URL:s regler om avtal är dispositiva, med undantag för ett fåtal om just datorprogram, nämligen 26 g § andra och fjärde stycket, samt 26 h § URL. 26 g § andra stycket URL stadgar att programförvärvaren har en tvingande, men mycket begränsad, rätt att framställa säkerhets- eller reservkopior av ett datorprogram.<sup>149</sup> Enligt 26 h § URL finns det under vissa förutsättningar en tvingande rätt till *dekompilering*. Det innebär att en förvärvare av ett datorprogram ska kunna göra ingrepp för att programmet ska kunna samverka med andra program. Under särskilda villkor kan någon då få översätta och analysera programkod.<sup>150</sup>

Avseende programexemplar som avtalsobjekt råder full möjlighet att fritt överlåta exemplaret vidare, medan utgångspunkten för nyttjanderättsavtal är att det råder ett överlåtelseförbud.<sup>151</sup> Det framgår av 28 § URL ett undantag från förbudet att överlåta rätten vidare; om rätten ingår i en rörelse får den överlåtas i samband med att rörelsen helt eller delvis överlåts.<sup>152</sup> Överförs hela upphovsrätten i enlighet med 40 a § URL, och den senare överlåts vidare i samband med överlåtelse av rörelse, i enlighet med 28 § URL, med samma villkor som den första överlåtelsen föreligger det inga begränsningar i varken tid, rum eller antal förfoganden.<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> Bernitz et al. (2017) s. 117.

<sup>149</sup> Wolk (2016) s. 130. Ur intressesynpunkt kan det vara värt att nämna att HD har meddelat PT dels avseende om ett passivt lagrande av en säkerhetskopia efter det att licenstiden löpt ut utgör ett upphovsrättsintrång, dels vilken ersättning som ska utgå vid ett sådant intrång, se HD PT mål nr T 1738/17.

<sup>150</sup> Wolk (2016) s. 135.

<sup>151</sup> Lindberg & Westman (2001) s. 503.

<sup>152</sup> Lindqvist, T. & Ståhl, F., *Outsourcing av IT-tjänster ur ett övertagandeperspektiv*, JT nr 3 2003/04 s. 546–570, s. 559.

<sup>153</sup> Jfr Olin, A., Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 28 §, Lexino, 2017-12-30.

### 3.3.2.1 Vidareöverlåtelse

Enligt 28 § URL äger den till vilken upphovsrätten överlåtits inte ändra i verket eller överlåta rätten vidare, såvida inget annat avtalats. Om rätten ingår i en rörelse, får den dock överlåtas i samband med överlåtelse av rörelsen eller delar av den. I så fall ansvarar emellertid överlåtaren alltjämt för avtalets fullgörande. Paragrafen utgör inte ett hinder för vidareöverlåtelse av programexemplar, utan av förvärvade upphovsrättigheter.<sup>154</sup> I det här sammanhanget anses termen ”överlåta” även inbegripa begreppet ”upplåta”. Bestämmelsen innebär att om det saknas uttrycklig avtalsreglering kan rättigheten överlåtas i en verksamhetsöverlåtelse.<sup>155</sup> Det är vanligt med vidareöverlåtelser när omfattande rättsförvärv har skett, så som i anställningsförhållanden.<sup>156</sup>

Det kan utgöra en fråga i sig, huruvida det överhuvudtaget kan utgöra en vidareöverlåtelse när det i själva verket inte har skett en överlåtelse från första början. När rättigheterna enligt 40 a § URL övergår till bolaget i egenskap av arbetsgivare, har det nämligen inte skett en övergång i bemärkelsen *överlåtelse*. Begreppsmässigt görs det en viss åtskillnad mellan företeelserna. En övergång innefattar både den ekonomiska och ideella rätten. Därigenom frångås vad som normalt sett gäller enligt 3 och 27 §§ URL om att den ekonomiska delen kan överlåtas, medan den ideella rätten endast kan efterges.

I förarbetena till 40 a § URL anges att arbetsgivaren inte bör ses som ursprunglig rättighetshavare, utan bestämmelsen innebär en övergång som gör arbetsgivaren till innehavare av både den ekonomiska och den ideella delen. Därtill ges det stöd för att när en arbetsgivare överlåter en från anställd övergången rättighet ska det anses som en vidareöverlåtelse i enlighet med 28 § URL.<sup>157</sup> Enligt Jan Rosén måste ett avtal om förvärvares överlåtelse i enlighet med 28 § URL inte lämna något kvar hos överlåtaren.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Rosén, J., *Enskilt bruk och avtal om utnyttjande av datorprogram*, NIR 4/1990 s. 539–559, s. 549

<sup>155</sup> Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, s. 559.

<sup>156</sup> Rosén (2006) s. 183.

<sup>157</sup> Prop. 1992/93:48, s. 177f.

<sup>158</sup> Rosén (1989) s. 125.

Givet att en vidareöverlåtelse är tillåten, bör det noteras att det är överlåtaren som svarar för avtalets fullgörande. Tillämpningen av regeln ska enligt Rosén inte ske alltför stelt. Om den nya ägaren till ett bolag inte förmår driva verksamheten som den har bedrivits tidigare borde enskilda skapare äga behörighet att häva sina kontrakt på grund av ändrande omständigheter kring utövandet av rätten.<sup>159</sup> Även när en vidareöverlåtelse ”uppenbart inverkar negativt på upphovsmannens ekonomiska intressen, torde detsamma gälla.<sup>160</sup>

Vid en vidareöverlåtelse gäller principer inom den allmänna avtalsrätten. Om en rättsförvärvare har tagit sig an skyldigheter som en motprestation för förvärvet, måste denne uppfylla förpliktelseerna även om rätten överlåts vidare. Det gäller för så gott som samtliga förvärv som inte utgör familjerättsliga fång. På ett liknande sätt svarar överlåtaren för fullgörande av avtalet gentemot upphovsmannen. Med vägledning av allmän avtalsrätt ska likväl den nya förvärvaren uppfylla det ursprungliga avtalet. När det sker en vidareöverlåtelse av upphovsrättigheter i samband med överlåtelse av hela eller en del av rörelsen, blir det i själva verket så att upphovsmannen kan kräva förpliktelseernas fullgörande hos antingen förvärvaren eller vidareöverlåtaren. Då 28 § URL är dispositiv ska det påminnas om att en särskild överenskommelse med upphovsmannen kan åsidosätta förpliktelser.<sup>161</sup>

Vidareöverlåtelser kan i det stora hela resultera i samma slags betänkligheter som vid totalöverlåtelser av all upphovsrätt. Trots att ingen form av överlåtelse är förbjuden kan oskäligen avtalsvillkor rimligen jämkas med tillämpning av 36 § AvtL.

När upphovsrättigheter överlåts i samband med att rörelsen överlåts kan köprättens regler komma väl till hands; enligt de nordiska köplagsutredarna är det för precis sådana fall som köprätten är tänkt att tillämpas på immateriella

---

<sup>159</sup> Exemplet Rosén använder är författare som hävdar sina förlagskontrakt, men som han formulerar sig tolkar jag det som att fler situationer kan inrymmas i exemplet.

<sup>160</sup> Rosén (2006) s. 164.

<sup>161</sup> Rosén (2006) s. 184f.



rättigheter.<sup>162</sup> Om ett avtal kan klassificeras som ett köp är KöpL den första och främsta ansvarsreglering som kommer till användning för att utfylla en bristfällig mellan parterna.<sup>163</sup> Frågan är därmed om en sådan fullständig och slutlig överlåtelse som parterna avser i typexemplet klassificeras som ett köp. Det granskas närmare i avsnitt 6.

### 3.3.2.2 Specifikationsprincipen

Enligt vad som nu har redogjorts är utgångspunkten i svensk rätt att upphovsrätten initialt tillfaller skaparen av verket, det vill säga upphovsmannen. Endast när 40 a § URL aktualiseras eller det finns avtal därom övergår upphovsrätten till annan. Ett avtal om upplåtelse eller överlåtelse bör uttryckligen specificera vad som avses upplåtas eller överlåtas. Inom upphovsrätten brukar det här benämnas som *specifikationsprincipen*, eller i vissa fall *specialitetsgrundsatsen*.<sup>164</sup> Principens innebörd är att de delar av rätten som inte uttryckligen framgår av avtalet ska överlåtas eller upplåtas anses stanna kvar hos upphovsmannen. I praktiken tolkas därför oklara avtal restriktivt till förmån för upphovsmannen.<sup>165</sup> Om ett avtal är otydligt finns det sällan skäl att anta att överenskommelsen åsyftar en fullständig överlåtelse.<sup>166</sup> Oprecisa formuleringar kan exempelvis vara ”all äganderätt” eller ”fullständig överlåtelse”.

När en total övergång sker enligt 40 a § URL, mister specifikationsprincipen sin betydelse.<sup>167</sup> Vid ett inkråmsförvärv handlar det däremot om en avtalsituation som påkallar en tydlig avtalsreglering i enlighet med specifikationsprincipen.<sup>168</sup>

---

<sup>162</sup> Rosen (2006) s. 185, se även NU 1984:5 s. 164 samt 195.

<sup>163</sup> Lindberg & Westman (2001) s. 371.

<sup>164</sup> Terminologin används inte på ett enhetligt vis i doktrin. Trots en varierad benämning åsyftas alltjämt samma princip, se Nordell, P. J., *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008 s. 307–338, s. 338.

<sup>165</sup> Olsson (2015) s. 237.

<sup>166</sup> Rosén (2006) s. 151.

<sup>167</sup> Jfr vad Hanne Bender anför angående den danska motsvarigheten till bestämmelsen och specifikationsprincipen i Bender, H., *Kvalifikation af edb-programrettigheder*, NIR 1/1999 s. 17–36, s. 28.

<sup>168</sup> Det är under avsnitt 4 som parternas respektive åtaganden inför förvärvet förtydligas.

Per Jonas Nordell har anfört att den inom upphovsrätten gällande specifikationsprincipen bör ses som ett preciserande komplement till allmänna avtalsprinciper. Det ska vara upp till domstolarna att i den enskilda avtalsituationen börja välja det bäst passande tolkningsverktyget. Det bör således inte råda någon inbördes normhierarki. Enligt Nordell talar övervägande skäl för att avtalsfrihet ska råda och att lagstiftningen idag utgör ett tillräckligt skydd för upphovsmannen genom gällande tolkningsprinciper tillsammans med jämningsmöjligheterna i 36 § AvtL. Dessutom har avtalen på upphovsrättens område så olika innehåll att det inte är rimligt att utgå från att upphovsmannen alltid utgör den svagare parten.<sup>169</sup>

Vikten av specificerade avtal har gällande avtal mellan beställare och leverantör av programvara prövats i HovR. Även om det således inte rör specifikt överlåtelse vid företagsförvärv, kan slutsatserna kring vad som ska utgöra avtalsinnehåll ha en generell betydelse.

I en tvist mellan Blekingefiskarens centralförening och Blekinge Data var frågan huruvida upphovsrätten till ett datorprogram som tagits fram av en uppdragstagare hade överlåtits eller upplåtits. Det fanns inget stöd i avtal för omfattningen av Blekingefiskarens centralförenings rätt till programmet. Hovrätten konstaterade att i avsaknad av avtalsreglering finns det oftast ingen anledning att anta ett nyttjanderättavtal ska vara mer omfattande än vad som krävs för att tillgodose användarens behov.<sup>170</sup>

I en annan tvist hänvisade hovrätten till specifikationsprincipen och anförde att de delar som inte genom avtalet hade överlåtits ska stanna kvar hos upphovsmannen. Därtill uttalade hovrätten att vid tveksamhet gällande om upphovsrätten överlåtits eller överlåtelsens omfattning, föreligger en presumtion om att upphovsrätten stannar kvar hos upphovsmannen eller att den inte kan anses ha överlåtits i större omfattning än vad som tydligt framgår.<sup>171</sup>

---

<sup>169</sup> Nordell, NIR 4/2008, s. 333ff.

<sup>170</sup> Hovrätten över Skåne och Blekinge mål nr T 197–92, dom 1993-04-14.

<sup>171</sup> Svea hovrätt mål nr T 1958–03, dom 2004-04-08.

# 4 Företagsförvärv

## 4.1 Allmänt om företagsförvärv

Företagsförvärv är en företeelse som har förekommit så länge det har funnits företag. Fenomenet har dock blivit mer omtalat och utbredd i modern tid, speciellt under de senaste tjugo åren. Det är vanligast med transaktioner bland mindre företag inom detaljhandeln och konsumenttjänster, däribland restauranger, frisersalonger och blomsteraffärer. Det handlar ofta om generationsskiften där familjeföretaget överläts. En annan vanliga förekommande situation är när transaktioner sker internt i stora industrikoncerner där verksamheten omstruktureras med hänsyn till utvecklingen på marknaden.<sup>172</sup>

Företagsförvärv är en normal affärsutveckling. Långsiktigt växer fenomenet företagsförvärv som trend och antal förvärv stiger särskilt under högkonjunkturer.<sup>173</sup> Oavsett konjunkturläge finns det en konstant misslyckandefrekvens över tiden. Det föreligger mycket höga risker vid företagsförvärv och Robert Sevenius nämner en rapport från 2004 som efter en sammanställning av vetenskapliga eventstudier visar att vid företagsförvärv är 40 procent av resultaten negativa.<sup>174</sup> Varje företagsförvärv är nämligen en unik process under påverkan av olika omständigheter, däribland formen av verksamhet, parterna, konjunkturläge, målsättningar och inte minst regelverk. Som en reaktion på denna sammanvägda riskbild genomförs inför ett företagsförvärv en företagsbesiktning - en systematisk process ägnad att lokalisera riskerna, så att köparen kan undvika och i viss mån lindra konsekvenserna av dem.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> Sevenius (2011) s. 40f.

