



**Handelshögskolan**  
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

**JURIDISKA INSTITUTIONEN**

# Skyddandet av datorprogram genom patent och upphovsrätt- En jämförelse mellan medlemsstaterna i den Europeiska Unionen och USA med fokus på situationen inom den Europeiska Unionen

Tillämpade studier 20 poäng  
Juridiska Institutionen  
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet  
VT 2005  
Handledare: Ulf Petrusson

Författare: Claudia Bäckström 781114

# Innehållsförteckning

1.1	Introduktion.....	5
1.2	Syfte.....	6
1.3	Metod.....	7
1.4	Avgränsning.....	8
	IMMATERIALRÄTTEN.....	8
2.1	Introduktion till immaterialrätten.....	8
2.2	Immaterialrätten som äganderätt.....	9
2.2	Den samhälleliga funktionen av immaterialrätten.....	10
3.1	Introduktion till upphovsrätten.....	12
3.2	Introduktion till patent.....	13
4.1	Internationella samarbeten inom immaterialrätten.....	13
4.1.1	Bernkonventionen.....	14
4.1.2	WIPO Copyright Treaty.....	14
4.1.3	TRIPS.....	14
4.1.4	Pariskonventionen.....	15
4.1.5	Patent Cooperation Treaty.....	15
4.2	Slutsats av de internationella samarbetenas omfång och effekt.....	16
5.1	Industrin för datorprogram.....	16
5.2	Rörelsen för open source code.....	17
6.1	Vad är ett datorprogram?.....	18
6.2	En kort förklaring till kompilation och dekompilation.....	20
6.3	Vikten av utformningen av skyddet för datorprogram.....	20
7.1	Lagstiftningen inom USA.....	20
7.2	Lagstiftningen inom den Europeiska Unionen.....	21
	UPPHOVSRÄTTEN.....	22
8.1	Allmänt om upphovsrätten.....	22
8.2	Upphovsrättsligt skydd för datorprogram.....	24
8.3	Det amerikanska skyddet för upphovsrätten.....	25
8.3.1	Registrering av verken.....	26
8.3.2	Rättigheterna för innehavaren av upphovsrätten i USA.....	27
8.4	Upphovsrättsskyddet för datorprogram i USA.....	27

8.4.1 Undantag från ensamrätten.....	32
8.4.2 Slutsatsen av omfattning av upphovsrättsskyddet.....	33
8.5 Upphovsrättsskyddet inom EU.....	34
8.6 Upphovsrättsskyddet för datorprogram inom EU.....	35
8.6.1 Rättigheterna för innehavaren av upphovsrätten inom EU.....	36
8.6.2 Undantag från ensamrätten inom den Europeiska Unionen .....	37
8.7 En jämförelse mellan upphovsrätten inom den EU och USA.....	38
PATENTRÄTTEN .....	39
9.1 Allmänt om patenträtten.....	39
9.2 Patenträtten i USA.....	40
9.2.1 Kriterier för patenterbarhet.....	40
9.2.2 Patenterbarhet av datorprogram i USA .....	41
9.3 Patenträtten i EU.....	44
9.3.1. European Patent Convention (EPC).....	44
9.3.2. Community Patent Convention (CPC).....	46
9.3.3. Kriterier för patenterbarhet under European Patent Convention.....	46
9.4 Vilket skydd ger patentet i EU?.....	47
9.4.1 Praxis för patenterbarhet av datorprogram från EPO:s besvärskammare.....	48
9.4.2 Patenterbarhet av datorprogram enligt EPO.....	51
10.1 En jämförelse mellan skyddet genom patent och upphovsrätt.....	52
10.2 Hur påverkar patenterbarheten industrin? .....	53
10.3 Skillnaden skyddet för datorprogram mellan EU och USA .....	54
10.4 Rättsliga skillnader avseende patenterbarhet av datorprogram .....	56
10.5 Valet av lösningsmodell för patenterbarhet i USA.....	57
11.1 Hur fungerar det nuvarande skyddet av datorprogram inom EU? .....	58
11.2 Anpassningen av skyddet av datorprogram genom patent i EU.....	58
11.3 Hur påverkar förslaget om patenterbarhet industrin?.....	61
11.4 Hur borde skyddet för datorprogram se ut? .....	62
11.5 Behovet av ny lagstiftning inom den Europeiska Unionen .....	63
12 Sammanfattning.....	65
13 Slutsats.....	66
Källförteckning .....	68
Lagstiftning .....	68
Amerikanska rättsfall .....	69
Avgöranden från EPO:s Besvärskammare .....	69
Doktrin .....	70

Artiklar .....	72
Databaser och hemsidor .....	73
Övriga källor .....	73
Bilaga 1: Förkortningar .....	75

## 1.1 Introduktion

Den tekniska utvecklingen har under det senaste seklet inneburit stora framsteg. Jämför man den utvecklingen som vi har idag med den som skedde när immaterialrätterna introducerades i det juridiska systemet ser man att den tekniska utvecklingen idag har ett helt annat inflytande på samhället. Den snabba utvecklingen har därför också medfört stora svårigheter med att skapa ett väl avvägt och balanserat system för skyddet av idéerna bakom utvecklingen, det vill säga immaterialrätterna. Det är därför en relevant fråga att ställa sig huruvida det nuvarande systemet för immaterialrätter är tillräckligt anpassat till dagens situation.

På grund av det alltmer globaliserade samhället där kommersiella transaktioner ofta sker över landsgränser har man på senare tid insett de komplikationer som de skilda reglerna mellan de olika nationella lagstiftningarna medför för handel och immaterialrätt. Ett flertal olika internationella konventioner har därför ingåtts för att likforma skyddet för immaterialrätterna, underlätta för internationell handel och skapa bättre förutsättningar för multinationella bolag. Äldre konventioner har även anpassats för att omfatta den nya tekniken. Trots alla internationella samarbeten och det gemensamma regelverk som utgör grunden för flera nationers skydd av immaterialrätt så är det inga länder utanför EU som har ett likadant regelverk och även inom EU finns det flertalet skillnader mellan de olika nationerna.<sup>1</sup>

Datorprogram är en relativt ny företeelse som man har valt att skydda genom de gamla rättsliga strukturerna som funnits innan dagens digitala teknik hade utvecklats. Internationellt är man ense om att datorprogram skall kunna skyddas av upphovsrätten, som från början var avsett som ett skydd för konstnärliga skapelser, som till exempel litterära verk. Trots att man nu är ense om datorprogram skall falla in under upphovsrätten finns det en mängd olika avvikelser i skyddet av datorprogrammen mellan jurisdiktionerna. En mängd olika svårigheter finns även inom de olika jurisdiktionernas nationella lagar och rättsläget kan dessutom sägas vara osäkert avseende vilket sorts skydd man kan få för datorprogram inom EU.

Att det finns en förutsebarhet av rättsläget är dock extremt viktigt. Detta eftersom de juridiska strukturerna sätter upp spelreglerna för marknaden och förutsebara regler utgör en förutsättning för en fungerande och konkurrenskraftig industri.

---

<sup>1</sup> Maskus, sidan 3

Utvecklandet av programvara är ett område som till följd av den samhälleliga utvecklingen har vuxit och man beräknar även att det kommer att beredas fler arbetstillfällen inom utvecklandet av mjukvara i framtiden.<sup>2</sup>

Datorprogrammen utgör idag en viktig komponent i den globala ekonomin. De flesta företagen är beroende av datorprogram i någon form för att kunna utföra de dagliga rutinerna och sköta produktionen av gods. Ekonomiska transaktioner i det globala samhället sker dessutom i dagen samhälle digitalt. Datorer och datorkunskap har en starkare roll än någonsin tidigare och lägger grunden för den ”nya ekonomin”. Följaktligen ligger stora ekonomiska värden idag i användandet av datorer när det gäller de produkter som finns på marknaden. Bakom detta ligger mjukvaran, det vill säga de datorprogram som gör detta möjligt.

Utformningen av skyddet av datorprogrammen har därför en stor inverkan på hur företagen väljer att agera för att skydda datorprogrammen de utvecklar. Det digitala samhället har gjort datorprogrammen lättillgängliga. Detta innebär att kostnaden för att kopiera ett datorprogram är väldigt låg. Undersökningar visar dessutom att en stor del av de datorprogram som finns hos slutanvändare har kopierats utan tillstånd från rättighetsinnehavaren.<sup>3</sup> Detta visar att industrin för mjukvara har haft en inkomstförlust som troligtvis beror på imperfektioner i det nuvarande systemet.

## 1.2 Syfte

Datorprogram är relativt sett en ny företeelse som har kommit att få en stor ekonomisk inverkan. Syftet med den här uppsatsen är framför allt att klargöra hur skyddet för datorprogram ser ut inom den Europeiska Unionen ur ett teoretiskt perspektiv. Genom en jämförelse med det amerikanska systemet kommer en analys att göras angående hur det skydd man beviljar står sig konkurrensmässigt internationellt samt om det finns någon internationell konsensus vad avser skyddet av datorprogram. Omfattningen av det skydd man beviljar inom EU, jämfört med de övriga jurisdiktionerna, påverkar dessutom de europeiska företagens möjligheter både på den europeiska och internationella marknaden.

---

<sup>2</sup> 2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar, sidan 2

<sup>3</sup> Enligt Forrest skulle 30% av de datorprogram som finns hos slutanvändare ha laddats ner på ett otillåtet sätt.

Både skyddet av mjukvara genom upphovsrätt och patent kommer att göras för att belysa de skillnader och likheter som de olika systemen har. Att USA är utvalt som motvikt i analysen beror på att utvecklingen i USA generellt är en av de ledande nationerna när det gäller teknisk utveckling. Den amerikanska lagstiftningen är dessutom känd för att skapa starka strukturer för att underlätta företagande och teknisk innovation.

Jag har därför för avsikt att se hur man i de olika jurisdiktionerna valt att skydda datorprogram och vilka orsaker som kan tänkas ligga bakom det alternativ man har valt samt vilka konsekvenser de skillnaderna för på skyddet av datorprogrammen.

Ytterligare ett syfte med uppsatsen är att utreda huruvida den europeiska immaterialrätten verkligen är harmoniserad och om den verkligen kan bli harmoniserad med det regelverk och system som finns inom den Europeiska Unionen idag.

Eftersom det hittills endast är upphovsrätten för datorprogram som man har lagstiftad om på gemensam europeisk nivå kommer analysen av patent att göras med utgångspunkt från det europeiska samarbetet, European Patent Convention (EPC), som de flesta medlemsstaterna deltar i.<sup>4</sup>

### 1.3 Metod

Uppsatsen kommer att ha sitt ursprung i litteraturstudier. En analys av lagar, doktrin, rättsfall samt artiklar kommer att ligga till grund för uppsatsen. En jämförelse mellan lagstiftningen i USA och Europa kommer att göras framför allt genom rättsfall och lagstiftning.

För att kunna klargöra positionen inom den Europeiska Unionen vad avser skyddet av datorprogrammen kommer även det liggande lagförslaget, ”2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar”, att diskuteras för att se vilka förändringar det skulle innebära jämfört med den nuvarande lagstiftningen samt vilka effekter den skulle kunna ge juridiskt och ekonomiskt. En jämförelse kommer även att göras mot amerikansk rätt vad avser

---

<sup>4</sup> De medlemsstater som är med i EU men inte anslutna till EPO är Litauen, Slovenien och Malta.

skyddet som där ges för datorprogram, och vilka skillnader som föreligger i skyddet och varför man har valt den lösningen samt konsekvenserna därav.

## 1.4 Avgränsning

Skyddandet av datorprogram är ett ämne av stor ekonomisk vikt. Många olika frågor är relevanta angående skyddet av datorprogram men jag har valt att fokusera endast på det upphovsrättsliga och patenträttsliga skyddet av datorprogram. Skydd av datorprogram genom tillämpande av affärshemligheter kommer därför inte att behandlas i den här uppsatsen. Eftersom uppsatsen har till syfte att göra en jämförelse mellan det amerikanska och europeiska skyddet av datorprogram kommer varken problematiken om licensavtal gentemot konsumenter eller privat kopiering av datorprogram att tas upp. Uppsatsen kommer inte heller att beröra hur det immaterialrättsliga skyddet påverkar privatpersoners möjligheter att utveckla datorprogram eller open source som strategi. Påföljder av intrång i de olika immaterialrätterna kommer inte heller att behandlas.

# IMMATERIALRÄTTEN

## 2.1 Introduktion till immaterialrätten

I dagens ”digitala ekonomi” har produktionen av fysiska produkter kommit att spela en mindre roll jämfört med tidigare. Mer och mer av den fysiska produktionen flyttas till länder där kostnaderna för produktionen och arbetskraften är lägre och det talas om att kunskap och utbildning är viktigt för att ett land skall ha en spetskompetens och kunna konkurrera internationellt.<sup>5</sup> Stora summor investeras följaktligen i forskning och utveckling för att göra förbättringar, hitta nya lösningar och vara konkurrenskraftiga internationellt. På grund av denna förändring i den ”ekonomiska strukturen” har skyddet av immaterialrätten kommit att bli allt viktigare. Handeln idag har dessutom en ytterst internationell karaktär, vilket gör att

---

<sup>5</sup> Agenda 2010, Deutschland bewegt sich, Aktualisierte Neuauflage 2004, sidan 19 och 26



landgränserna i stort sett är utsuddade. Olika länder har dock olika syn på immaterialrätterna och beviljar följaktligen olika starkt skydd. Medan länder som Storbritannien, USA och Japan har ett starkt skydd av immaterialrätter har ”utvecklingsländer” som Kina och Thailand ett betydligt svagare skydd.<sup>6</sup> Denna skillnad i det immaterialrättsliga skyddet är någonting som innebär en underliggande ”konflikt” som kan innebära stora ekonomiska bortfall för innehavare av immaterialrätter i den globala ekonomin. På grund av internationell handel försöker man därför att sätta upp samarbeten som skall harmonisera även den globala immaterialrätten.

## 2.2 Immaterialrätten som äganderätt

Äganderätten är ett av de centrala begreppen inom juridiken och behandlar relationen mellan individer och objekt. Äganderätten definieras som ”en fri förfoganderätt och en rättighet enligt lagstiftning”<sup>7</sup>, men det saknas i lagstiftningen en klar definition om vad äganderätten innebär. Genom äganderätten får ägaren en mängd positiva och negativa rättigheter. De positiva rättigheterna innebär rätten att själv förfoga över objektet, medan de negativa rättigheterna innebär rätten att hindra andra från att nyttja eller förfoga över objektet som äganderätten omfattar. Det kan dock finnas en mängd olika regler inskränkningar från att förfoga över och nyttja föremålet med äganderätt.<sup>8</sup>

När det gäller äganderätten till en immaterialrätt måste en skillnad göras mellan det konkreta och det abstrakta föremålet. Det konkreta föremålet är det fysiska föremålet i sig medan det abstrakta föremålet är den tekniska lösningen eller idén bakom föremålet. Det abstrakta föremålet är en konsekvens av det intellektuella arbetet som lagts ned. Ett exempel på ett abstrakt föremål är ett recept som ligger bakom ett läkemedel. Skaparen av objektet äger därför den tekniska lösningen eller den ”kreativa lösningen” som ligger bakom själva objektet, vilket gör att äganderätten tekniskt sett blir mer omfattande än om den endast hade avsett själva objektet i sig.

---

<sup>6</sup> Maskus, sidan 98

<sup>7</sup> Nordstedts Svenska Ordbok

<sup>8</sup> Exempel på lagstiftning som förhindrar fri förfoganderätt trots äganderätt är lagar om hantering av olika typer av vapen som reglerar hantering och förvaring. Där sker tydligt en avvägning gentemot samhällets intressen.