<sup>173</sup> Sevenius (2011) s. 40f.

<sup>174</sup> Sevenius, R., *Due Diligence: besiktning av företag* (2013) s. 46.

<sup>175</sup> Sevenius (2013) s. 47.

En överlåtelse i form av ett inkråmsförvärv innebär, enligt det konkreta typexemplet, att det totala inkråmet (rörelsen) överläts.<sup>176</sup> Lindqvist och Ståhl beskriver processen då ett övertagande sker av en verksamhet som vill outsourca sina IT-tjänster – med andra ord att IT-verksamheten överläts som en tjänst – men många av de slutsatser kring due diligence, garantiansvar och avtal kan antas ha viss betydelse även för när inkråmet och immaterialrätterna överläts som ett köp.<sup>177</sup>

En fördel med att enbart överta tillgångarna, i stället för förvärva bolagets aktier, är att övertagandet kan skraddarsys till att innefatta endast de nödvändiga tillgångarna. På så sätt minskar risken för köparen att drabbas av okända förpliktelser som bolaget tidigare ådragit sig. Sådana risker kan visserligen minskas genom en reglering av garantier i överlåtelseavtalet, men likväl är det önskvärt att dessa risker minimeras i så stor utsträckning som möjligt.<sup>178</sup>

I det följande ska de mest angelägna frågorna rörande de immaterialrättsliga tillgångarna redovisas. I underavsnitten kommer det framgå hur ansvarsfördelningen av riskerna sker mellan parterna och vilken roll företagsbesiktning och garantiåtaganden fyller i sammanhanget.<sup>179</sup>

## 4.2 Tillämplig lag

Liksom vid köp av datorprogram i sig aktualiseras vanlig civilrättslig lagstiftning även i samband med företagsförvärv. Avtalslagens dispositiva modell för avtalsbundenhet blir aktuell, även om det vid en verksamhetsöverlåtelse är vanligt att parterna initialt kommer överens om att de blir bundna först när det slutliga köpavtalet undertecknas.<sup>180</sup> Även KöpL utgör normalt sett första valet vid ett företagsförvärv. När det kommer till inkråmsförvärv kan däri ingå överlåtelse av just immateriella rättigheter. Eftersom sådana regleras av

---

<sup>176</sup> Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, s. 555.

<sup>177</sup> Jfr Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, 546.

<sup>178</sup> Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, s. 563.

<sup>179</sup> Det är således endast hur avtalsförhållandet kan inverka på felansvaret som är det centrala, för att i slutändan kunna besvara den tredje frågeställningen korrekt.

<sup>180</sup> Sevenius (2011) s. 344.

särskild lagstiftning blir inkråmsförvärv juridiskt sett mer tekniska.<sup>181</sup> Avtalsfriheten gör att parter i ett företagsförvärv ofta reglerar deras inbördes rättsförhållande genom omfattande skriftliga kontrakt. Även när parterna avtalar om att det skriftliga avtalet ska fungera som en fullständig och uttömmande reglering, kan domstolen vid en eventuell tvist likväl använda KöpL:s regler kompletterande. Det är nämligen svårt att skapa ett avtal som helt åsidosätter de dispositiva bestämmelserna.<sup>182</sup> Enligt den nordiska köplagsutredningen anses det i många fall utgöra en fördel att kunna tillämpa KöpL när köpet avser en överlåtelse av en rörelse i dess helhet.<sup>183</sup>

Det är främst KöpL:s regler om felansvar som får betydelse vid företagsöverlåtelser. Även reglerna om undersökningsplikt och sanktioner vid fel har betydelse vid ett företagsförvärv.<sup>184</sup> Vid inkråmsöverlåtelser tillämpas i stort KöpL, tillsammans med den internationella köplagen CISG.<sup>185</sup> Eftersom CISG är tillämplig på avtal som innebär gränsöverskridande köp enligt artikel 1, lämnas lagen här lämnas utan avseende.

## **4.3 Riskfördelning mellan köpare och säljare**

### **4.3.1 Företagsbesiktning av immateriella rättigheter**

Köpare och säljare är obligationsrättsliga bundna till varandra vid ett företagsförvärv. Riskfördelningen i rättsförhållandet mellan parterna är därmed fullständig, vilket innebär att det är endera part som bär risken för felaktiga

---

<sup>181</sup> Sevenius (2011) s. 347.

<sup>182</sup> Sevenius (2011) s. 349.

<sup>183</sup> NU 1984:5 s. 164.

<sup>184</sup> KöpL:s tillämplighet vid aktiebolagsförvärv har styrkts genom NJA 1976 s. 341, men ett sådant förvärv är det inte fråga om i förevarande uppsats.

<sup>185</sup> Forssman, M., *Företagsöverlåtelser* (2016) s. 16.

förutsättningar.<sup>186</sup> Gällande riskfördelningen lägger KöpL grunden för ansvaret. Enligt köprätten blir därmed säljaren den som står risken för felaktigheter i målrörelsen. Säljaren bär även risken för den information som ges till köparen inför förvärvet. Däremot står köparen risken för problem som denne borde ha känt till.<sup>187</sup>

En riskomfördelning kan ske genom att säljaren uppmanar köparen att genomföra en företagsbesiktning<sup>188</sup> eller till dennes förfogande tillhandahålla ett datarum för besiktning.<sup>189</sup> Ett datarum är en fysisk eller virtuell miljö där allt material, i form av viktiga avtal och dokumentation, är samlat.<sup>190</sup> Köparen kan å andra sidan se till att risken omfördelas genom att utverka garantier. Sett ur en strikt köprättslig synvinkel bör köparen undvika att på egen begäran få göra en företagsbesiktning, eftersom det då förhöjer risken att eventuella fel inte blir möjliga att åberopa gentemot säljaren. Företagsbesiktningen konkurrerar sålunda med garantierna om att inverka på riskfördelningen. Vanligen är det så att köparen genomför en företagsbesiktning och att säljaren lämnar garantier.<sup>191</sup> Även om företagsbesiktning förekommer vanligen vid aktieöverlåtelser, förändrar ett inkråmförvärv inte situationen nämnvärt.<sup>192</sup>

Beroende på omfattningen av verksamheten och dess organisation ser due diligence-undersökningen av en IT-verksamhet annorlunda ut från fall till fall. Det finns emellertid ett antal utmärkande områden när det sker ett företagsförvärv av en IT-verksamhet.<sup>193</sup> Programvara utgör typiskt sett ett sådant område. När det sker en juridisk due diligence-granskning kommer ofta en mängd licenser för programvara att behöva granskas. Vad som då bör under-

---

<sup>186</sup> Sevenius (2011) s. 350.

<sup>187</sup> Sevenius (2011) s. 360f.

<sup>188</sup> En köprättslig undersökning, se Lindberg, Kahn & Krouthén (2009), s. 32. *Due diligence* kommer användas som ett synonymt begrepp.

<sup>189</sup> Sevenius (2011) s. 361.

<sup>190</sup> Lindberg, Kahn & Krouthén (2009), s. 32.

<sup>191</sup> Sevenius (2011) s. 361.

<sup>192</sup> Sevenius, R., *Är det rätt att göra due diligence?*, Balans nr 5 2002, s. 1 <[media.sevenius.se/2013/12/Balans-nr-5.pdf](http://media.sevenius.se/2013/12/Balans-nr-5.pdf)> besökt 2018-02-15.

<sup>193</sup> Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, s. 555.

sökas är att det finns giltiga licensavtal för all programvara inom verksamheten. Därtill ska det tillses att användningen sker inom de villkor för nyttjandet som anges i licensavtalen. Det är främst för att köparen efter övertagandet ska undvika att bli indragen i tvister angående påstådda intrång i annans immaterialrätt. Eftersom sådana uppgifter kan vara svåra att verifiera enbart utifrån de befintliga dokumenten i datarummet kan köparen vara tvungen att få bekräftelse från säljaren att all användning av programvara följer villkoren för de ingångna licensavtalen. Denna problematik resulterar många gånger konsekvenser i avtalshänseende.<sup>194</sup>

I samband med granskningen blir det aktuellt att kontrollera datorprogrammets överlåtbarhet. Om det förekommer ett överlåtelseförbud, vilket kan avtalas om, bör det kontrolleras om ett samtycke till överlåtelse kan inhämtas.<sup>195</sup> I förevarande fall förutsätts att inget överlåtelseförbud föreligger, i enlighet med vad som tidigare har redovisats angående 28 § URL.

Frågan är om en av säljaren genomförd due diligence-undersökning utökar dennes upplysningsplikt gentemot köparen.<sup>196</sup> Mikael Pawlo anför att en så kallad intern intrångsundersökning kan vara lämplig att genomföra när det handlar om licenser av programvara. En sådan intern intrångsundersökning torde de flesta kommersiellt verksamma företag med IT-relaterad verksamhet genomföra. Genom att ett företag inventerar sina licensinnehav kan det tillses att licenserna används i enlighet med det avsedda ändamålet.<sup>197</sup> Det torde därmed omfatta en granskning av anställningsavtal, för att tillförsäkra att ett korrekt förvärv har skett av de immateriella rättigheterna.<sup>198</sup> En av säljaren genomförd företagsbesiktning borde inte nämnvärt utöka upplysningsplikten, men det är dock en svår gränsdragning.<sup>199</sup> Sådan information säljaren erfar

---

<sup>194</sup> Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, s. 558f. Säljarens garantier presenteras mer ingående i nästkommande avsnitt.

<sup>195</sup> Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, s. 559.

<sup>196</sup> Forssman (2016) s. 28.

<sup>197</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 394f. Sådana licenser som Pawlo nämner torde i huvudsak gälla för sådan programvara som har utvecklats i beställningsuppdrag och som därför är behäftad med licensavtal.

<sup>198</sup> Jfr Forssman (2015) s. 39.

<sup>199</sup> Forssman (2015) s. 28.

vid en genomgång kan tänkas inverka på säljarens benägenhet att vilja utge garantier.<sup>200</sup>

### 4.3.2 Garantier

Normalt lämnas i ett rörelseöverlåtelseavtal en mängd garantier av säljaren när det gäller det bolag eller den rörelse som överlåts. Garantiernas omfattning påverkas av parternas relativa förhandlingsstyrka och även på hur omfattande information som har lämnats. Garantierna kan innebära att säljarens äganderätt till överlåtelseobjektet är full och oinskränkt eller att överlåtelse sker av samtliga av de tillgångar som behövs för verksamheten.<sup>201</sup>

I många rörelseöverlåtelseavtal omfattar garantierna alla tänkbara delar av verksamheten. Normalt sett lämnas garantierna på avtals- eller tillträdesdagen eller båda. Om köparen efter överlåtelsen upptäcker att garantierna säljaren lämnat inte stämmer i vissa hänseenden, och köparen då lider ekonomisk skada, kan det framställas garantikrav gentemot säljaren. Det kan handla om krav på skadestånd eller att en del av köpeskillingen ska återbetalas. Vanligen finns då olika tak- och/eller golvbelopp angivna i rörelseöverlåtelseavtalet.

För att köparen ska ha rätt att framställa garantikrav är en genomförd due diligence-granskning av stor vikt, beroende på hur avtalet reglerar effekten av en sådan företagsbesiktning. Huruvida det rör sig om ett ”säljarvänligt” eller ”köparvänligt” rörelseöverlåtelseavtal påverkar i stort vilken betydelse en företagsbesiktning tillmäts.<sup>202</sup> För de fall då uttryckliga avtalsregleringar saknas blir dispositiv rätt tillämplig.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> Se nedan.

<sup>201</sup> Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, s. 560.

<sup>202</sup> Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, s. 560f.

<sup>203</sup> Det undersöks närmare i avsnitt 6.



# 5 När öppen källkod ingår i proprietär källkod

## 5.1 Allmänt om öppen källkod

Det finns en rad gemensamma nämnare som tillsammans ger definitionen av termen öppen källkod. Kriterierna är: 1) licenserna för öppen källkod får inte förhindra att mjukvaran säljs eller ges bort, 2) själva källkoden måste distribueras med programmet – distribution måste tillåtas i både källkodsform och i kompilerad form, 3) licensen måste tillåta modifikationer och härledda verk, 4) distribution av modifierad källkod får begränsas till en orörd bas som distribueras ihop med ”patchar”<sup>204</sup>, 5) ingen diskriminering av person eller grupp får ske, 6) ingen diskriminering av en viss bransch, 7) rättigheterna till programmet ska gälla för alla som programvaran distribueras till utan att de ställer ut ytterligare en licens, 8) rättigheterna till programvaran får inte vara beroende av en viss programdistribution, 9) licensen får inte begränsa annan mjukvara, och 10) licensen måste vara teknikneutral.<sup>205</sup>

Det essentiella för definitionen av öppen källkod är att den är mer detaljerad än de fyra friheter som uppställs för fri programvara. Det avgörande är att både definitionen för fri programvara och öppen källkod innebär krav på att källkoden måste göras tillgänglig för vidare användning, kopiering, modifiering och distribution.<sup>206</sup> Genom villkoren tillerkänns användaren på så vis vissa upphovsrättsliga befogenheter, samtidigt som denne i sin tur blir skyldig att följa licensvillkoren för distribution. Målet är att främja vidareutnyttjande av den öppna källkoden, med copyleft som medel för att nå framgång.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> ”Patchar” är filer med tilläggskod till ett datorprogram. En ”patchfil” skapas vanligtvis för att möjliggöra rättning av fel i koden, se Olofsson (2003) s. 18.

<sup>205</sup> *The Open Source Definition*, Open Source Initiative <[opensource.org/osd](http://opensource.org/osd)> besökt 2018-02-03; Hübner, NIR 5/2014, s. 454. Översättning har skett med hjälp av förklaringarna i Pawlo, NIR 4/2002, s. 393 samt Olofsson (2003) s. 17f.

<sup>206</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 454.