Immaterialrätten behandlar alltså äganderätten till det abstrakta föremålet och reglerar bland annat nyttjandet, produktionen och den kommersiella försäljningen av det abstrakta objektet. Framställandet av det fysiska föremålet är därför som konsekvens en rättighet som faller in under immaterialrätten och tillhör ägaren av ensamrätten. Följaktligen kan en person ha äganderätten till det fysiska föremålet medan en annan person innehar immaterialrätten till samma produkt. Vad själva immaterialrätten omfattar är beroende på flera olika faktorer och det kan därför vara svårt att avgöra när ett intrång i någon annans immaterialrätt faktiskt föreligger.

## 2.2 Den samhällseliga funktionen av immaterialrätten

Immaterialrätten anses vara en typ av äganderätt. Den juridiska konstruktionen immaterialrätt har skapats för att balansera ett flertal olika intressen och på så sätt skapa bästa möjliga effekt för samhället. Bakom äganderätten och immaterialrätten ligger därför flertalet rent samhällseliga avgöranden och bedömningar.

I alla samhällen sker en avvägning mellan individens och det kollektivs intressen. Detta eftersom dessa två, speciellt när det gäller äganderätten, ibland kan stå i konflikt med varandra. Om man ser till den individuella skaparen av ett objekt är denne generellt sett intresserad av få en ensamrätt till det objekt denne skapar. Samhället å andra sidan är som kollektiv intresserad av att få del av den positiva effekt som skaparen tillför utvecklingen genom objektet, som till exempel en ny metod att tillverka någonting. För att individen skall ha ett incitament till att dela med sig av det han har skapat beviljar man därför ett tidsbegränsat monopol på skapelsen. Monopolet gäller rent generellt för den kommersiella delen av en produkt.<sup>9</sup>

När det gäller datorprogram är det ett objekt som är lätt att mångfaldiga till en väldigt låg kostnad i dagens samhälle och kommersialiseringen av dessa är därför starkt beroende av ett väl fungerande skydd. Utan detta skydd skulle det vara svårt för utvecklaren att utnyttja och kommersialisera de produkter man skapar. När det gäller datorprogram är man framför allt

intresserad av att tillverka, använda och försälja mjukvaran samt även att hindra andra från att nyttja funktionen som ligger bakom datorprogrammet.

För att immaterialrätten skall vara ett fungerande rättsområde med ”sunda” effekter inom samhället krävs det att man har gjort en väl avvägd bedömning mellan individens och samhällets intressen. För att det skall fungera krävs det att industrin får ett tillräckligt starkt skydd för att kunna göra vinster på de investeringar man har gjort, men ändå inte så starkt skydd att de får en monopolställning på marknaden eller hindrar andra företag från att utveckla egna produkter på grund av ett alltför brett skydd av produkten. Ett alltför brett skydd kan dessutom stoppa upp utvecklingen inom vissa områden och ge ett företag en alltför stark monopolposition.

Mot detta står industrins intresse av att göra så stor vinst som möjligt på sina investeringar och utvecklade produkter på den monopolrätt man får enligt lag. Följaktligen strävar man därför generellt efter att få ett så starkt och omfångsrikt skydd som möjligt för sina produkter. För att företag skall vara beredda på att investera i forskning och utveckling så krävs det att det skall finnas en möjlighet för dem att kunna tjäna in pengarna senare. För att företagen skall vara villiga att investera stora summor i utveckling krävs det därför en förutsebarhet av själva systemet för att de skall kunna veta att de kan få avkastning.

För att det inte skall bli ett alltför starkt skydd av immaterialrätten finns det enligt olika jurisdiktioner en mängd undantag från ensamrätten. Dock uppkommer vissa problem med den nationella rättens skydd av immaterialrätten på grund av globaliseringen av marknaden för datorprogram. De olika jurisdiktionerna har dessutom olika syn på vad som skall anses vara skyddsvärt inom immaterialrätten samt vilka effekter som är godtagbara för den samhälleliga nivån. Trots allt har monopolet en inverkan på marknaden och dess utformning av olika produkter.

Flertalet olika aspekter måste alltså beaktas när man avväger hur regleringen av skyddet av datorprogram bör vara reglerat. Datorprogram är lätta att kopiera och det skulle inte vara lönt för företagen att utveckla nya datorprogram om det inte fanns tillräckligt skydd. Är skydden

---

<sup>9</sup> Skyddet för olika typer av upphovsrätter har den senaste tiden kommit att utökas till att även omfatta regleringar av det privata användandet av vissa typer av upphovsrätter. Detta eftersom man upptäckt att exempelvis nedladdning av musik och datorprogram har gett en direkt effekt på marknaden.

för breda hindrar det andra produktutvecklare från att tillverka konkurrerande produkter, vilket skulle kunna få till följd att slutprodukten skulle kunna bli väldigt dyr för slutkonsumenten. Det är därför viktigt att skyddet för datorprogrammen är balanserade efter de olika bakomliggande intressenternas behov.

### 3.1 Introduktion till upphovsrätten

Upphovsrätten är ett av de tidigare immaterialrättsliga skydden och gav ursprungligen skydd endast för verk såsom konst och litteratur. Den första "copyrighten" beviljades 1556 i Storbritannien i nära anslutning till införandet av tryckpressar i landet.<sup>10</sup> I det fallet beviljades tryckarna, och inte författarna till verket, rättigheten att mångfaldiga och försälja böckerna. Först år 1710 kom detta att ändras när parlamentet beslöt att det var författarna som skulle inneha rättigheterna för en period om 14 år.<sup>11</sup> I Frankrike däremot ansåg man att det fanns någonting som hette "moral rights". Dessa "moral rights" innebar ett skydd för skaparen av ett konstnärligt verk vad avsåg rätten att vara verkets erkände skapare.<sup>12</sup>

Genom att ge skaparen upphovsrätten till sina konstnärliga verk erkände man att det fanns en äganderätt till inte bara själva verket utan även själva idén till det vilket innebar att verket inte fick kopieras. Upphovsrätten skyddar verket från plagiering och kopiering, men vissa nationer erkänner även att upphovsmannen har en "moral right", dvs. en rätt att bli erkänd som verkets upphovsman.

På senare tid har området för vilka verk som kan falla in under upphovsrättens skydd ökat väsentligt. Detta beror delvis på att den tekniska utvecklingen har skapat många fler områden av "teknik" och har också inneburit att upphovsrätten har kommit att spela en större roll när det gäller skyddet av ekonomiska värden i samhället.

Upphovsrätten uppkommer redan då verket skapas. För att ett verk skall skyddas krävs alltså inte någon form av registrering eller deponering av verket. Detta kan dock leda till svårigheter angående bevisning och omfång av upphovsrätten.

---

<sup>10</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 345

<sup>11</sup> ibid, sidan 346

## 3.2 Introduktion till patent

Ett patent är ett tidsbegränsat och territoriellt begränsad ensamrätt på en uppfinning.<sup>13</sup> Ensamrätten innebär att rättighetsinnehavaren under skyddstiden kan hindra andra från att utnyttja den tekniska lösningen bakom patentet.

För att ett patent skall uppkomma krävs det att en ansökan görs till en patentmyndighet som har befogenhet att utdela monopol inom jurisdiktionen. Ansökan skall innehålla en beskrivning av uppfinningen och man skall i ansökan göra ett anspråk på vad ensamrätten skall omfatta. För att den nationella patentmyndigheten skall godkänna patentansökan måste en mängd olika patenterbarhetskrav vara uppfyllda. I och med ansökan blir innehållet i patentet offentligtgjort och ensamrätten gäller under den tid som nationell lag föreskriver.

Ett patent som ger en ensamrätt kan inbringa stora summor pengar, inte bara genom direkt produktion utan även genom licensavgifter för att andra bolag skall få lov att utnyttja uppfinningen kommersiellt. Ett patent kan även blockera vägen för andra företags innovationer och på den vägen medföra en konkurrensfördel.

Eftersom patenträtten endast gäller inom den egna jurisdiktioner finns det internationella samarbeten för att underlätta förfarandet för att tilldelas patent. Genom dessa samarbeten kan man ansöka om patent inom flera jurisdiktioner istället för att själv vända sig till den nationella patentmyndigheten i varje land.

## 4.1 Internationella samarbeten inom immaterialrätten

På den internationella arenan förekommer flertalet samarbeten när det gäller immaterialrätten. Flertalet intresseorganisationer finns som eftersträvar en enhetlig global immaterialrätt.

Olika internationella organisationer, som exempelvis WIPO, arbetar för att förbättra klimatet för immaterialrätt och hjälpa till att utveckla balanserade lagar.<sup>14</sup> Några av de viktigaste

---

<sup>12</sup> ibid, sidan 346

<sup>13</sup> PL 1 och 2§§

konventionerna för det upphovsrättsliga och patenträttsliga skyddet av datorprogram kommer att presenteras nedan.

#### 4.1.1 Bernkonventionen

Flertalet olika internationella samarbeten har ingåtts inom området för immaterialrätt.

Redan 1886 påbörjades det internationella samarbetet då ett flertal länder enades om ett skydd för litterära och konstnärliga verk genom Bernkonventionen. Denna konvention satte miniminivån för det upphovsrättsliga skyddet och hindrade diskriminering mellan medlemsstaterna inom upphovsrätten Bernkonventionen kom dock att omförhandlas men med tidens gång och de tekniska utvecklingarna blev det svårt att omförhandla konventionen och under 1970-talet började detta också att påverka världshandeln.

#### 4.1.2 WIPO Copyright Treaty

Eftersom man inom samarbetet för Bernkonventionen hade svårt att hitta en lösning skyddet av den nya tekniken var vid omförhandlingen av de andra internationella konventionerna immaterialrätten ett område som var viktigt att behandla. 1996 kunde staterna som var anslutna till Bernkonventionen enas om ett ”tilläggsprotokoll” till Bernkonventionen, nämligen WCT, som anpassade vissa av bestämmelserna i konventionen till den nya digitala tekniken. WCT fastslog att datorprogram och databaser skulle skyddas av upphovsrätten. WCT trädde i kraft 6.3.2002.<sup>15</sup>

#### 4.1.3 TRIPS

Även genom WTO sker idag ett internationellt samarbete inom immaterialrätten för att underlätta världshandeln. TRIPS är en internationell konvention under WTO som man enades om så sent som 1994. TRIPS har till syfte att sätta upp ett regelverk som hanterar problemen

---

<sup>14</sup> Detta enligt de strategiska mål som sätts upp av WIPO på deras hemsida: [www.wipo.org](http://www.wipo.org). Även artikel 3 WIPO convention tar delvis upp detta men nämner då endast ”promote protection of IP” istället för ett balanserat skydd.

<sup>15</sup> För mer information se <http://www.wipo.int/treaties/en/general/>

med immaterialrätt inom den internationella handeln. Avtalet sätter upp en miniminivå för skydd av immaterialrätter som skall implementeras i nationell rätt för att harmonisera lagstiftningen i de olika medlemsstaterna.<sup>16</sup> Flera olika principer fastställs också genom TRIPS. Medborgare från länder som är anslutna till TRIPS skall enligt principen om ”nationell behandling” behandlas minst lika fördelaktigt som en medborgare i landet i fråga.<sup>17</sup> I TRIPS artikel 10 fastslås även att datorprogram skall skyddas genom upphovsrätt i enlighet med Bernkonventionen. Genom detta utesluts dock inte att man genom nationell rätt skulle kunna skydda datorprogram även genom patent.

#### 4.1.4 Pariskonventionen

Pariskonventionen omfattar samarbete bland annat inom området för patent och startades under 1970-talet.<sup>18</sup> Konventionen sätter bland annat upp minimikrav för omfånget av patentets skydd inom medlemsstaterna och fastslår att en patentansökan i ett land inte påverkar nyhetskravet som ställs i de andra länderna där patentansökan lämnas in.<sup>19</sup>

#### 4.1.5 Patent Cooperation Treaty

Även Patent Cooperation Treaty (PCT) är en konvention som de flesta industrialiserade länderna har ratificerat. PCT innebär ett samarbete under WIPO inom området för patenträtt och har till syfte att underlätta förfarandet att skaffa patent som är giltiga inom flera olika jurisdiktioner. Samarbetet innebär att medborgare eller bosatta i ett land som är anslutet till PCT genom en internationell ansökan skall få ett patent som är giltigt i flertalet länder. I patentansökan designeras då de länder som man vill att patentet skall vara giltigt i. En prövning av uppfyllelsen av nyhetskravet görs av en myndighet och resultatet publiceras av WIPO och kan tjäna som underlag för vidare behandling.<sup>20</sup> Sökanden får också en viss tid på sig att bestämma om man verkligen vill ha patent i alla de länder man har designerat och har

---

<sup>16</sup> Artikel 1.1 TRIPS

<sup>17</sup> Artikel 3 TRIPS

<sup>18</sup> Koktvedgaard och Levin, sidan 43

<sup>19</sup> [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs\\_wo020.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html)

<sup>20</sup> För mer information om förfarande för ansökan till PCT se [http://www.prv.se/patent/patentskydd\\_andralander.html](http://www.prv.se/patent/patentskydd_andralander.html)

en möjlighet att stryka några, vilket eventuellt kan sänka kostnaderna för patentet i sig.<sup>21</sup> Efter att resultaten av utlåtandet från den internationella myndigheten görs genom WIPO sker granskningen av ansökan av de nationella patentmyndigheterna som gör en granskning av patenterbarheten enligt nationell lag i de länder som fortfarande är designerade.<sup>22</sup> När ansökan har beviljats får PCT-patentet effekt i de designerade länderna såsom ett vanligt nationellt patent.<sup>23</sup>

## 4.2 Slutsats av de internationella samarbetenas omfång och effekt

Immaterialrätten ett område av den internationella rätten som är väl reglerat. Upphovsrättsskydd kan idag åtnjutas i de flesta länderna trots att det är ett skydd som står under nationell lag. Detta beror till stor del på de internationella samarbeten som förekommer inom immaterialrätten. Krav gentemot privata subjekt kan dock inte göras utifrån den internationella lagtexten som endast binder staterna att implementera dessa till den nationella rätten.

Även patenträtten har kraftigt förbättrats genom möjligheten att söka internationella patent genom PCT istället för att göra en nationell ansökan i varje land. Dock är det upp till de olika patentmyndigheterna att göra en bedömning huruvida patentet skall anses vara giltigt, och situationen kan därför potentiellt bli olika i olika delar av världen.

## 5.1 Industrin för datorprogram

Industrin för utvecklandet av datorprogram består av aktörer av många olika storlekar. De stora multinationella företagen finns representerade, men industrin består även av en stor mängd av små och medelstora företag. Dessa olika typer av företag har olika förutsättningar på marknaden och det skydd som skyddar de största mest inflytelserika företagen ger kanske inte samma förutsättningar för de små och medelstora företagen.

---

<sup>21</sup> Kocktvedgaard och Levin, sidan 203

<sup>22</sup> ibid, sidan 203

<sup>23</sup> informationen tillgänglig på; [http://www.wipo.int/pct/en/basic\\_facts/basic\\_facts.pdf](http://www.wipo.int/pct/en/basic_facts/basic_facts.pdf), sidan 5, "Effect on an international patent application", WIPO



Precis som inom många andra industrier finns det därför delade meningar om hur det patenträttsliga skyddet bör se ut. När det gäller datorprogram genereras en stor del av de intäkter programmet drar in i samband med lanseringen av produkten på marknaden.<sup>24</sup> Nya förbättrade produkter ersätter med snabbt de gamla. Produkterna har därför en relativt kort livstid på marknaden jämfört med andra produkt för andra typer av industrier.

Vad angår den europeiska marknaden så visar undersökningar att ca 30 % av de datorprogram som finns hos slutanvändarna har laddats ner och kopierats på ett icke-lagligt sätt. Statistiken gäller för år 2000 och beräknades innebära en förlust i uteblivna intäkter på cirka 3,4 miljarder euro eller motsvarande ca 6 % av det totala värdet av Europas mjukvaruindustri.<sup>25</sup> Företagen behöver därför skydd för att kunna generera vinster på de resurser man har lagt ned på forskning och utveckling.