<sup>207</sup> Rosén, J., *Immaterialrätten i informationssamhället. North-South, Open Source och Creative Commons – en vägande kritik mot ensamrätten?*, NIR 1/2006 s. 2–22, s. 15

Även om det finns många ekonomiska och tekniska argument för användningen av öppen källkod, är samtidigt risken för juridiskt huvudbry ett reellt scenario. En aspekt är att datorprogram sällan skapas helt från grunden. När programkod skrivs kan skaparna utgå från olika utvecklingsverktyg som presenterar färdiga kodmoduler. Befintliga program eller delar av program som licenserats genom fria licenser är då vanliga att använda. När annan programkod har använts tillkommer upphovsrätten inte alla delar av det skapade programmet, utan rättigheterna kommer i viss mån påverkas av licensvillkoren från de delar som har använts.<sup>208</sup>

## 5.2 GNU GPL som typexempel

De gemensamma nämnare som tillsammans definierar öppen källkod återfinns i samtliga licenser för datorprogram med öppen källkod. Utöver kraven skiljer licenserna avsevärt åt. GNU GPL får i sammanhanget fungera som typexempel för närmare granskning av avtalsvillkoret copyleft. Licensen innehåller en stark copyleft, det vill säga ett sådant villkor som gör att licensen smittar annan programvara som den öppna källkoden används tillsammans med.<sup>209</sup> GNU GPL är en licens som ryms inunder kraven för öppen källkod.<sup>210</sup> Till skillnad från den kommersiella försäljning som är tillåten för öppen källkod, tar upphovsmannen inte betalt för själva programvaran enligt GNU GPL. Dock debiteras ofta kringtjänster, exempelvis support och manualer.<sup>211</sup>

GNU GPL utvecklades med syfte att undvika att öppen källkod inkorporeras och nyttjas i proprietär källkod. Licensen är väsentlig eftersom den har inspirerat senare open source-licenser. Lite äldre siffror visar att över 55 procent

---

<sup>208</sup> SOU 2007:47 s. 225.

<sup>209</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 457f.

<sup>210</sup> Pawlo, NIR 4/2002, 392f.

<sup>211</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 383 samt 392.

av open source-programmodulerna i en populär utgåva av Linux-operativsystemet går under denna licens.<sup>212</sup> Till dags dato uppdaterade siffror visar att den överlag mest använda open source-licensen uppskattas vara MIT-licensen. MIT-licensen är en tillåtande licens som inte innehåller någon copyleft-klausul.<sup>213</sup> Version 2 av GNU GPL upptar 18 procent av användningen och version 3 upptar 7 procent. Sammantaget utgör version 2 det näst mest populära valet bland open source-licenser, medan version 3 hamnar på en fjärde plats.<sup>214</sup> Version 2 av Apache-licensen ligger på en andra plats, men liksom MIT-licensen är den en tillåtande licens.<sup>215</sup>

Tanken bakom GNU GPL är således att licenstagare ska öppna sin källkod och fritt distribuera programvaran till alla som är villiga att göra detsamma med sina egna bearbetade versioner. Medlet för att uppnå syftet är copyleft-klausulen, vilken praktiskt taget innebär att upphovsmannen avstår sin ensamrätt till exemplarframställning.<sup>216</sup>

## 5.2.1 GNU GPL:s förenlighet med svensk upphovsrättsreglering

Generellt skiljer sig licenser för öppen källkod och fri programvara inte nämnvärt från licenser för proprietär programvara. Båda typerna nyttjar nämligen upphovsmannens frihet att avtala om den ekonomiska förfoganderätten till sitt verk. Vanligtvis fungerar licenser som ett skydd för den investering som gjorts för att utveckla ett datorprogram.<sup>217</sup> Proprietära licenser ger normalt ingen rätt till distribution, utan kan endast nyttja en kopia av programmet på datorn; utgångspunkten är därmed principen om privat bruk.<sup>218</sup>

---

<sup>212</sup> Folker, NIR 2/2005, s. 166.

<sup>213</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 456.

<sup>214</sup> *Top Open Source Licenses*, Black Duck Software, <[www.blackducksoftware.com/top-open-source-licenses](http://www.blackducksoftware.com/top-open-source-licenses)> besökt 2018-02-14.

<sup>215</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 456.

<sup>216</sup> Folker, NIR 2/2005, s. 171.

<sup>217</sup> Olofsson (2003) s. 32.

<sup>218</sup> Folker NIR 2/2005, s. 170. Folker hänvisar till den tidigare benämningen ”enskilt bruk” som i Sverige sedermera byttes ut till begreppet ”privat bruk”, se prop. 2004/05:110 s. 100ff.

Enligt 12 § första stycket URL tillåts framställning av enskilda exemplar för privat bruk. Datorprogram är helt undantagna från den här regeln, och enligt 12 § andra stycket andra punkten URL är huvudregeln att datorprogram inte får framställas för privat bruk. Endast avtal eller lagstöd tillåter ett frångående av regeln.<sup>219</sup> Det är således avtalsvägen som proprietära licenser kan åsidosätta 12 § andra stycket i kommersiellt syfte. Kännetecknande för sådana avtal är villkor rörande exempelvis vederlag och exklusivitet. Källkoden förblir kvar hos licensgivaren som en företagshemlighet.<sup>220</sup> Open source-licenser inskränker i stället upphovsmannens ensamrätt, vilket ger licenstagaren en större förfoganderätt till programmet.<sup>221</sup> Open source-licenser tillförsäkrar att källkoden blir offentlig, men använder upphovsrätten för att begränsa licensstagarens övriga rådighet avseende koden.<sup>222</sup>

Inom svensk upphovsrätt råder avtalsfrihet. De inskränkningar som stadgas i andra kapitlet URL kan genom avtal inskränkas ytterligare, åsidosättas eller utvidgas. De tvingande regler om datorprogram i URL, som presenterades i avsnitt 3.3.2, inverkar givetvis på avtalsfriheten. Gällande open source-licenserna torde det i praktiken inte innebära någon konflikt med bestämmelserna. Tillgång till programmets källkod är redan en förutsättning enligt alla open source-licenser, vilket gör att dekompilering inte behöver bli aktuellt. Det förekommer i det stora hela inga hinder i URL mot att tillämpa open source-licenser i svensk rätt.<sup>223</sup>

Eftersom GNU GPL är skapad utifrån amerikanska förutsättningar, bör det dock hållas i åtanke att upphovsmannens ideella rätt inte utgör en rättsfigur i amerikansk rätt. En bearbetare av fri programvara kan därmed inte räkna med att en ändring eller spridning av programmet är förenligt med 3 § URL. I GNU GPL ges en generell eftergift av den ideella rätten, men enligt 3 § URL

---

<sup>219</sup> Wolk (2016) s. 146.

<sup>220</sup> Folker, NIR 2/2005, s. 170.

<sup>221</sup> Olofsson (2003) s. 32.

<sup>222</sup> Folker, NIR 2/2005, s. 171.

<sup>223</sup> Olofsson (2003) s. 34.

kan en upphovsman bara efterge den ideella rätten i en begränsad omfattning. En generell eftergift borde inte bli bindande enligt svensk rätt då upphovsmannen inte får tillräcklig insikt i framtida praktiska effekter.<sup>224</sup>

## 5.2.2 GNU GPL ur ett avtalsrättsligt perspektiv

*Open content*-avtal benämns som ett avtalsområde inom upphovsrätten där rättsläget är oklart.<sup>225</sup> Det huvudsakliga syftet faller i linje med det hos fri programvara och öppen källkod.<sup>226</sup> Inom området för open content faller licenssystemet Creative Commons som erbjuder utnyttjare av skyddade alster olika grader av frihet.<sup>227</sup> Sett till att GNU GPL fungerat som en modell vid utvecklingen av CC-licenserna,<sup>228</sup> torde det kunna läsas in i påståendet att likaså avtalsområdet för fri programvara och öppen källkod lider av ett sannolikt lika oklart rättsläge.

Licenstagningen är förenlig med svensk rätt.<sup>229</sup> Som huvudregel är avtal om fri programvara av benefik karaktär.<sup>230</sup> I enlighet med GNU GPL tar upphovsmannen aldrig betalt för själva datorprogrammet, men ofta för kringtjänster. GNU GPL är så speciell att Pawlo menar att den kan utgöra en avtalsform *sui generis*.<sup>231</sup> Licensvillkoren i GNU GPL får anses vara så pass långtgående att det krävs accept i enlighet med AvtL.<sup>232</sup> Det är genom användning och konkludent handlande som användaren binds av licensen.<sup>233</sup>

---

<sup>224</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 391.

<sup>225</sup> Bernitz et al. (2017) s. 114.

<sup>226</sup> Rosén, NIR 1/2006, s. 14

<sup>227</sup> Bernitz et al. (2017) s. 114.

<sup>228</sup> Hietanen, H., *Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses*, NIR 6/2007 s. 517–535, s. 518.

<sup>229</sup> Olofsson (2003) s. 34.

<sup>230</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 388.

<sup>231</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 383.

<sup>232</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 384.

<sup>233</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 383.

### 5.2.3 Copyleft-klausulen

Richard Stallman, som presenterades under det inledande avsnittet om tekniska begrepp, är skaparen bakom konceptet copyleft. Syftet är varje mottagare av fri programvara ska tillse samma rättigheter och skyldigheter som givaren. Copyleft innebär i realiteten att alla som vidare distribuerar programvaran, oavsett om förändringar har skett eller inte, är tvungna att även överlåta de fyra friheterna. På så sätt lever incitamentet vidare för andra programmerare att bidra till den fortsatta utvecklingen. Genom att bidra får programmeraren samtidigt tillgång till bidragen från alla andra programmerare. På så sätt garanteras alla fri tillgång till de ändringar som sker. Det här tillvägagångssättet åstadkommer stora tidsbesparingar då programmerarna kan utnyttja redan existerande källkod och slipper att ständigt uppfinna hjulet gång på gång.<sup>234</sup> Fenomenet med copyleft är även känt som ”the viral effect”.<sup>235</sup> I nedanstående avsnitt kommer den kontaminerande effekten förklaras med GNU GPL som exemplifierande licensavtal. GNU GPL är speciell såtillvida att den innehåller en stark copyleft-klausul. I version 3 av GNU GPL är den primära källkodsrelaterade copyleft-klausulen införd i 5 § (c), medan de objektodsrelaterade föreskrifterna är införda i 6 §.<sup>236</sup>

### 5.2.4 Kontaminering av källkod

Källkod som licenseras under en fri licens – som GNU GPL – används ofta som ett komplement vid skrivandet av programkod. När en programmerare skriver källkod infogar denne då färdiga kodmoduler som sedan modifieras för det aktuella behovet. När den fria licensen innehåller en stark copyleft-klausul, som GNU GPL gör, kan det påstås ske en kontaminering av källkoden.<sup>237</sup> Förenklat innebär copyleft-klausulen ”att den aktuella licensen måste

---

<sup>234</sup> Olofsson (2003) s. 17.

<sup>235</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 464

<sup>236</sup> Se *GNU General Public License Version 3*, 29 June 2007, GNU Operating System, <[www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html](http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html)> besökt 2018-02-10; *Copyleft and the GNU General Public License: A Comprehensive Tutorial and Guide* <[copyleft.org/guide/comprehensive-gpl-guide.pdf](http://copyleft.org/guide/comprehensive-gpl-guide.pdf)> s. 44, besökt 2018-02-10.

<sup>237</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 464.

tillämpas på hela det bearbetade datorprogrammet när det distribueras, exempelvis när programmet av den externa konsulten görs tillgängligt för myndigheten.”<sup>238</sup> Citatet är hämtat ur betänkandet från IT-standardiseringsutredningens och det är därför tillgängliggörandet exemplifieras från en extern utvecklare till myndigheten som beställt verket.

Vad distribution innebär är i upphovsrättsliga sammanhang en del av den ekonomiska rätten. Det är en tillgängliggöranderätt som stadgas i 2 § tredje stycket URL i form av fyra punkter: överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning till allmänheten. För datorprogram är det främst överföringsrätten samt spridningsrätten som blir aktuella.<sup>239</sup> Eftersom typexemplet i förevarande uppsats innebär att verket har tagits fram inom ett anställningsförhållande, får kravet på distribution hållas i åtanke. Många av GNU GPL:s rättsverkningar beror på om programvaran har spridits eller inte. Det här innebär en möjlighet att undvika kravet på att källkoden måste tillhandahållas enligt licensvillkoren.<sup>240</sup> Det kan uppnås genom att använda verket bara för interna syften och således inte distribuera till tredje person.<sup>241</sup> Det är vid distribution licensvillkoren måste efterlevas.<sup>242</sup>

Den kontroversiella med copyleft-klausulen är framför allt att den innebär att även proprietär källkod smittas av licensvillkoren. Om datorprogrammet distribueras, måste även den proprietära kod som blandats med GNU GPL-kod distribueras fritt.<sup>243</sup> Det innebär att källkoden måste vara tillgänglig för andra licenstagare.<sup>244</sup>

---

<sup>238</sup> SOU 2007:47 s. 225.

<sup>239</sup> Wolk (2016) s. 88.

<sup>240</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 384.

<sup>241</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 468.

<sup>242</sup> Pawlo, NIR 4/2002, s. 384.

<sup>243</sup> Folker, NIR 2/2005, s. 172.

<sup>244</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 465

### 5.2.4.1 Upphovsrättslig problematik

I Sverige har inte licenser för fri programvara och öppen källkod inte prövats i domstol. I tysk domstol har det konstaterats att användning i strid med villkoren i GNU GPL<sup>245</sup> inte bara utgör ett avtalsbrott, utan är ett upphovsrättsligt intrång.<sup>246</sup> Avgörandet var det första i världen att bekräfta giltigheten hos de centrala villkoren i GNU GPL – med andra ord, inte licensen i sin helhet – men viss kritik har framförts mot domen.<sup>247</sup> GNU GPL får presumeras vara giltig, såtillvida att något enstaka avtalsvillkor kan komma att jämkas enligt 36 § AvtL vid en domstolsprövning. Det betyder att en otillåten användning av GNU GPL-kod i så fall utgör ett handlande i strid med upphovsrätten.<sup>248</sup>

Det betyder att om källkod som täcks av GNU GPL används i proprietär källkod, kan det inte bara innebära ett fel i obligationsrättslig mening, utan även ett upphovsrättsintrång. Det är ett konstaterande som får konsekvenser för frågan om fel, som redovisas i den senare delen av uppsatsen. Det går inte att godtrosvärva upphovsrätten till datorprogram enligt svensk rätt. Därmed kan överlåtaren inte lämna verkningsfulla garantier mot att programvaran gör intrång i annans upphovsrätt eller patent.<sup>249</sup>

### 5.2.4.2 Risk för spridning av företagshemligheter

Syftet med att inneha datorprogrammet för bolaget torde vara att tillgodogöra sig det ekonomiska värdet till upphovsrätten. Företaget tror sig ha förvärvat en programvara bestående av proprietär källkod som för bolaget utgör en företagshemlighet. Härvid aktualiseras således FHL. Om bolaget, i kommersi-

---

<sup>245</sup> Den då gällande version 2.

<sup>246</sup> Se District Court of Munich, 19 May 2004, case 21 O 6123/04 (*Welte v. Sitecom Deutschland GmbH*), tillgänglig på engelska <[www.jbb.de/fileadmin/download/judgment\\_dc\\_munich\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/fileadmin/download/judgment_dc_munich_gpl.pdf)> besökt 2018-02-10.

<sup>247</sup> Se exempelvis Hoeren, T., *The first-ever ruling on the legal validity of the GPL – A Critique of the Case*, <[www.oii.ox.ac.uk/archive/downloads/research/gpl/OI-IFB\\_GPL3\\_20040903.pdf](http://www.oii.ox.ac.uk/archive/downloads/research/gpl/OI-IFB_GPL3_20040903.pdf)> besökt 2018-02-10.

<sup>248</sup> Se Pawlo, NIR 4/2002, s. 383 samt sjunde kapitlet i URL.

<sup>249</sup> Kahn & Dicksved, *Öppen programvara – framgångsrik licensmodell med risker*, Pointlex, Legala Affärer nr 8 2007, s. 28, <[delphi.se/\\$-1/file/artiklar/aldre/071220oppen-programvara.pdf](http://delphi.se/$-1/file/artiklar/aldre/071220oppen-programvara.pdf)>, besökt 2017-11-28.



ellt syfte, senare skulle vilja licensera programvaran till licenstagare har mottagarna ändå normalt sett inte tillgång till källkoden. Om datorprogrammet däremot innehåller öppen källkod måste den licenseras enligt villkoren för GNU GPL.<sup>250</sup> Genom licensering har kraven på distribution uppfyllts. Därmed blir det inte möjligt för bolaget att ta betalt för licenseringen. Det innebär också att den proprietära källkoden blir ”offer” för licensvillkoren. Det innebär att all källkod måste tillhandahållas och blir därför möjlig för licenstagarna att granska.<sup>251</sup>

Som frontman för rörelsen för öppen källkod, hävdar Eric S. Raymond att öppen källkod utgör internetålderns främsta konkurrensmedel. Rädslan med att släppa källkoden fri grundar sig i att konkurrenter skulle kunna ta efter tekniken och skaffa sig orättvisa konkurrensfördelar. Raymond menar att produkter idag inte åtnjuter en livslängd på tre till fem år längre, varpå det inte finns tid för konkurrenternas ingenjörer att utveckla produkten. En vägran att publicera källkod innebär inte att hemligheterna inte avslöjas i slutändan.<sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 465

<sup>251</sup> Hübner, NIR 5/2014, s. 468.

<sup>252</sup> Raymond, E. S., *Katedralen och basaren* (2001) s. 130ff.

# 6 Fel i datorprogram som överlåts genom ett inkråmsförvärv

## 6.1 KöpL:s tillämplighet på överlåtelsen

### 6.1.1 Allmänt om tillämpligheten på immaterialrättsliga avtal

Det definieras inte i KöpL vad ett köp innebär, men ett köp bör enligt en vedertagen uppfattning förstås som en fullständig övergång av äganderätten till lös egendom, i utbyte mot ett vederlag i pengar.<sup>253</sup> Gällande immaterialrätter gör en överlåtelse som sker genom köp, byte, arv eller gåva någon annan till ägare av rätten. En upplåtelse innebär endast att någon annan får en nyttjanderätt, och att upplåtaren förblir ägare till rätten.<sup>254</sup> Eftersom en upplåtelse inte innebär en fullständig övergång av rättigheten, blir det då inte fråga om ett köp. En upplåtelse utgör en rätt till disponering som faller utanför KöpL:s område.<sup>255</sup> Som en minnesregel kan termerna formuleras som att ”överlåtelse gäller hela den rätt som man förfogar över, medan upplåtelse avser en del av den rätt man råder över.”<sup>256</sup> För att det ska bli möjligt att tillämpa KöpL måste det således handla om en överlåtelse som via ett köp gör att äganderätten övergår till någon annan. Härvidlag är det erforderligt att definiera överlåtelserns karaktär i förevarande fall för att utröna om den utgör ett sådant köp som gör KöpL tillämplig.

---

<sup>253</sup> Munukka, J., Köplag (1990:931) 1 §, Karnov 2017-01-01.

<sup>254</sup> Olsson, (2015) s. 238.

<sup>255</sup> Rosen (2006) s. 109f.

<sup>256</sup> Bernitz et al. (2017) s. 412.

Marianne Levin påtalar att eftersom ordet ”köp” ofta används för en fullständig immaterialrättsöverlåtelse antas KöpL vara tillämplig på rättsförhållandet. Då lagen omfattar all lös egendom faller fullständiga förvärv av immaterialrätt i princip under KöpL:s direkta tillämpningsområde.<sup>257</sup> Även Lindberg och Westman hänvisar till att immaterialrätter ingår i begreppet lös egendom i 1 § KöpL. Det krävs inte att egendomen existerar vid tidpunkten för avtalet, utan KöpL inbegriper även tillverkningsköp.<sup>258</sup> Eftersom KöpL är dispositiv har parternas reglering av en särskild fråga, däri inbegripet standardtal, samt handelsbruk och partsbruk företräde vid tillämpning, enligt 3 § KöpL. Har en särskild fråga inte reglerats i avtal blir därmed dispositiv rätt tillämplig.

För att möjliggöra en tillämpning på immaterialrätter blir det ofta fråga om en modifierad tillämpning av de köprättsliga principerna. Principer om avtalsförpliktelser och avtalsbrott är så flexibla att de alltid kan anpassas till rättsförhållandets närmare beskaffenhet. För immaterialrättsöverlåtelser ges dock endast en begränsad vägledning i de konkreta reglerna om avtalsbrott och fel. Anledningen är att den traditionella påföljdsläran behandlar faktiska fel annorlunda mot rättsliga fel. Även om det föreligger en skillnad mellan de två typerna av fel även i immaterialrättsliga sammanhang, blir skillnaden i KöpL:s rättsverkningar betydelselös. Slutsatsen, skriver Levin, är att en direkt tillämpning av KöpL endast torde avse *exemplar* av immaterialrättsligt skyddade alster.<sup>259</sup>

I sammanhanget ska tilläggas att Lindberg och Westman uttrycker att KöpL ”i viss utsträckning ska anses ge uttryck för grundläggande kontraktsrättsliga principer och mycket talar för att dess bestämmelser så långt möjligt skall ges en *analog tillämpning* på avtalstyper som uppvisar likheter med köp. Exempelvis bör licensgivarens ansvar för fel i ett datorprogram i avsaknaden av

---

<sup>257</sup> Levin (2017) s. 525f.

<sup>258</sup> Lindberg & Westman (2001) s. 372.

<sup>259</sup> Levin (2017) s. 525f.

specifik reglering i avtalet kunna bedömas enligt principer som finns uttryckta i [KöpL].”<sup>260</sup>

## 6.1.2 ”Köp” i förhållande till överlåtelse av datorprogram

EU-domstolen har resonerat kring begreppet försäljning när det handlar om försäljning av immateriell egendom. Domstolen betonar att *den allmänt vedertagna definitionen*<sup>261</sup> av begreppet försäljning ska förstås som ”ett avtal genom vilken en person, mot vederlag, till en annan person överför sin äganderätt till materiell eller immateriell egendom som tillhör vederbörande.”<sup>262</sup> Samtidigt understryks att begreppet innehar en vidsträckt innebörd, omfattande samtliga transaktioner som i slutändan innebär ett köp och inte licensiering.<sup>263</sup> Just i fallet var det viktigt att klargöra tolkningen av begreppet i artikel 4.2 i datorprogramsdirektivet. Det väsentliga för att en transaktion ska klassificeras som ett köp är således att äganderätten till verket överläts.

Pessi Honkasalo har framfört kritik kring huruvida det överhuvudtaget är möjligt att äga ett datorprogram. Han refererar till att det är vanligt att i licensavtal hänvisa till att skaparen är den som äger och innehar upphovsrätten. Han gör skillnad mellan en ägare och en rättsinnehavare. Om den juridiska aspekten på ägande, framhåller han:

Men äganderätt som avser en rätt har inte samma innehåll som den traditionella äganderätten. I dessa fall fixeras innehållet i äganderätten. När man diskuterar ägandet, kan man i själva verket inte avskilja äganderättens innehåll från dess objekt och begreppet svävar i fara att bli så generellt att det förlorar upplösningförmåga samt informationsvärde. I direktiv 2009/24/EG av

---

<sup>260</sup> Lindberg & Westman (2001) s. 375.

<sup>261</sup> Min kursivering.

<sup>262</sup> C-128/11 *UsedSoft GmbH mot Oracle International Group*, EU:C:2012:407, punkt 42.

<sup>263</sup> Wolk (2016) s. 117.

den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (kodifierad version) talar Europaparlamentet och rådet därför om rättsinnehavare i stället för ägare.<sup>264</sup>

Att KöpL är direkt tillämplig vid förvärv av maskinvara såsom datorer och annan hårdvara råder det ingen tvekan om. När det handlar om avtal om programvara råder det däremot flera besvärliga gränsdragningsproblem. Det handlar både om gränsen mot *nyttjanderättsavtal* och gränsen mot *tjänsteavtal*. I förarbetena till KöpL motiveras hur gränsdragningen ska ske mellan köp och tjänst. Däri anförs att hänsyn ska tas till om förpliktelsen innebär att avlämna en färdig produkt. I så fall framstår avtalet som ett köp.<sup>265</sup> Det innebär att *utveckling av programvara* är att anse som en tjänst snarare än ett tillverkningsköp.

En annan förekommande tolkning är att nyttjanderättsavtal är så likt ett köp att vissa regler i KöpL torde vara analogt tillämpliga.<sup>266</sup> När det till en köpare sker en överlåtelse av upphovsrätten till ett färdigt datorprogram är KöpL i princip tillämplig på överlåtelsen.<sup>267</sup> Att KöpL blir direkt tillämplig torde bero på att det sker ett fullständigt förvärv av de immateriella rättigheterna.<sup>268</sup>

### 6.1.3 Avtalsregleringens inverkan på risken

Avseende licenser för proprietär programvara, brukar licensgivaren ofta intyga att samtliga nödvändiga rättigheter innehas för att licensera. Om licenstagaren sedan anklagas intrång i tredje mans rätt, brukar villkoren stadga att licensgivaren blir ersättningspliktig gentemot licenstagaren.<sup>269</sup> Avseende programvara framhåller Lindqvist och Ståhl att det torde vara när avtalet uttryckligen stadgar att en genomförd företagsbesiktning inte har betydelse för säl-

---

<sup>264</sup> Honkasalo, NIR 4/2011, s. 394.

<sup>265</sup> Prop. 1988/89:76 s. 62.

<sup>266</sup> Lindberg & Westman (2001) s. 373.

<sup>267</sup> Lindberg & Westman (2001) s. 374.

<sup>268</sup> Se fotnot i Lindberg & Westman (2001) s. 372.

<sup>269</sup> Olofsson (2003) s. 92.

jarens garantiansvar, som köparen kan framställa krav grundade i de omständigheter som han borde ha känt till vid tiden för överlåtelsen. Om köparen rent faktiskt kände till omständigheterna vid den tidpunkten borde en sådan bestämmelse i många fall vara oskäligen och vara möjlig att jämka. Det ska här till nämnas att parterna ibland avtalar bort KöpL.<sup>270</sup>

## 6.2 Felbedömningen enligt KöpL

### 6.2.1 Introduktion till köprättens felbegrepp

För bedömningen av huruvida en vara är behäftad med fel får parternas avtal i första hand vara vägledande. Vanligen är förpliktelse vid ett köp resultatförpliktelser, vilket innebär att det kan innebära ett kontraktsbrott även om den kontratsbrytande parten inte agerat slarvigt.<sup>271</sup> För den form av överlåtelse som typexemplet tar sikte på, bör KöpL ligga närmast till hands vid felbedömningen av de immateriella rättigheterna, när bedömningen inte uttryckligen framgår av avtal.<sup>272</sup>

Indelningen av köprättsliga felregler sker här enligt Hellners kategorisering. Han framhåller att köprättsliga fel består av rättsliga fel, rådighetsfel, immaterialrättsliga fel och faktiska fel. De faktiska felen delas i sin tur in i konkreta fel och abstrakta fel.<sup>273</sup> Ett konkret fel föreligger när köpobjektet avviker från vad som avtalats. Ett abstrakt fel innebär att köpobjektet avviker från den abstrakta eller normala standarden.<sup>274</sup>

---

<sup>270</sup> Lindqvist & Ståhl, JT nr 2003/04, s. 562. Det förutsätts att KöpL inte har avtalats bort i förevarande fall.