## 5.2 Rörelsen för open source code

Open source är en del av datorindustrin där man principiellt är emot immaterialrättsskyddet för mjukvara. "*Open Source Initiative*" är en ideell organisation som arbetar för open source, det vill säga fri tillgänglig källkod för datorprogrammen. Organisationen sätter även upp definitionen för vad som utgör öppen källkod. För att ett program skall anses utgöra open source krävs det att den är fritt tillgänglig för alla inte bara i första led utan även i de efterföljande leden. Därför distribueras datorprogrammen inom open source under licenser som måste uppfylla de kraven som sätts upp enligt "*Open Source Initiative*" angående de regler som gäller för användande och vidare distribuering av programmen.<sup>26</sup> De utvecklade programmen kan därför inte enligt licensen bli någons exklusiva egendom.

Tanken bakom open source är att är att mjukvaran ständigt borde stå under utveckling för att förbättras, vara tillgänglig för alla samt att den skall kunna anpassas till de individuella behoven. Open source skiljer sig därför från den traditionella industrin eftersom man inte vill

---

<sup>24</sup> Forrest, stycke 17

<sup>25</sup> ibid, stycke 26

<sup>26</sup> <http://www.opensource.org/docs/definition.php>

ha immaterialrättsliga skydd på programmen. Och trots detta finns det inkomstbringande ”affärsmodeller” som bygger på program tillhandahållna under licenser för open source.<sup>27</sup>

Open source har även en potential för de ”traditionella” mjukvaruföretagen eftersom dessa kan lägga ut de program som de inte har någon kommersiell nytta av, men behöver konstant uppdatering för att fungera exempelvis som backup för de kommersiella produkterna i open source forum. På det sättet kan de programmen uppdateras kostnadsfritt och programmet finns tillgängligt för alla i det öppna forumet.

## 6.1 Vad är ett datorprogram?

Datorprogrammen har en mängd olika funktioner. Bland annat datorprogram är ett program möjliggör användandet av datorer och applikationer till datorer och skapar olika funktioner.<sup>28</sup>

Datorprogram kallas även ”mjukvara” medan datorn i sig kallas ”hårdvara”. Mjukvaran brukar normalt installeras i hårdvaran genom kopiering av programkoden till hårdvarans minne.

Datorprogrammen är skrivna i en form av programmeringsspråk, som utgör koden för programmet. Koderna bildar olika sekvenser som ger instruktioner om vilka funktioner som skall utföras av programmet. Programmeringskoderna kan skrivas i tre olika ”nivåer”.

Den första nivån använder ord och symboler medan språket i den andra nivån består av förkortningar och är svårare att förstå. Båda dessa nivåer benämns som källkod och anses vara läsbar för människor. Hårdvaran kan dock inte utföra instruktionerna med hjälp av instruktionerna i form av källkod, utan behöver ha dem i form av objektкод. Objektkod är den exekverbara koden och är en binär kod bestående av nollor och ettor.<sup>29</sup> Från källkodsform kan programmen med hjälp av en kompilator översättas till den exekverbara digitala formen.

---

<sup>27</sup> Som exempel kan mjukvara som tillhandahålls under open source licens ha ett abonnemang för support av mjukvaran.

<sup>28</sup> Definition av datorer tillgänglig på; <http://whatis.techtarget.com/>

<sup>29</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Source\\_code](http://en.wikipedia.org/wiki/Source_code)

Datorprogrammen tjänar antingen som en instruktion för hårdvaran, eller tjänstgör genom att fungera som en "input" av information för ett annat datorprogram.<sup>30</sup> Datorprogrammet behandlar en "input" enligt vissa matematiska regler som i sin tur skapar någon form av "output" i form av information. Den här informationen kan antingen styra en process i någon form eller vara ett slutresultat i sig.<sup>31</sup>

Att exakt definiera vad som utgör ett datorprogram är mycket svårt. Datorprogrammen nyttjas inom en mängd olika områden. Exempelvis kan ett datorprogram utgöra ett ordbehandlingsprogram eller styra en viss funktion i en bil. En fullständig definition om vad ett datorprogram är saknas dessutom i de europeiska rättsakterna avseende upphovsrätten och i förslaget till patenträtten talar man om "datorrelaterade" uppfinningar.

Flertalet olika definitioner har dock satts upp. Bland annat har WIPO, som är en av de större organisationerna som arbetar med att främja utvecklingen inom immaterialrätten, definierat datorprogrammen som "*a set of instructions expressed in words, codes, schemes or in any other form, which is capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a "computer" (an electronic or similar device having information-processing capabilities) to perform or achieve a particular task or result*".<sup>32</sup>

Datorprogrammen avviker på sätt och vis från de "vanliga" objekten som kan skyddas av de olika immaterialrätterna. Detta eftersom datorprogrammen har flertalet beståndsdelar. De består av "kreativt skapande", skrift och utgör även till viss del av ett fysiskt objekt. Detta program har till syfte att verkställa en funktion i en maskin av något slag. De utgör inget litterärt verk i den klassiska meningen om verk för "underhållning" och inte heller faller datorprogrammen in i den klassiska rollen av uppfinning.

---

<sup>30</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Computer\\_software](http://en.wikipedia.org/wiki/Computer_software)

<sup>31</sup> Domeij, "Fokus på Patenträtten", sidan 20

<sup>32</sup> Kelleher och Murray, sidan 4 samt WIPO preparatory document (BCP/CE/1/2) for the first session of the Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention

## 6.2 En kort förklaring till kompilation och dekompilation

Kompilation sker i och med att man översätter källkoden till objekt-koden. Detta för att datorn skall kunna läsa de instruktioner som programmet kodar för. Dekompilation innebär att man omvandlar objekt koden tillbaka till ett programmeringsspråk som går att utläsa av människor.<sup>33</sup> Dekompilation innebär en sorts "reverse engineering" och kan användas för att förstå programmet, att hitta virus eller ta bort buggar i programmet. Dekompilationen innebär en översättning och anpassning av datorprogrammet. Detta är någonting som generellt är en exklusiv rättighet för innehavaren av upphovsrätten.<sup>34</sup>

## 6.3 Vikten av utformningen av skyddet för datorprogram

Utformningen av skyddet av datorprogram har stor påverkan för möjligheten att utveckla olika former av kommersialisering. Dessutom inverkar skyddet på hur man väljer att utforma datorprogrammen för att finna sätt att maximalt utnyttja sin position och möjligheter. I dagsläget finns det olika typer av kommersialiseringar, varav olika former av open source licenser kan användas i olika steg av kommersialiseringprocessen.

Omfånget av skyddet som kan erhållas påverkar de efterföljande utvecklarnas möjligheter för program. Exempelvis skulle ett patent kunna blockera vissa typer av program och därför begränsa den fortsatta utvecklingen. Det som dessutom brukar anföras mot skyddandet av datorprogram är att man är rädd att utfärdandet av patent skulle göra att den tekniska utvecklingen av program stagnerar och att vissa patent kanske skulle kunna blockera utvecklingen inom stora tekniska område.

## 7.1 Lagstiftningen inom USA

Trots att USA är en nation har man en tradition av stora delar av lagstiftningen sker på delstatsnivå. Behovet av att ha en enhetlig lagstiftning för att kunna ha en fungerande handel

---

<sup>33</sup>Definition av dekompilation tillgänglig på; <http://whatis.techtarget.com/>

och ett enhetligt patent- och upphovsrättssystem inom landet har dock gjort att man i USA har valt att ändå införa en enhetlig nationell lagstiftning för både patent- och upphovsrätten. Som en konsekvens av detta har man i konstitutionen reglerat att det är den federala regeringens uppgift att lagstifta inom dessa båda områdena.<sup>35</sup> Speciella nationella domstolar har dessutom utsetts som auktoriserade forum för patent- och upphovsrättskonflikter.<sup>36</sup>

Eftersom den amerikanska rätten bygger på common law traditionen, har rättsfallen en mer central roll jämfört med den civil law tradition som dominerar den Europeiska Unionen. Detta eftersom rättspraxisen som skapas i domstolarna har en något starkare roll än rättspraxisen inom den europeiska civil law traditionen.