<sup>271</sup> Perméus & Lindberg (2013) s. 43.

<sup>272</sup> Hultmark, C., *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, JT nr 4 1993/1994 s. 687–701, s. 689; Lindberg & Westman (2001) s. 371–377.

<sup>273</sup> Bergstedt Sten, V., *Felbegreppet vid leverans av programvara*, SvJT 1997 s.222–238, s. 229.

<sup>274</sup> Johansson, A., *Undersökningsplikt vid aktieförvärv – Frågor beträffande köplagens tillämpning vid förvärv av aktieförvärv*, SvJT 1990 s. 81–111, s. 82.

Ett rättsligt fel regleras i 41 § KöpL och har sin motsvarighet i artikel 41 CISG. Kort sagt innebär det att varan är behäftad med sakrättsliga belastningar. Eventuella problem vid försäljning av enskilda exemplar har alltid karaktären av rättsliga fel.<sup>275</sup> Ett rättsligt fel innebär konkret att tredje man har panträtt i varan eller att varan inte tillhör säljaren.<sup>276</sup> Ett rådighetsfel kan vara för handen när det föreligger avvikelse i form av ett förbud som hindrar köparen att nyttja varan. Immaterialrättsliga fel handlar om att annans immaterialrätt utgör hinder i köparens rätt att använda varan. Immaterialrättsliga fel regleras inte i KöpL, men har sin motsvarighet i artikel 42 CISG. Avseende de faktiska felen består ett konkret fel av att köparen erhåller något annat än vad som avtalats – att säljaren med andra ord inte presterar enligt överenskommelsen. Enligt skolexemplet föreligger ett faktiskt fel då överenskommelsen avser en röd bil men i stället levereras en blå bil. Abstrakta fel innebär en avvikelse från en annars normalt förväntad standard.<sup>277</sup>

## 6.2.2 Vanliga fel vid överlåtelse av immaterialrätt

Levin framhåller att det huvudsakligen är två områden av obligationsrättsliga problem som är vanliga vid avtal om fullständiga immaterialrättsöverlåtelser. Det första området är hur det som överlåtit ska värderas när det inte uppnår till förvärvarens antaganden avseende kommersiell eller teknisk kvalitet. Det andra är när rätten inte består eller när en tredje mans rätt begränsar rätten. I så fall är det fråga om ett immaterialrättsligt fel.<sup>278</sup> Allra vanligast är att det är immaterialrättsliga fel som diskuteras i samband med överlåtelser av immaterialrätter. Sådana fel utgörs av att ”en utomstående tredje man gör gällande att denne förfogar över en immaterialrätt som inskränker rådigheten över den sålda varan.”<sup>279</sup>

---

<sup>275</sup> Levin (2017) s. 525.

<sup>276</sup> Jfr Munukka, Köplag (1990:931) 41 §, Karnov 2017-01-01.

<sup>277</sup> Bergstedt Sten, SvJT 1997, s. 229.

<sup>278</sup> Levin (2017) s. 526.

<sup>279</sup> Bernitz et al. (2017) s. 417.

Krav avseende immaterialrättsliga fel kan riktas mot säljaren dels när denne överlåtit en lös sak eller en affärsrörelse, dels när denne överlåtit en immaterialrätt. KöpL är formellt direkt tillämplig. En köpare torde kunna räkna med att ha förvärvat ensamrätten till immaterialrätten. Det finns många sätt som denna förväntan kan slå fel. Det kan vara att tredje man hävdar ogiltighet hos immaterialrätten. I så fall anknyter felet direkt till ”varan” som överlåtit, och tankarna leds till reglerna om faktiska fel i KöpL. Om tredje man har rätt, och immaterialrätten ifråga är ogiltig, blir det allmän egendom. Är det i stället så att den överlåtna immaterialrätten av tredje man påstås bero av en av honom ägd immaterialrätt och att köparen tvingas betala för tredje mans tillstånd för att kunna nyttja sin immaterialrätt, torde det snarast handla om att den av köparen förvärvade immaterialrätten är behäftad med ett immaterialrättsligt fel. Om det är så att tredje man hävdar bättre rätt till rättigheten får det närmast sägas föreligga ett rättsligt fel, vilket ger säljaren ett ansvar enligt 41 § KöpL.<sup>280</sup>

Trots att det även i immaterialrättsliga sammanhang råder en skillnad mellan faktiska fel och rättsliga fel, är det tveksamt om det blir en skillnad i rättsverkningar enligt KöpL.<sup>281</sup> Felindelningen kan av pedagogiskt syfte ske, för att uppvisa olika situationer som kan föranleda ett felansvar.<sup>282</sup>

### 6.2.3 Felbedömningen i förevarande fall

Utifrån vilken köprättslig standard ska en kontaminering av öppen källkod i proprietär källkod egentligen bedömas? För när öppen källkod förekommer i proprietär källkod torde det vara de faktiska konsekvenserna som är av betydelse för köparen och som kan motivera vilket typ av felbegrepp som borde bli gällande. När det sker ett förvärv av datorprogram som förväntas vara

---

<sup>280</sup> Runesson, E.M., *Immaterialrättsliga fel*, s. 625–656 i Gorton, L. (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell* (1999) s. 626.

<sup>281</sup> Levin (2017) s. 525.

<sup>282</sup> Hultmark, JT nr 4 1993/1994 s. 689f.



skapat endast genom proprietär källkod, har förvärvaren i regel förväntningar på att kunna nyttja programmet i kommersiellt syfte. Det torde inbegripa att källkoden hålls hemlig, så att produkten kan uppfylla sitt kommersiella syfte. Att källkoden ska vara fullständigt proprietär får utifrån omständigheterna i typexemplet antas ha inverkat på köparbolagets beslut att ingå avtal. Huruvida en inkorporering av öppen källkod i sådan proprietär källkod knyter an till programmets faktiska eller rättsliga kvaliteter är en fråga som i det följande ska ägnas uppmärksamhet. Beaktandet av förväntningarna vid tidpunkten för avtalet får knyta an till efterföljande förhållanden.<sup>283</sup>

### 6.2.3.1 Immaterialrättsliga fel

I sammanhanget kan ett immaterialrättsligt fel utgöras av att licensvillkoren för den öppna källkod som infogats i den proprietära källkoden inte efterlevs. Som det har framkommit,<sup>284</sup> brukar proprietära programvarulicenser göra licensgivaren ersättningsskyldig vid påstående om intrång i tredje mans rätt. Om en sådan garanti inte finns, blir licenstagaren den som får stå risken för att rättigheterna i programvaran egentligen tillhör någon annan. Det kan tyckas orimligt, med tanke på att det sannolikt är enklare för licensgivaren att bedöma att rättigheterna innehas, än vad det är för licenstagaren att avgöra.<sup>285</sup>

Ansvar för immaterialrättsliga fel utgör i svensk nationell köprätt okänd mark. I nu gällande KöpL regleras rättsliga fel i 41 §, där säljaren har ett objektiskt skadeståndsansvar som är i princip oberoende av köparens eventuella goda tro eller inte vid tiden för förvärvet. Säljaren åläggs således ett strikt skadeståndsansvar, enligt 41 § andra stycket KöpL. Enligt propositionen ska med immaterialrättsliga fel inte anses vara en med ägande- eller panträtt liknande rätt. Ett rent strikt skadeståndsansvar anses tydligtvis inte vara lämpligt för immaterialrättsliga fel. Förhållandet vid immaterialrättsliga fel är således

---

<sup>283</sup> Jfr vad Runesson anför om teknikdriven licensering, Runesson, E. M., *Licens till patent och företagshemligheter i avtals- och kontraktsrätten* (2014) s. 96.

<sup>284</sup> Jfr avsnitt 6.1.3.

<sup>285</sup> Olofsson (2003) s. 92.

oreglerat.<sup>286</sup> Det framgår av propositionen att bedömningen av huruvida tredje mans immaterialrätt inverkar i förhållandet mellan säljare och köpare får bedömas ”enligt allmänna regler”.<sup>287</sup>

För immaterialrättsliga fel föreligger en särskild svårighet i att på förhand bedöma risken för att den för överlåtelsen aktuella varan gör intrång i tredje mans ensamrätt. Ett konkret avgörande kan vara svårt att åstadkomma, även för den som har stor sakkunskap. Om ett villkorslöst felansvar tillskrivs säljaren, handlar det före denne om ett på förhand synnerligen svårbedömt förhållande. Skulle däremot ett sådant ansvar inte föreligga, skulle i stället köparen vara den som åläggs en lika stor risk. Det vore svårt att formulera en objektiv regel för att åstadkomma en rimlig riskfördelning mellan parterna för varans beskaffenhet. En regel skulle behöva medge att omständigheterna i det konkreta fallet får beaktas, där det exempelvis ska ingå att bedöma arten av de rättigheter som tredje man gör anspråk på.<sup>288</sup>

En möjlighet vore att tillämpa principerna gällande rådighetsfel, nämligen att hänsyn tas till vad säljaren måste antas ha känt till avseende det immaterialrättsliga felet.<sup>289</sup>

I den uträkning principerna för rådighetsfelansvar skulle tillämpas, är det i första hand aktuellt att grunda felbedömningen på 17 § första stycket och 40 § tredje stycket KöpL. I andra hand ska det ske en abstrakt felbedömning i enlighet med 17 § andra stycket första och andra punkten KöpL. I så fall blir säljaren ansvarig för att vara är ägnad för det ändamål som samma slags varor används i allmänhet. Därtill ansvarar säljaren att varan är ägnad för det särskilda ändamål som varan var avsedd att användas, i den mån säljaren måste ha insett det särskilda ändamålet och köparen rätteligen förlitat sig på säljarens sakkunskap och bedömning. För felbedömningen bör 17 § tredje stycket

---

<sup>286</sup> Runesson (1999) s. 649f.

<sup>287</sup> Prop. 1988/89:76 s. 141f.

<sup>288</sup> Runesson (1999) s. 631f.

<sup>289</sup> Runesson (1999) s. 651.

KöpL vara aktuell att tillämpa särskilt när egendomen inte omfattas av CISG, men det rör ett köp av rättigheter som gör KöpL tillämplig.<sup>290</sup>

### 6.2.3.2 Faktiska fel

Eric M. Runesson skriver utförligt om licens till patent i avtals- och kontraktsrätt. Det ska understrykas att han således skriver om en immaterialrätt som utgör en industriell rättighet, men som tidigare har nämnts särskiljer sig datorprogram från övriga verk i upphovsrätten på så sätt att de har en industriell karaktär.<sup>291</sup> Vidare anför Christina Ramberg i sin anmälan av Runessons bok att även om han avgränsar sig till just licensavtal avseende patent, torde många av slutsatserna gällande licensavtal gälla alla immaterialrätter. Hon exemplifierar det med att den som vill ha svar på varumärkesfrågor inte bör avstå från att läsa boken.<sup>292</sup> Det är dock endast försiktiga analogier från Runessons bok som torde kunna företas när det kommer till avtal rörande upphovsrätten för datorprogram.<sup>293</sup>

Avseende en felstandard har Runesson utvecklat ett resonemang, som egentligen då tar sikte på fel i patent, men som skulle kunna få betydelse för den aktuella bedömningen.<sup>294</sup> Runesson anför att en köpare ska kunna förlita sig på att en förvärvad rättighet inte avviker från vad denne med fog kunnat förutsätta. Därtill fastslår Runesson att hjälpreglerna i 17 § andra stycket KöpL inte ger ledning avsedd för rättighetsköp. Däremot kan 18 § KöpL vara av betydelse och innebära att uppgifter som har lämnats avseende upphovsrättens egenskaper och användning får antas ha inverkat på köpet. Runesson konkluderar även att avseende påföljderna vid ett fel, kan reglerna i 30 och

---

<sup>290</sup> Runesson (1999) s. 651f.

<sup>291</sup> Olsson (2015) s. 242.

<sup>292</sup> Ramberg, C., *Licensavtal, allmän avtalsrätt och Eric M Runesson*, SvJT 2015 s. 125–140, s. 127.

<sup>293</sup> Runessons nyare verk om licensavtal avseende patent kan läsas i ljuset av och i viss mån komplettera vad han tidigare har skrivit om immaterialrättsliga fel i allmänhet.

<sup>294</sup> Jämförelsen bör dock ske med viss försiktighet, sett till att patent och upphovsrätt regleras i skilda lagar.

34-44 §§ KöpL ”behöva anpassas till förhållandet att överlåtelsen avser en rättighet och inte en vara.”<sup>295</sup>

Bedömningen bör utgå från vad köparen med fog kunnat förutsätta avseende faktiska utnyttjandemöjligheter, rättslig utnyttjandemöjlighet och konkurrensskydd. I avsaknad av en konkret standard torde upphovsrätten förvärfas i ”befintligt skick”. I så fall går ansvaret inte utöver vad som framgår av 19 § KöpL.<sup>296</sup> Då kan utgångspunkten vara att överlåtaren blir ansvarig om möjligheterna till utnyttjande eller konkurrensskyddet är sämre än vad som följer av de uppgifter som av överlåtaren lämnades före avtalet och som kan antas ha haft inverkan på köpet; 19 § första stycket första punkten KöpL.