## 7.2 Lagstiftningen inom den Europeiska Unionen

Idag finns det flera olika samarbeten mellan de europeiska länderna och det mest inflytelserika samarbetet inom Europa är den Europeiska Unionen. På grund av den Europeiska Unionen finns idag ett samarbete mellan flertalet av länderna inom Europa inom ett flertal områden. Genom anslutningen till EU godkänner varje stat lagstiftningen inom EU och att EG-rätten har företräde framför nationell rätt.<sup>37</sup> Lagstiftningen inom EU måste följas av medlemsstaterna och rättsfallen som behandlas i ”*European Court of Justice*” (ECJ) har en prejudicerande verkan på nationell rätt.<sup>38</sup>

De länderna som ingår i den Europeiska Unionen är; Belgien, Cypern, Danmark, Estland, Finland, Frankrike, Grekland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Nederländerna, Polen, Portugal, Slovakien, Slovenien, Spanien, Storbritannien, Sverige, Tjeckien, Tyskland, Ungern och Österrike.

Inom unionen försiggår ett samarbete inom bland annat handel och följaktligen har den Europeiska Unionen lagstiftningsmakten för de områden som faller inom samarbetet. Eftersom behovet av en harmoniserad immaterialrätt faller inom området för gemensam handel har unionen lagstiftningsmakt för frågor som berör både patent- och upphovsrätten.

---

<sup>34</sup> Kallaher och Murray, sidan 9

<sup>35</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 347

<sup>36</sup> Kirsch, ”Software protection: Patents versus Copyrights”

<sup>37</sup> Lag med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen (1994:1500) artiklarna 2 and 3

Därför pågår inom immaterialrätten och patenträtten ett samarbete för att sätta upp en gemensam ram för den europeiska handeln. Ett harmoniserat regelverk anses vara en förutsättning för att invånarna i medlemsstaterna skall få ett vidare skydd samt bättre förutsättningar för konkurrens.

Inom den europeiska civil law traditionen som etableras genom den Europeiska Unionens rättssystem är det snarare rättsakterna i sig som är förstahandskällan i avgörandet och det står inte domstolen lika fritt att tolka lagtexten som inom den amerikanska common law kulturen. Dessutom provas de europeiska rättsakterna som genom direktiven inkorporerats i nationell lag oftast av nationell domstol. Att nationell domstol oftast hanterar frågorna rörande immaterialrätten innebär att det inte finns någon enhetlig europeisk praxis att hänvisa till avseende gällande rätt.

## UPPHOVSRÄTTEN

### 8.1 Allmänt om upphovsrätten

Upphovsrätten skyddade till en början verk såsom konst och litteratur. Idag är upphovsrätten ett av de bredare skyddsområdena inom immaterialrätten. Inte bara omfånget för de upphovsrättsligt skyddbara områdena har vuxit inom upphovsrätten utan även möjligheten att få skydd för ett verk har ökat genom att man har en annorlunda och mer liberal syn idag på vad som utgör ett verk. Dessutom har man utvidgat omfånget skyddsområdet genom att skydda vissa nya företeelser, som exempelvis datorprogram och olika typer av bruksdesign, genom upphovsrätten.

Upphovsrätten har anpassats till de nya tekniska förutsättningar som har uppstått och den har fått ett bredare omfång de senaste 20 åren angående vilka delar av datorprogrammen som skall anses vara möjliga att skydda under upphovsrätten.<sup>39</sup> Som visas nedan var det under början av 1970-talet osäkerhet angående vilka delar av datorprogrammet som var möjliga att

---

<sup>38</sup> Bernitz, sidan 8

<sup>39</sup> Lai, sidan 78

skydda. Exempelvis visar rättsfall från den tiden att det till en början var tveksamt huruvida direkt kopiering av koden bakom datorprogram innebar intrång i upphovsrätten medan det senare snarare var aktuellt att se huruvida kopiering av olika strukturer bakom datorprogrammen innebar intrång. Domstolarna har här fått fatta många svåra beslut om vilka delar av datorprogram som skall anses vara skyddsvärda. Vilka konsekvenser dessa olika beslut har fått på vidare rättspraxis har dessutom varit svårt att förutse.<sup>40</sup>

Vad gäller upphovsrätten i sig är det tillåtet att med inspiration från det ursprungliga verket skapa nya verk så länge det inte rör sig om kopiering. Upphovsrättsskyddet är ett skydd som uppkommer i samband med skapandet av verket. Ingen registrering eller något liknande formkrav krävs alltså för att verket skall skyddas under upphovsrätten. Upphovsrätten har dessutom den fördelen att den gäller under en längre tid än patentskyddet.

Inom upphovsrätten finns dessutom internationella samarbeten om att erkänna upphovsrätten för verk skapade i andra jurisdiktioner än den egna. Det innebär att de länderna som är anslutna till samarbetet erkänner upphovsrätt till alla verk oberoende av upphovsland.<sup>41</sup> Principen av nationell behandling gäller för rättighetshavare med ursprung i annat land. Principen förutsätter dock att det landet rättighetshavaren har anknytning till har samma upphovsrättsliga skydd enligt nationell lag.

Upphovsrättsskyddet innebär en ensamrätt för skaparen av verket. Utan upphovsrättsinnehavarens samtycke får verket inte kopieras, ändras eller utnyttjas. Ensamrätten innebär dock inte att andra inte får inspireras och utifrån verket skapa andra verk, så länge det inte rör sig om kopiering. Upphovsrätten tillåter andra personer att skapa samma eller liknande verk, så länge det inte handlar om kopiering. Detta eftersom upphovsrätten saknar en regel motsvarande den prioritetsrätt som finns inom patenträtten.<sup>42</sup> Detta innebär att det i teorin kan finnas flera personer med samma rättighet till verk som i stort sett är lika om de skapats oberoende av varandra.

---

<sup>40</sup> Kelleher och Murray, sidan 4

<sup>41</sup> Detta dock under förutsättning att verket har anknytning till en nation som ingår i det internationella samarbetet. Se Koktvedgaard och Levin, sidan 61

<sup>42</sup> Koktvedgaard och Levin, sidan 71

Trots att flertalet andra nya ”tekniker” har utvecklats och skyddats genom upphovsrätten föreligger en viss skillnad mellan dessa verk, som exempelvis tekniken bakom cd-skivor med musik, och datorprogrammen. En av skillnaderna består i att de ordinära litterära verken generellt vänder sig till människor i underhållningssyfte eller liknande syfte. Datorprogrammen däremot vänder sig till en maskin och har till syfte att få denna att fungera enligt de instruktioner programmet kodar för.<sup>43</sup>

## 8.2 Upphovsrättsligt skydd för datorprogram

I flertalet internationella konventionerna har man fastslagit att datorprogram skall skyddas under upphovsrätten.<sup>44</sup> Upphovsrätten kan anses vara det mest uppenbara skyddet för datorprogram eftersom dessa rent tekniskt kan betraktas som litterära verk då de skrivs ned och i källkodsform är läsbara för människan. Upphovsrätten är dessutom en väl använd och beprövad juridisk konstruktion för att ge skydd åt olika objekt och den har historiskt sett även haft en tendens att utvidgas till att omfatta fler och fler företeelser med den ökade tekniska utvecklingen. Att man rent formellt kunde använda upphovsrätten som den är utan att införa förändringar i lagstiftningen för att skydda datorprogrammen var troligtvis ett av skälen till att man valde den lösningen. Dessutom fanns det redan ett internationellt samarbete inom upphovsrätten, vilket innebar en underlättning för ett internationellt samarbete som var fördelaktigt för internationell handel.

Fördelen med att skydda datorprogram genom upphovsrätten är att skyddet uppkommer i samband med att datorprogrammet utvecklas. Detta innebär att man inte behöver lämna in någon ansökan eller betala någonting för att skyddet skall uppstå. Detta är någonting som kan tänkas gynna mindre företag eftersom en ansökningsprocess innebär en kostnad samt en fördröjning innan en produkt kan nå marknaden och få in de pengar som lagts ned på utvecklingskostnader för programmet.

---

<sup>43</sup> Andrew, sidan 488

<sup>44</sup> TRIPS är en av de internationella konventioner som reglerar att datorprogram skall skyddas genom upphovsrätt. Konventionen sätter dock endast upp miniminivån för skyddet, och ingenting i TRIPS hindrar att skydda datorprogram även genom patent.



Dock kan upphovsrätten även medföra en viss problematik på så sätt att det är svårt att dra gränsen för var skyddet upphör. För att en upphovsrätt skall uppstå krävs det ju även en viss grad av originalitet och kreativitet bakom programmet, och att skapa verk inspirerade av andra är även tillåtet och kan medföra en upphovsrätt för de delarna i det ”efterkommande” verket.

I internationella konventioner har man försökt att reglera vad upphovsrätten för datorprogram skall omfatta. Exempelvis anser man att upphovsrätten i sig inte kan omfatta idéer ”*methods of operation*” eller matematiska koncept.<sup>45</sup> Detta anses nämligen inte ligga inom naturen för det upphovsrättsliga skyddet och skulle innebära ett alltför omfångsrikt skydd för verket.

### 8.3 Det amerikanska skyddet för upphovsrätten

USA är anslutet till samtliga av de internationella samarbetena som presenterades under avdelning 4.1 tidigare i uppsatsen. Man är följaktligen bundna till att anpassa sin lagstiftning till flertalet konventioner och internationella samarbeten inom upphovsrätten. Även i USA har också upphovsrätten kommit att omfatta ett bredare område än vad som från början var avsett när man instiftade upphovsrätten som skydd för litterära verk.

För att ett verk skall kunna bli skyddat under amerikansk upphovsrätt krävs det att verket i fråga skall vara originellt på så sätt att det är en självständig skapelse av upphovsmannen och inte en kopia av ett tidigare verk.<sup>46</sup> Skaparen av ett verk kan dock även få upphovsrätt till sitt verk om detta har inspirerats av eller utgör en sammanställning av ett annat verk. En gränsdragning görs dock i dessa fall angående vad skaparen kan anses ha upphovsrätten till. När verk har sammanställts eller ”avlett” av andra verk omfattar upphovsrätten endast den del av det nya verket som är upphovsmannens bidrag och idéer.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Artikel 2 WIPO Copyright Treaty (1996) och artikel 9(2) TRIPS

<sup>46</sup> Hollander, A Software Copyright Primer

<sup>47</sup> 17 U.S.C. §103, se även Francis och Collins, sidan 893

Verket måste också visa på en viss grad av kreativitet. Denna tröskel är dock inte svår att överkomma eftersom man endast kräver att det visar någon form av kreativitet. Dock är det så att ju mer kreativt ett verk är desto högre skydd kommer verket sannolikt att få.<sup>48</sup>

Slutligen måste verket dessutom vara uttryckt i ett ”konkret” medium, från vilket det kan bli läst, reproducerat eller på något annat sätt uppfattat antingen manuellt eller någon form av maskinell behandling.<sup>49</sup> Upphovsrätten kan dock inte omfatta en idé, ett koncept, en princip eller en metod som ligger bakom ett verk som skyddas av upphovsrätten.<sup>50</sup>

### 8.3.1. Registrering av verken

Det är i USA även möjligt att registrera ett verk genom att skicka en kopia av det till ”*the Copyright Office*” tillsammans med en ansökan.<sup>51</sup> Vid registreringen skickar man det antal kopior av verket som krävs för deposition samt erlägger en mindre avgift.<sup>52</sup> Registreringen är inte nödvändig för att upphovsrätten skall vara giltig men kan vara underlätta för författaren i fall av en eventuell konflikt.<sup>53</sup> Registreringen sker hos United States Copyright Office som inte granskar verket som kommer in utan endast tar emot det.<sup>54</sup> Skulle dock kriterierna i § 408 inte vara uppfyllda förvägras verket registrering.<sup>55</sup>

Depositionen av verket i sig innebär inte bara ett bevisvärde i händelse av en eventuell konflikt, utan utöver detta ges även verk som har deponerats vissa förmåner. (Detta eftersom man från ”*United States Copyright Office*” gärna vill ha verken deponerade till ”*US Congress library*” där en kopia av de deponerade verken sparas.) Copyrights Act ger följaktligen extra skydd till dem som registrerar sitt verk.<sup>56</sup> Bland annat har upphovsrättshavaren i fall av en konflikt möjlighet till ett högre skadestånd.

---

<sup>48</sup> Hollander, ”A Software Primer”

<sup>49</sup> Francis och Collins, sidan 893

<sup>50</sup> 17 U.S.C.a. §102 (b), se även Francis och Collins, sidan 893

<sup>51</sup> 17 U.S.C. §408

<sup>52</sup> 17 U.S.C. §102, se även Francis och Collins, sidan 891

<sup>53</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 349

<sup>54</sup> *ibid*, sidan 349

<sup>55</sup> *ibid*, sidan 373

<sup>56</sup> Mer information om förmånerna av deponering av datorprogram samt blankett för deposition finns på; [www.copyright.gov/forms/](http://www.copyright.gov/forms/)

Artikel 407<sup>57</sup> av "Copyrights Act" kräver att en deposition av två exemplar av verket görs till kongressens bibliotek senast tre veckor efter publikation inom landet. Syftet med regleringen är att förbättra kongressens samlingar, men vissa typer av verk är exkluderade från depositionskravet. Depositionen är dock inget krav för att det skall föreligga en giltig upphovsrätt.

### 8.3.2 Rättigheterna för innehavaren av upphovsrätten i USA

Upphovsrätten till ett verk medför att innehavaren har en exklusiv rätt att ge ut verket, distribuera det, skapa verk avhängiga av det ursprungliga verket samt att "spela upp" det.<sup>58</sup>

Rättigheterna för upphovsrätten omfattar författarens "form of expression" och sträcker sig inte till att omfatta en ide, process, koncept, princip eller liknande som ligger till grund för verket enligt 17 U.S.C.A. § 102 (b).<sup>59</sup> Därför står det fritt för andra att utnyttja de bakomliggande idéerna och principerna bakom ett verk, så länge man inte gör intrång i dess uttryckta form.

Ensamrätten för datorprogram är enligt § 102 upphovsmannens livstid plus 70 år, eller om upphovsrätten är kontrollerad av ett företag det kortaste av 95 år från första publicering av verket eller 120 år från skapandet av verket.<sup>60</sup>

### 8.4 Upphovsrättsskyddet för datorprogram i USA

Redan under 1970-talet insåg man i USA att det var viktigt att hitta ett skydd för datorprogram. 1974 tillsatte därför kongressen en kommission för att utreda hur federala lagarna för immaterialrätten skulle behöva anpassas för att skydda de tekniska produkterna. Utredningen kommissionen vidtog kom fram till att datorprogram bäst skulle skyddas genom upphovsrätten och 1980, två år efter att resultatet av utredningen hade presenterats, ändrades

---

<sup>57</sup> 17 U.S.C.

<sup>58</sup> § 106, U.S.C. 17

<sup>59</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 375 samt Francis och Collins sidan 893

<sup>60</sup> 17 United States Code

lagstiftningen så att datorprogrammen blev ett av de verk som skyddades genom upphovsrätten.<sup>61</sup>

Till en början var det oklart vilket omfång upphovsrätten för datorprogrammen hade och vilket skydd det innebar. Att en direkt kopiering av annans källkod och objekt kod innebar intrång i upphovsrätten stod dock tidigt klart genom fallet "*Apple Computer v. Franklin Computer*".<sup>62</sup> Svaranden, Franklin Computer, var ett mindre företag som sålde hårdvara och mjukvara som var kompatibel med Apples produkter. För att svaranden skulle få sina produkter att vara kompatibla med Apples kopierade man därför Apples operativsystem. Franklin hävdade i sitt försvar att datorprogram inte var möjliga att skydda under upphovsrätten. Apple kunde dock visa att de programmen som Franklin sålde i stort sett var exakt lika de operativsystem som Apple sålde och endast innehöll mindre variationer. Apple hade dessutom registrerat programmen för operativsystemen hos Copyright Office. Man kom dock i fallet fram till att inte bara den nivån av datorprogrammet som var läsbar för människan, det vill säga källkoden, var möjlig att skydda under upphovsrätten utan även de andra nivåerna föll in under skyddet. Detta kom man fram till delvis på grund av den vida definitionen av datorprogram som användes i lagstiftningen och förslaget från CONTU vilken innebar att datorprogram definitionsmässigt var instruktioner som direkt eller indirekt gav ett resultat i en dator. I och med fallet stod det alltså klart att datorprogram i dess olika former var möjligt att skydda under upphovsrätten.