En annan utgångspunkt skulle kunna vara att överlåtaren ansvarar om han före förvärfvet underlåtit att upplysa om ett väsentligt förhållande angående utnyttjandemöjligheterna eller konkurrensskyddet som han måste antas ha känt till och som köparen med fog kunnat förvänta sig att bli upplyst om, under förutsättning att underlåtenheten kan antas ha inverkat på köpet, enligt vad som följer av 19 § första stycket andra punkten KöpL. Här avspeglas överlåtarens upplysningsplikt.<sup>297</sup>

Den tredje utgångspunkten kan grundas i vad som följer av 19 § första stycket tredje punkten KöpL om att överlåtaren, oavsett om han lämnat uppgifter eller undanhållit information, blir ansvarig om utnyttjandemöjligheterna eller konkurrensskyddet är i väsentligt sämre skick än vad köparen med hänsyn till priset och övriga omständigheter med fog kunnat förutsätta. Den här tredje utgångspunkten ger uttryck för en skälighetsbaserad tolkningsstandard som borde ha ett begränsat tillämpningsutrymme och vara i hög grad beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Första och andra utgångspunkten ger däremot uttryck för en avtalstolkning som härrör ur artikel 8 (1) i CISG. Den

---

<sup>295</sup> Runesson (2014) s. 96.

<sup>296</sup> Runesson (2014) s. 97.

<sup>297</sup> Jfr Runesson (2014) s. 98.

första och tredje utgångspunkten implicerar ett objektivet ansvar för riktigheten i de uppgifter som har lämnats. Att överlåtaren ansvarar innebär dock inte att han nödvändigtvis bär hela risken genom att alltid bli ansvarig för skada köparen lidit. Skadeståndspåföljden påverkas av ansvarsförutsättningarna. Köparen kan däremot kräva avhjälpande om det är möjligt utan att det innebär en oskälig kostnad eller olägenhet för överlåtaren, enligt vad som följer av 34 § första stycket KöpL. Är det inte aktuellt med avhjälpande har köparen rätt till prisavdrag enligt 37 § första stycket KöpL. Hävning kan komma ifråga om begränsningen av utnyttjandemöjligheterna eller konkurrensskyddet är av väsentlig betydelse för köparen och överlåtaren insåg eller borde ha insett detta.<sup>298</sup>

För samtliga utgångspunkter gäller att köparen inte kan åberopa vad han måste ha känt till om omständigheterna vid köpet, enligt 20 § första stycket KöpL. Om köparen undersökt programmet eller utan godtagbar anledning underlåtit att på överlåtarens uppmaning göra en undersökning, får inte heller åberopas sådana förhållanden som borde ha upptäckts av köparen vid undersökningen, såtillvida att överlåtaren inte handlat i strid mot tro och heder, enligt andra stycket i samma lagrum.<sup>299</sup>

Christina Ramberg håller inte med Runesson om att bedömningen ska utgå från 19 § KöpL om att immaterialrätten överlåts i befintligt skick. Ramberg påpekar att felbedömningen i stället ska utgå från den allmänna bestämmelsen om felansvar i 17 § KöpL. Däri stadgas att varan ska överensstämma med avtalet. Paragrafens hänvisning till ”avtal” föranleder en tillämpning av den allmänna avtalsrättens regler och rättsfall för fastställande av avtals innehåll.<sup>300</sup>

---

<sup>298</sup> Jfr Runesson (2014) s. 98f.

<sup>299</sup> Jfr Runesson (2014) s. 99.

<sup>300</sup> Ramberg, SvJT 2015, s. 133.

Rambergs tolkning får stöd av IT-avtalen på området för programvara. Vicea Bergstedt Sten konkluderar att felbedömningen i branschpraxis i huvudsak utgår från vad som konkret har avtalats. Ett fel är således detsamma som att den avtalade specifikationen inte har uppfyllts. Rörande konsultuppdrag ges vägledning om fel i att en avvikelse föreligger från avtalade egenskaper, eller från vad köparen haft anledning att räkna med. Genomgående definierar IT-avtalen fel som en bristande överenskommelse mellan produkten och den avtalade specifikationen.<sup>301</sup> Sett till branschens standardavtal drar köparen det kortaste strået, eftersom den avtalade specifikationen till sin natur aldrig skulle kunna ge ett komplett underlag för felbedömningen. En noggrann köpare bör låta syftet, förutsättningar och förväntningar framgå av avtalet. Om det skulle föreligga ett immaterialrättsligt fel skulle det knappast vara acceptabelt om köparen inte kan åberopa felet med hänvisning till att det inte är en avvikelse från specifikationerna.<sup>302</sup>

Vid bedömningen av felansvar kan det också ske en jämförelse mot vad som sägs om upphovsrättsliga förlagsavtal. Jan Rosén framhåller att om en förläggare kunnat besiktiga ett verk inför avtalet borde det bara vara i oerhört sällsynta fall vara möjligt för denne att göra gällande att verket är behäftat med fel. Det kan exempelvis vara möjligt för en förläggare att åberopa fel om det förekommer grova sakfel i en vetenskaplig text som förläggaren inte har haft möjlighet att upptäcka. Med tanke på parternas förtroendeförhållande blir det naturligt att förlagsgivarens underlåtenhet att informera om för honom bekanta förhållanden kan utgöra fel. Detsamma får anses råda om förläggaren får oriktiga och okontrollerbara uppgifter rörande verkets egenskaper från förlagsgivaren.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> Bergstedt Sten, SvJT 1997, s. 230f.

<sup>302</sup> Bergstedt Sten, SvJT 1997 s. 234f.

<sup>303</sup> Rosén (1989) s. 276.

# 7 Analys

## 7.1 Överlåtelse av upphovsrätten genom ett inkråmsförvärv

KöpL:s direkta tillämplighet vid överlåtelse av källkod i samband med inkråmsförvärv är till stor del beroende på om det sker en fullständig och slutlig överlåtelse. Det har sedan tidigare konstaterats att parterna i typexemplet avser en fullständig och slutlig överlåtelse av upphovsrätten till datorprogrammet. Det är nödvändigt att definiera omfånget på säljarens rättsförvärv från första början. Sett till att bolaget från första början innehar rätten genom att hela rätten har övergått från arbetstagare, framgår det av URL inte några restriktioner för överlåtelsen. Den ursprunglige upphovsmannen förutsätts i fallet inte ha några invändningar. 28 § URL tillåter att rättigheten överläts när det sker vid en rörelseöverlåtelse, såvida inget annat har avtalats. I avsaknad av avtal som uttrycker motsatsen, torde det därmed inte föreligga hinder att överlåta rätten vidare vid ett inkråmsförvärv. Den nordiska köplagsutredningen påkallar härtill en tillämpning av KöpL för de immaterialrätter som överläts i samband med en överlåtelse av en rörelse.

Eftersom en ofullständig avtalsreglering av rättsförvärvets omfång ligger förvärvaren till last, är det av vikt att parterna tydligt avtalar om förvärvets omfång. I enlighet med specificationsprincipen bör parterna reglera rättighetens övergång med förtydliganden om att inga restriktioner, i exempelvis tid eller rum, ska gälla för förvärvets omfång. Konsekvensen är annars att den del av upphovsrätten som avtalet inte specifikt föreskriver ska ingå i överlåtelsen, presumeras förbli hos upphovsmannen. I förevarande fall är det överlåtaren som substituerar upphovsmannen. Det överlåtande bolaget innehar, i upphovsmannens ställe, den ekonomiska och ideella rätten. Enligt vad som har framkommit tyder inget på att den omständigheten skulle förta specifications-

principens betydelse vid ett avtal om rättsförvärvet i ett inkråmsförvärv. Specificationsprincipen är inte bara konstaterad i teorin, utan har befasts av domstolarna vid tolkning av överlåtelseavtal.

Eftersom den ideella rätten normalt sett bara kan efterges, utgör övergången av hela upphovsrätten genom 40 a § URL en unik situation där hänsyn har tagits till datorprogramms kommersiella natur. En fråga härtill värd att beakta är möjligheten för bolaget att vidareöverlåta även den ideella rätten. Enligt Rosén kan en vidareöverlåtelse innebära att avtalet inte lämnar något av upphovsrätten kvar hos den överlåtande parten. Frågan är således om det innebär att förvärvaren kan överlåta även den ideella delen vidare, när upphovsrätten hos ett datorprogram ursprungligen har tillkommit bolaget genom 40 a § URL. Svaret framgår inte uttryckligen av varken doktrin, förarbeten eller praxis. Sett till att 40 a § URL utgör ett unikt undantag från att den ideella rätten normalt endast kan efterges – och att de praktiska verkningarna av att en vidareöverlåtelse skulle inbegripa även den ideella rätten inte är helt tydliga – bör frågan utredas närmare i doktrin innan ett säkert svar kan ges. Den ideella rätten har åtminstone en mindre praktisk betydelse vid framställningen av ett datorprogram, än vid skapandet av andra upphovsrättsligt skyddade verk. Datorprogrammets kommersiella livslängd är inte långvarig. Sakerligen beror det mycket på den snabba tekniska utveckling som ständigt pågår.

Generellt gör en fullständig och slutlig rättighetsöverlåtelse KöpL direkt tillämplig, åtminstone principiellt. KöpL:s tillämpas dessutom, som det har framkommit, vanligen vid inkråmsförvärv. Det gäller även för när parterna inte har avtalat om tillämplig lag. Immateriell egendom innefattas i sådan lös egendom som 1 § KöpL avser. Huruvida det är det mest lämpliga alternativet rent praktiskt är i viss mån omdebatterat. Eftersom nyttjanderätter snarast tolkas som en tjänst, faller det utanför KöpL:s tillämpningsområde. Visst stöd finns för att det, gällande datorprogram, ska vara möjligt att tillämpa KöpL analogt vid ett sådant nyttjandeavtal.



Även om bestämmelserna i tredje kapitlet i URL inbegriper en variation av de överlåtelse som finns att tillgå, kan inte alla slutsatser om licensavtal även gälla för fullständiga och slutliga överlåtelse av upphovsrätten. Det finns en viktig skillnad i innebörden av de olika uttrycken. Den nordiska köplagsutredningen särskiljer upplåtelse från överlåtelse och motiverar att KöpL med fördel torde bli tillämplig när överlåtelse sker av en rättighet. Situationen då en rättighet överläts framstår *de facto* som ett köp, och Levins något skeptiska hållning till KöpL:s tillämpning framstår inte som helt motiverad. Det varken presenteras någon mer lämplig reglering eller efterfrågas en utförligare lagreglering i allmänhet. Givetvis regleras parternas inbördes förhållande vanligtvis uttryckligen genom avtal. Trots det, måste det av rättssäkerhetsskäl vara motiverat att det finns en tillfredsställande dispositiv rätt att falla tillbaka på *in dubio*.

Ett köp definieras enligt en vedertagen uppfattning som en övergång av äganderätten. Honkasalo framhåller att det i datorprogramsdirektivet inte talas om en ägare av ensamrätten, utan om en rättsinnehavare. Det stämmer förvisso nästan fullt ut, så när som på artikel 2 andra punkten, vari benämns att flera skapare av ett verk ska *äga* ensamrätten gemensamt. Rättsinnehavare förefaller nästintill vara ett tvetydigt begrepp, då ordalydelsen inte tydligt preciserar rättsinnehavets omfång. Som det har framkommit kan någon inneha en nyttjanderätt, utan att för den sakens skull vara innehavare av den totala upphovsrätten. Det framstår inte helt motiverat hur äganderättsbegreppet skulle riskera att urvattnas, mer än att det används som benämning för något immateriellt. Enligt min uppfattning framstår rättsinnehavare som ett vidare begrepp än påståendet att någon äger en rätt.

Det går att konstatera att en överlåtelse inte *nödvändigtvis* utgör ett köp i KöpL:s mening. I begreppet överlåtelse inryms även upplåtelse i de generella bestämmelserna om avtal i URL. Att tillämpa KöpL för upplåtelse framstår som kontroversiellt, eftersom sådana faller utanför KöpL:s direkta tillämpningsområde. Huruvida det ska vara möjligt att analogt tillämpa KöpL för

nyttjanderätter framgår inte tydligt av doktrin. Lindberg och Westmans konstaterande om en analog tillämpning av KöpL ligger inte helt i linje med vad exempelvis Levin anför. Huruvida felansvaret ska vara möjligt att bedöma analogt enligt KöpL, även om det skulle handla om en upplåtelse, råder det således inte enighet om i doktrin. Det är dock inte kontroversiellt att tillämpa KöpL för en fullständig och slutlig överlåtelse av upphovsrätten, som parterna här avser att genomföra. I den aktuella situationen avses med begreppet överlåtelse således inte att inkludera upplåtelse. Det ligger således närmast till hands att se överlåtelsen i förevarande fall som ett köp enligt KöpL.

## 7.2 Köprättsligt fel i upphovsrätten

Det som sker vid användning av öppen källkod är att upphovsmannen, eller rättsinnehavare i dennes ställe, avstår sin rätt till exemplarframställning. Det största bekymret för bolaget som åsyftat förvärva proprietär programvara torde vara att betydande bakomliggande investeringar riskerar att gå förloerade. Bolaget går miste om att tillgodogöra sig ett ekonomiskt värde, sett till att GNU GPL endast tillåter att vederlag utgår för kringtjänster och inte för själva programvaran. Dessutom är proprietär källkod vanligen att anse som en företagshemlighet. Om bolaget vid distribution tvingas offentliggöra all kod, innebär det att inte heller den kod som har utvecklats av programmeraren själv längre är skyddad som en företagshemlighet. Alla mottagare måste få tillgång till koden enligt GNU GPL. Om bolaget inte gör källkoden tillgänglig i enlighet med licensvillkoren i GNU GPL, står det inför risken att göra intrång i annans upphovsrätt, även om en sådan tvist ännu inte har prövats i Sverige. Det utgör således inte bara ett avtalsbrott att inte följa licensvillkoren, utan även ett upphovsrättsintrång.

Resultatet av en inkorporering av öppen källkod är att den proprietära programvaran, till sin helhet, är att anse som öppen programvara. Eftersom den överlåtelse som har skett torde vara att anse som ett köp, möjliggör det en

undersökning av huruvida KöpL:s felansvar kan tillämpas. Utifrån den situation det förvärvande bolaget står inför, får KöpL:s felbestämmelser granskas i syfte att karakterisera och placera in felet i rätt lagrum. Eftersom KöpL ligger närmast till hands vid felbedömningen av de immateriella rättigheterna, drar jag den försiktiga slutsatsen att även om Sevenius talar om fel i samband med företagsförvärv i sin helhet bör diskussionen om riskfördelning alljämt vara jämförbar för överlåtelsen som nu sker genom ett inkråmsförvärv.

Mikael Pawlo framhåller en möjlighet för överlåtaren att genomföra en intern företagsbesiktning av målrörelsen. Det innebär en inventering av bolagets licenser för befintlig programvara. Rimligtvis torde en sådan kontroll av licenser för programvara även innefatta en kontroll av att sådan programvara, som har utvecklats inom ett anställningsförhållande, kommit bolaget rätteligen till handa. Det innebär att villkoren i 40 a § URL ska ha uppfyllts vid skapandet av programvaran, och att upphovsmannen inte heller motsatt sig en överlåtelse, enligt vad som föreskrivs i 28 § URL. Även om säljaren inte kan åläggas ett ansvar att genomföra en sådan intern granskning, är min slutsats att information som framkommer under en sådan undersökning åtminstone inverka på säljarens benägenhet att lämna garantier.

Anledningen till att öppen källkod är ett till synes prekärt fenomen är att en upphovsrätt, som köparen tror sig anskaffa, i själva verket är kontaminerad med helt andra villkor än vad som förväntades. Förvärvet avser i själva verket inte rättigheterna till en proprietär källkod. När det har infogats öppen källkod som täcks av GNU GPL blir resultatet att resterande kod smittas av licensvillkoren som gäller för den öppna källkoden. Hur vidsträckt kravet på utvidgade licensvillkor för kombinerad källkod egentligen är, framgår inte direkt av villkoret för copyleft. Det är dock tydligt att bestämmelsen strävar efter ett väldigt långtgående krav, varpå en programmerare inte bör ta några onödiga risker med att hämta delar av koden från öppen källkod.

Det framstår som ofrånkomligt att det aktualiseras någon typ av fel när öppen källkod har inkorporerats i proprietär källkod, eftersom det strider mot avsikten med den färdiga programvaran. Frågan är om det skulle kunna argumenteras som att det i stället för en typ av vara, har levererats en annan typ av vara.

De konkreta hållpunkter i avtalet som Bergstedt Sten framhåller som en otillräcklig felbedömningsgrund, framstår i mitt tycke inte som ett hinder för att tillämpa avtalets specifikation som en riktlinje i förevarande fall. Nu framgår det uttryckligen av typexemplet att avtalet inte specificerar en konkret felstandard. Skulle avtalet uttrycka att rättigheterna som överläts är knutna till programvara som enbart ska innehålla proprietär källkod, föreligger det en avvikelse om datorprogrammet innehåller öppen källkod. Föreligger det en avvikelse från avtalet, bör det röra sig om ett konkret felet.

Levin anför att KöpL endast torde ta sikte på exemplar av verket, men samtidigt har det konstaterats att KöpL principiellt är direkt tillämplig för fullständiga överlåtelser. Som tidigare har nämnts föreskriver 27 § andra meningen URL att en överlåtelse av exemplar inte innebär att upphovsrätten överläts. Häri anser jag det uppkomma ett gränsdragningsproblem mellan exemplaröverlåtelse och en fullständig överlåtelse av upphovsrätt.

Avseende gränsdragningsproblemet kan det av principiella skäl ifrågasättas om en fullständig övergång förutsätter att exemplar överläts. Enligt min uppfattning framgår svaret inte tydligt i doktrin. Möjligtvis är det en ”icke-fråga”, men jag tycker det finns anledning att kommentera saken kort. Frågan om ett innehav av ett säkerhetsexemplar efter tiden för ett licensavtal utgör ett upphovsrättsintrång har, som det har framgått, beviljats PT i HD. Om domstolen skulle gå på samma linje som hovrätten, skulle det utgöra ett intrång att passivt inneha även ett sådant exemplar utan rättsinnehavarens tillstånd. Det här synes kunna förstärka och tydliggöra rättsinnehavarens, i form av ägare, ställning avseende exemplarinnehav ytterligare.

Min slutsats är att upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning innebär att ingen annan, utan upphovsmannens samtycke, kan inneha exemplar. Därmed blir det underförstått att en överlåtelse av den fullständiga rätten innebär att det även sker en exemplaröverlåtelse. Utan rättsinnehavarens tillstånd kan ingen annan rätteligen besitta exemplar. Rimligtvis vore det även svårt för förvärvaren av den fullständiga upphovsrätten att ekonomiskt tillgoda sig rätten, utan att besitta ett exemplar. En fullständig och slutlig överlåtelse av upphovsrätten torde – hur banalt påståendet än tycks vara – därmed inkludera att en exemplaröverlåtelse sker.

Gränsdragningen är enligt min uppfattning påkallad eftersom förevarande situation är av en så unik karaktär ur juridisk synpunkt. Felet i datorprogrammet är nämligen inte bara av immaterialrättslig karaktär – rent faktiskt har ju öppen källkod (vilket kan påstås vara en typ av vara) inkorporerats i proprietär källkod (vilket i så fall kan påstås vara en annan typ av vara). Frågan är om det därmed inte skulle kunna påstås att det föreligger ett rent tekniskt fel i *exemplaret* till vilket upphovsrätten hör. En rättelse torde – om det ens är möjligt att åstadkomma en sådan – bli en i varje fall dyr historia sett till den nivå av sakkunskap som blir erforderlig.

Det är i min mening därmed inte enbart ett rent immaterialrättsligt fel, utan dessutom en brist i datorprogrammets fysiska karaktär. Det är ingen skillnad på hur utformningen av själva källkoden ter sig, beroende på om det är en proprietär eller öppen källkod. Källkodens karaktär styrs av licensvillkoren. För att undvika upphovsrättsintrång, måste förvärvaren följa GNU GPL:s licensvillkor och göra programvaran öppen. Det gäller under förutsättning att distribution har skett vid inkråmsöverlåtelsen. Skulle distribution, på så vis som avses i GNU GPL inte ägt rum, har förvärvaren då möjlighet att undvika distribution. I så fall har förvärvaren ändå förlorat möjligheten att tillgoda sig det förväntade ekonomiska värdet, när programvaran visar sig inte vara möjlig att nyttja som en proprietär programvara. Därmed anser jag att förvärvaren står inför två situationer som rent konkret innebär för denne att det föreligger antingen ett av följande två fel: ett faktiskt fel – då varan inte

är avtalsenlig; eller ett immaterialrättsligt fel – skulle den fria licensens villkor inte efterföljas.

En problematiserande aspekt med inkråmsöverlåtelse är således hur en sådan förhåller sig till kriterierna för distribution. Det kan ifrågasättas huruvida det sker en distribution i enlighet med villkoren för GNU GPL, när målrörelsen överläts till bolaget. I IT-standardutredningens betänkande ges ett exempel på distribution, i form av att en extern konsult gör programmet tillgängligt för den myndighet som har beställt programmet. Det tycks som om en jämförelse med IT-standardutredningens exempel indikerar att distribution skulle inträda vid en inkråmsöverlåtelse. Om en inkråmsöverlåtelse inte skulle vara att anse som distribution, och programvaran inte tidigare har tillgängliggjorts på så vis att distribution inträder, skulle köparbolaget eventuellt kunna undvika distribution. Det förutsätter givetvis att ”felet” med den oavsiktliga förekomsten av öppen källkod, har upptäckts innan distribution sker. På så vis finns möjligheten att då undvika ett upphovsrättsintrång i tredje mans rätt. GNU GPL föreskriver att det är först vid distribution av programmet som licensvillkoren ska uppfyllas av den som träffas av licensen. Skulle ett intrång vara möjligt att undvika, i enlighet med det ovan sagda, bör köparen kunna åberopa ett faktiskt fel och utverka påföljder i enlighet därmed. Det sistnämnda felet innebär endast att programvaran är felaktig. En påstådd intrångsgörare riskerar att lida följderna av ett anspråk från tredje man. Ett immaterialrättsligt fel kan därför tänkas vara oerhört angeläget för köparen att undvika.

## 7.3 Är felansvarsreglerna i KöpL ändamålsenliga?

Nu ska det företas en analys av huruvida riskansvaret i de köprättsliga bestämmelserna är ändamålsenligt för situationen som är för handen. Inledningsvis anser jag mig behöva ställa frågan om det är lämpligt att först och främst diskutera huruvida det är ändamålsenligt att tillämpa KöpL för handel med immateriella rättigheter – i det här fallet upphovsrätt. Tillämpligheten inte är oemotsagd i doktrin. Det torde även finnas en risk för att viktiga punkter faller bort, om analysen enbart tar sikte på ändamålsenligheten i KöpL:s påföljder utan att ta hänsyn till immaterialrättigheternas karaktär. För att se påföljdsalternativen i ljuset av immaterialrätternas karaktär, blir det nästintill oundvikligt att resonera kring KöpL:s generella förenlighet med immaterialrätternas natur.

Vid handel med immaterialrätter handlar det om en mer svårdefinierad produkt än en vanlig fysisk produkt. Den juridiska definitionen av ägande kan ge upphov till förvirring, och frågan är således om inte rättsinnehavare är att anse som det enda korrekta uttrycket. EU-domstolen framhåller att försäljning innebär en överföring av *äganderätten*, inte bara till materiell utan även immateriell egendom. En immateriell egendom är knappast något förnimbart. En rättighet utgör en egendom som avses i 1 § KöpL. Trots det ställer Honkasalo sig skeptisk till att använda begreppet ägande för att åsyfta innehavet av upphovsrätten till ett datorprogram.

Frågan härtill blir således om det rent tekniskt egentligen handlar om ett köp i KöpL:s mening. Min uppfattning är att det är mer av en filosofisk fundering än ett praktiskt problem. När den gällande KöpL infördes var den tydliga avsikten i förarbetena att vid en överlåtelse av en rörelse ska KöpL vara tillämplig på de immateriella rättigheterna.

Vilket av bolagen ska egentligen bära risken? Inför ett förvärv av en målrorelse genomförs vanligen, som det har framkommit, en företagsbesiktning. Köparbolagets förmåga att under en sådan företagsbesiktning undersöka källkoden får anses mycket begränsad, om ens möjlig. Förvärvet avser inte en traditionell lös egendom, utan något icke förnimbart, som till sin struktur är oerhört svårgranskat. Att köparen ska åläggas hela risken framstår som ohållbart, och frågan är om en företagsbesiktning skulle rendera oskäligt höga kostnader för att helt utesluta förekomsten av öppen källkod. Det framstår inte som en helt otänkbar lösning att säljaren i stället får ge vissa garantier för att upphovsrätten avser en proprietär programvara. Det säljande bolaget bör ha haft större möjlighet att utöva kontroll under datorprogrammets tillkomst, sett till att programmet utvecklades av anställda. Det är vid tidpunkten för skapandet som öppen källkod felaktigt infogats i datorprogrammet.

Huruvida KöpL:s felansvar utgör en ändamålsenlig reglering av förevarande situation, när uttryckligt avtal saknas, ges inte ett tydligt svar. Förekomsten av öppen källkod i proprietär källkod har inte prövats i svensk domstol. Inte heller förarbeten ger en tydlig indikation. Felbedömningen har till viss del problematiserats i doktrin. Det har dock skett i större utsträckning avseende patent och immaterialrätter generellt, än fel i upphovsrätt till datorprogram. Det är teoretiska resonemang som ligger till grund för tillämpligheten. I doktrin ges olika förslag på hur den generella behandlingen av immaterialrätter bör ske, i fråga om felansvaret enligt KöpL. Runesson hänvisar till en bedömning i enlighet med befintligt skick, medan Ramberg hänvisar till avtalet som bedömningsgrund, precis som Bergstedt Sten. Enligt mig utesluter Rambergs slutsats inte att parterna, i händelse av ett bristfälligt avtal, förhindras göra en felbedömning utifrån befintligt skick, i enlighet med Runessons förslag. Trots att Ramberg ifrågasätter Runessons slutsats, framstår deras respektive resonemang inte uppenbart motstridiga. Runesson har dock ägnat frågan en större utredning, vilket kan vara värt att ha i åtanke.



Runesson anför att vid bedömningen utifrån befintligt skick ska hänsyn tas till köparens förväntan på faktisk utnyttjandemöjlighet, rättslig utnyttjandemöjlighet och konkurrensskydd. Det enda som begränsar felansvaret i fråga är om köparen enligt 20 § första stycket KöpL borde ha känt till omständigheten. Här anser jag inte föreligga en ändamålsenlig reglering, sett till att den enda chansen för köparbolaget att vid förvärvet känna till förekomsten av öppen källkod är om överlåtaren upplyst om det. Så som det har framförts torde nämligen en företagsbesiktning sällan innebära en möjlighet för köparbolaget att bedöma risken för intrång på förhand. Det fordrar snarare att säljarbolaget upplyser om det. Avseende risken för fel bör hänsyn, i mitt tycke, även tas till det kommersiella värde som datorprogrammet förväntades ha vid tiden för överlåtelsen.

Att ett tydligt svar inte framgår ens av doktrin, indikerar i min mening att regleringen inte är helt ändamålsenlig. Det vore önskvärt med en domstolsprövning som tydligt kunde redogöra för tillämpningen av KöpL för en situation som här avses, så att eventuella bristfälligheter uppmärksammas och lämnas åt lagstiftaren att åtgärda.

## 7.4 Slutsats

Godtrosförvärv av upphovsrättsligt skyddade datorprogram är inte möjliga i svensk rätt. Köparen har sämst möjlighet av parterna att undersöka källkoden inför förvärvet. En inkråmsöverlåtelse kan troligtvis resultera i sådan distribution att villkoren i GNU GPL aktiveras. De nu uppräknade omständigheterna gör att den situation som föreskrivs i det inledande typexemplet utmärker sig avseende de risker köparen står inför. Förvärvet avser en rättighet som till sin natur kräver ett större hänsynstagande till köparens svårigheter i att på förhand kontrollera huruvida det föreligger ett fel, antingen ett tekniskt sådant eller att det sker ett intrång i tredje mans rätt. Det kan tänkas att en företagsbesiktning inte kan upplysa köparen mer än den information säljaren rimligen borde inneha angående de interna förhållandena.

Det kan i mitt tyckte inte påstås att en lagstiftning egentligen är ändamålsenlig när tillämpningen för den specifika situationen framstår så komplex som den nu gör i förevarande fall. Gällande vad som framgår av doktrin framstår det dock ändamålsenligt att följa den lösning som presenteras av Runesson, när avtalet mellan parterna inte specificerar ett särskilt skick och det ska bedömas huruvida ett faktiskt fel föreligger. Förvisso avser hans förslag överlåtelse av patent. Sett till hans generella formuleringar har resonemangen ändå varit möjliga att till stor del applicera även för upphovsrättsöverlåtelse, med reservation för att försiktighet bör iakttas. När det handlar om ett immaterialrättsligt fel, har det föreslagits att principerna för rådfel skulle kunna tillämpas. Därigenom frångås ett strikt ansvar till förmån för en bedömning av vad säljaren måste antas ha känt till avseende det immaterialrättsliga felet. Jag anser härvid att ett strikt ansvar inte nödvändigtvis bör frångås. Överlåtaren bör visserligen ha svårt att känna till omständigheterna, men för köparbolaget torde det vara nästintill omöjligt att på förhand konstatera ett intrång. Det kan härvid lämnas en filosofisk kommentar som kan påstås vara av det mer rättspolitiska slaget: kanske vore det ändamålsenligt att införa ett krav på bolag om att inventera sitt innehav av immaterialrättsliga tillgångar, så att ett strikt ansvar kan aktualiseras för så svårbedömda situationer som den i förevarande fall.

# Käll- och litteraturförteckning

## Tryckta källor

### Offentligt tryck

#### Utredningsbetänkanden

SOU 1985:51 Delbetänkande 3, *Upphovsrätt och datorteknik*

SOU 2007:47 *Öppen programvara i offentlig sektor*

SOU 2010:24 *Avtalad upphovsrätt*

SOU 2011:32 *En ny upphovsrättslag*

SOU 2017:45 *Ny lag om företagshemligheter*

Ds 2007:29 *Musik och film på Internet – hot eller möjlighet?*

#### Propositioner

Kungl. Maj:ts prop. 1960:17 *till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.; given Stockholms slott den 27 november 1959*

Prop. 1988/89:76 *om ny köplag*

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

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

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

Prop. 2012/13:141 *Förbättrade möjligheter till licensering av upphovsrätt*

## Elektroniska källor

*Avtal 90 version 2014*, utgivet av IT&Telekomföretagen 2014, <<https://www.advania.se/library/Images/Sweden/Dokument/Allm%C3%A4nna-villkor/2017%20-%20Avtal%2090%20version%202014.pdf>>, besökt 2018-02-13.

*Copyleft and the GNU General Public License: A Comprehensive Tutorial and Guide* <[copyleft.org/guide/comprehensive-gpl-guide.pdf](http://copyleft.org/guide/comprehensive-gpl-guide.pdf)> s. 44, besökt 2018-02-10.

*GNU General Public License Version 3, 29 June 2007*, GNU Operating System, <[www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html](http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html)> besökt 2018-02-10.

Griem, John M. Jr, *Against a Sui Generis System of Intellectual Property for Computer Software*, Hofstra Law Review: Vol. 22: Iss. 1, Article 4 (1993), <[scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2510&context=hlr](http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2510&context=hlr)> besökt 2018-03-05.

Hoeren, T., *The first-ever ruling on the legal validity of the GPL – A Critique of the Case*, <[/www.oii.ox.ac.uk/archive/downloads/research/gpl/OI-IFB\\_GPL3\\_20040903.pdf](http://www.oii.ox.ac.uk/archive/downloads/research/gpl/OI-IFB_GPL3_20040903.pdf)> besökt 2018-02-10.

*Internationell utblick: Öppen programvara inom statsförvaltningen*, rapport för regeringskansliet, mars 2016, s. 1 <[joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/news/attachment/ramboll\\_rapport\\_slutversion\\_-\\_internationell\\_utblick\\_oppen\\_programvara\\_31\\_mars\\_2016\\_pdf.pdf](http://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/news/attachment/ramboll_rapport_slutversion_-_internationell_utblick_oppen_programvara_31_mars_2016_pdf.pdf)> besökt 2018-02-20.

Kahn, Johan & Dicksved, Emil, *Öppen programvara – framgångsrik licensmodell med risker*, Pointlex, Legala Affärer nr 8 2007, <[delphi.se/\\$-1/file/artiklar/aldre/071220oppenprogramvara.pdf](http://delphi.se/$-1/file/artiklar/aldre/071220oppenprogramvara.pdf)>, besökt 2017-11-28.

Sevenius, R., *Är det rätt att göra due diligence?*, Balans nr 5 2002, s. 1 <[media.sevenius.se/2013/12/Balans-nr-5.pdf](http://media.sevenius.se/2013/12/Balans-nr-5.pdf)> besökt 2018-02-15.

*The Open Source Definition*, Open Source Initiative <[opensource.org/osd](http://opensource.org/osd)> besökt 2018-02-03.

*Top Open Source Licenses*, Black Duck Software, 2 januari 2017 <[www.blackducksoftware.com/top-open-source-licenses](http://www.blackducksoftware.com/top-open-source-licenses)> besökt 2018-02-14.

## Litteratur

### Böcker

Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Fjortonde upplagan, Elanders Sverige AB, Stockholm, 2017.

Forssman, Magnus, *Företagsöverlåtelser: en introduktion till den legala processen*, Andra upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, s. 21–45 i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Ledendal, Jonas, *Copyright protection of software under the TRIPS Agreement: software reengineering and reverse engineering in the context of international trade law*, Department of Business Law, School of Economics and Management, Lund University, Diss. Lund : Lunds universitet, 2010, Lund, 2010.

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönster- rätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*, Elfte upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Lindberg, Agne, Kahn, Johan & Krouthén, Björn, *IT-avtal - särskilt om outsourcing: en praktisk handledning*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2009.

Lindberg, Agne & Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, 3., [omarb. och utök.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2001.

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, 3. uppl., Gleerups utbildning, Malmö, 2015.

Olsson, Henry, *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 9., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Perméus, Anders & Lindberg, Daniel, *IT-avtal: en kommentar till IT-branschens standardavtal*, Jure, Stockholm, 2013.

Raymond, Eric S., *Katedralen och basaren: en oavsiktlig revolutionärs tankar kring Linux och öppen källkod*, Nya Doxa, Nora, 2001.

Rosén, Jan, *Förlagsrätt: rättsfrågor vid förlagsavtal*, Juristförl., Diss. Stockholm : Univ., Stockholm, 1989.

Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal: regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt fotografers avtal*, 3., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2006.

Runesson, Eric M., *Immaterialrättsliga fel*, s. 625-656 i Gorton, Lars (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, 1. uppl., Carlsson Law Network, Stockholm, 1999.

Runesson, Eric M., *Licens till patent och företagshemligheter i avtals- och kontraktsrätten*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Seipel, Peter, *Juridik och IT: introduktion till rättsinformatiken*, 8., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2004.

Sevenius, Robert, *Due diligence: besiktning av företag*, 1. uppl., Sanoma Utbildning, Stockholm, 2013.

Sevenius, Robert, *Företagsförvärv: en introduktion*, 2., [rev.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011.

Valentin Rehncrona, Pia, *Immaterialrättens grunder*, Fjärde upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2017.

Wolk, Sanna, *Datorprogramalster i upphovsrätten: skyddet för datorprogram, datorspel, bildskärmsuttryck, design, filformat och algoritmer, m.m.*, 1. uppl., Iustus, Uppsala, 2016.

#### Artiklar

Axhamn, Johan, *EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande*, Nordiskt Immaterialt Rättskydd 4/2010 s. 339–353.

Bender, Hanne, *Kvalifikation af edb-programrettigheder*, Nordiskt Immaterialt Rättskydd 1/1999 s. 17–36.

Bengtsson, Henrik, *Rätten till beställt verk i ljuset av nya domstolsavgöranden*, Ny Juridik 4:05 s. 31–53.

Bergstedt Sten, Viveca, *Felbegreppet vid leverans av programvara*, Svensk Juristtidning 1997 s. 222–238.

Folker, Emil Paldam, *Open source-licenser i ophavsretlig belysning*, Nordiskt Immateriellt Rättskydd 2/2005 s. 165–192.

Hellner, Jan, *Argumentation de lege ferenda* i Svensk Juristtidning 1975 s. 401–420.

Hietanen, Herkko, *Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses*, Nordiskt Immateriellt Rättskydd 6/2007, s. 517–535.

Honkasalo, Pessi, *Kan man äga ett datorprogram?*, Nordiskt Immateriellt Rättskydd 4/2011 s. 391–397, s. 397.

Hübner, Risto, *From Proprietary Software to Open Source. Legal Challenges with Mixing the Code*, Nordiskt Immateriellt Rättskydd 5/2014, s. 450–479.

Hultmark, Christina, *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, Juridisk Tidskrift nr 4 1993/1994 s. 687–701.

Jerner, Magdalena, *Licensering av programvara ur ett konkurrensrättsligt perspektiv*, Nordiskt Immateriellt Rättskydd 1/1999, s. 189–208.

Johansson, Anders, *Undersökningsplikt vid aktieförvärv, Frågor beträffande köplagens tillämpning vid förvärv av aktieförvärv*, Svensk Juristtidning 1990 s. 81–111.

Lindqvist, Thomas & Ståhl, Fredrik, *Outsourcing av IT-tjänster ur ett övertagandeperspektiv*, Juridisk Tidskrift nr 3 2003/04, s. 546–570.

Munck, Johan, *Rättskällor förr och nu*, Juridisk Publikation, jubileumsnummer 2014, s. 199–208.



Nordell, Per Jonas, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, Nordiskt Immaterialt Rättsskydd 4/2008 s. 307–338

Nordell, Per Jonas, *Verkshöjd eller originalitet?*, Juridisk Tidskrift nr 1 2016/17 s. 172–179.

Pawlo, Mikael, *Något om fri programvara och öppen källkod – nya licensstyper för datorprogram*, Nordiskt Immaterialt Rättsskydd 4/2002 s. 380–395.

Rosén, Jan, *Enskilt bruk och avtal om utnyttjande av datorprogram*, NIR 4/1990 s. 539–559.

Rosén, Jan, *Immaterialrätten i informationssamhället. North-South, Open Source och Creative Commons – en vägande kritik mot ensamrätten?*, Nordiskt Immaterialt Rättsskydd 1/2006 s. 2–22.

### Övrigt

Källström, Linda – *Fel i rättighet till datorprogram – en utredning av upphovsmannens ansvar för immaterialrättsligt fel vid överlåtelse av upphovsrätt*, examensarbete på juristprogrammet vid Lunds universitet, 2014.

Olofsson, Jessica, *Upphovsrättsliga aspekter på licenser för fri programvara och öppen källkod – en analys av tillämpligheten i svensk rätt*, Institutet för Rättsinformatik, IRI-rapport 2003:1.

Wessberg Clason, Christopher – *Immaterialrättsliga fel – En studie av säljares och köparens inbördes förhållande när avtalsenlig användning av ett överlåtelseobjekt hindras av en immateriell rättighet*, examensarbete på juristprogrammet vid Lunds universitet, 2014.

#### Lagkommentarer

Adamsson, Peter, *Lagarna inom immaterialrätten: kommentarer till lagstiftning rörande upphovsrätt, patent, växtförädlarrätt, mönster, firma, varumärken m.m. som den lyder den 1 januari 2008*, Norstedts juridik, Stockholm, 2008, kommentaren till 1 § URL under rubriken ”Verksbegreppet” [hämtad 2017-12-04 zeteo.wolterskluwer.se].

Munukka, Jori, Köplag (1990:931) 1 §, Karnov 2017-01-01.

Munukka, Jori, Köplag (1990:931) 41 §, Karnov 2017-01-01.

# Rättsfallsförteckning

## *Sverige*

### Högsta domstolen

NJA 1976 s. 341.

NJA 2015 s. 1097.

HD mål nr T 1451–17, *Skogssällskapet*, dom 2017-12-29.

### Hovrätten

Hovrätten över Skåne och Blekinge mål nr T 197-92, dom 1993-04-14.

Svea hovrätt mål nr T 820-02, *ALIS* ./ *Svenska Dagbladet*, dom 2002-12-10.

Svea hovrätt mål nr T 1958-03, dom 2004-04-08.

## *Europeiska unionen*

### EU-domstolen

C-5/08 *Infopaq International A/S mot Danske Dagbladets Forening*,  
EU:C:2009:465.

C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany mot  
Ministerstvo kultury*, EU:C:2010:816.

C-406/10 *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd*, EU:C:2012:259.

C-128/11 *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp*, EU:C:2012:407.

### Tribunalen

T-19/07 *Systran och Systran Luxembourg mot Europeiska kommissionen*  
EU:T:2010:526.

## *Tyskland*

District Court of Munich, case 21 O 6123/04 *Welte v. Sitecom Deutschland  
GmbH*, 19 May 2004, tillgänglig på engelska <[www.jbb.de/fileadmin/download/judgment\\_dc\\_munich\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/fileadmin/download/judgment_dc_munich_gpl.pdf)> besökt 2018-02-10.