Även om det inte finns någon "väsentlig" likhet mellan rent de litterära delarna av två verk kan ett efterföljande verk ändå göra intrång i den ursprungliga upphovsrätten.<sup>63</sup> Detta kom man fram till när frågan behandlades i fallet "*Baker v. Selden*".<sup>64</sup> Här hade Selden skapat ett speciellt bokföringssystem som hade givits ut i bokform. I böckerna hade Selden en inledande förklaring av systemet som även kompletterades av bifogade uppställningar av hur systemet fungerade genom kolumner med rubriker, samt olika exempel på metoden. Svaranden, Baker, gav senare ut böcker som visade samma bokföringssystem men kastade endast om de kolumnerna för beräkningarna som återfanns i Seldens böcker. Syftet med kolumnerna i de båda böckerna var att illustrera och förklara systemet och frågan var därför om de

---

<sup>61</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 911

<sup>62</sup> 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983), Merges, Menell och Lemley, sidan 914

<sup>63</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 916

<sup>64</sup> 101 U.S. 99 (1879)

illustrerande kolumnerna föll in under upphovsskyddet.<sup>65</sup> För att göra en gränsdragning angående vad som ansågs skyddat under upphovsrätten kom man fram till att de delarna av verket som var rent funktionellt betingade inte kunde skyddas genom upphovsrätten eftersom den endast skyddar uttryckta idéer. Finns det dock andra sätt att få samma funktion anses det inte vara en nödvändig funktion utan ett uttryck som är möjligt att skydda under upphovsrätten.<sup>66</sup>

Slutsatsen i rättsfallet blev att Selden i och med skapandet av boken ansågs ha fått en exklusiv rätt till systemet. Ensamrätten till upphovsrätten för systemet sträcker sig dock inte till att omfatta systemet i sig, utan omfattar endast en upphovsrätt till objektet i den form det är presenterat, alltså i det här fallet upphovsrätten till förklaringsmodellerna av systemet i bokform.<sup>67</sup> Metoden i sig som presenterades i boken faller inte in under den exklusiva rätten och användandet av systemet och metoden i sig innebär därför inget intrång i upphovsrätten. För att den exklusiva rätten skall omfatta saken i sig utan att vara beroende av att vara uttryckt i ett uppfattbart medium krävs det att objektet är patenterat.

Medan faller "*Baker v. Selden*" klargjorde att även icke-litterära delar av verk kunde skyddas av upphovsrätten fanns fortfarande en mängd oklarheter kvar. Precis som med andra litterära verk kan det även med datorprogram vara svårt att dra gränsen för var skyddet för upphör. I fallet "*Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*"<sup>68</sup> från 1986 prövade man huruvida den underliggande strukturen för ett datorprogram föll in under skyddet för upphovsrätten. I fallet hade Jaslow Dental Laboratory beställt utvecklingen av ett datorprogram för att underlätta bokföringen och andra administrativa delar av verksamheten. Man hade kommit överens om att utvecklaren skulle ha upphovsrätten och även kunna sälja programmet till andra. Dock utvecklade en av de anställda på Jaslow Dental Laboratory ett konkurrerande program med samma funktioner som man sedan sålde till andra företag. Man fann dock i fallet inte att någon direkt kopiering av varken källkod eller objektкод hade gjorts. Slutsatsen från fallet Whealan är dock att upphovsrättsskyddet för datorprogram är vidare än att endast omfatta den litterära delen i sig av datorprogrammet, och att den kan omfatta bland

---

<sup>65</sup> Port, McManis, McElwee och Hammersley, sidan 81

<sup>66</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 917

<sup>67</sup> Port, McManis, McElwee och Hammersley, sidan 82

<sup>68</sup> United States Court of Appeals for the Third Circuit 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986), cer. denied, 497 U.S. 1031 (1987), Merges, Menell och Lemley, sidan 914

annat sekvens, struktur och organisation.<sup>69</sup> En av orsakerna till att domstolen kom fram till denna slutsats var att man erkände att den kreativa delen av skapandet oftast inte hade med själva kodningen att göra, utan snarare hade med designen bakom programmet.<sup>70</sup>

Upphovsrätten för datorprogram omfattar både källkoden och objekt-koden för datorprogrammen.<sup>71</sup> Den kan dock även sträcka sig vidare än den "litterära delen" av ett datorprogram, vilket illustrerats ovan i fallet "*Baker v. Selden*" där man kom fram till att även andra delar än den skriftliga skyddades under upphovsrätten. Möjligheten att skydda andra delar än de litterära är högst väsentlig vad avser upphovsrätten för datorprogram. Det som är skyddsvärt för datorprogrammen är ju inte bara den skriftliga koden, utan även den struktur, de sekvenser, lösningar på "problem" och idéer som man har och som utgör en del av helheten.

1992 kom ett annat avgörande rättsfall upp till prövning den federala domstolen. Fallet var "*Computer Associates International v. Altai, Inc*"<sup>72</sup> och det är ett fall som har haft stort genomslag i den amerikanska rätten när det gäller prövning av intrång i upphovsrätten utan att ha föregåtts av intrång genom direkt kopiering av ett program.<sup>73</sup> Käranden hade utvecklat ett datorprogram, SCHEDULE, vari ADAPTER utgjorde ett underprogram och var en integrerad del därav. ADAPTER var ett operativsystem som gjorde kompatibilitet möjligt genom översättning av programmet till det språk som det specifika operativsystem för datorn använde.<sup>74</sup> Altai Inc hade här, utan att veta om det, utvecklat ett datorprogram utifrån den källkod som Computer Associates baserade sitt program ADAPTER på. Som en säkerhetsåtgärd skrev man dock om det nya programmet när det blev känt att det baserade sig på en konkurrents källkod.<sup>75</sup>

I det här fallet utvecklade domstolen ett omfattande trestegstest för att göra prövningen om huruvida intrång i upphovsrätten förelåg. De tre olika delarna i testet var abstraktion, filtrering och jämförelse.

---

<sup>69</sup> *ibid*, sidan 920

<sup>70</sup> Kirsch, "The Changing Roles of Patent and Copyright Protection for Software"

<sup>71</sup> *Merges, Menell och Lemley*, sidan 915

<sup>72</sup> 982 f.2d 693 (2d Cir. 1992)

<sup>73</sup> *Lai*, sidan 79

<sup>74</sup> *ibid*

I det första steget sker ett abstraktionstest där man jämför rätten ”dissekerar programmet och isolerar varje nivå av abstraktion inom det”.<sup>76</sup> Här sker en analys av de konceptuella idéerna som ligger bakom programmen och de delas upp i dess olika teoretiska beståndsdelar.

I det andra steget av testet går man in på det konkreta och gör en filtrering av datorprogrammet där man bryter ned programmet i dess olika strukturella beståndsdelar. Syftet med filtreringen är att se huruvida de olika beståndsdelarna är rent funktionella. De olika beståndsdelarna kan även vara nödvändiga på grund av externa faktorer eller utgöra ”objekt” som redan har funnits allmänt tillgängliga tidigare.<sup>77</sup> Dessa olika tester görs för att försöka se vad det ursprungliga datorprogrammet har för upphovsrättsskydd. Det är ju endast de kreativa delarna som får skydd och är de tillkomna på grund av funktionella orsaker eller har funnits tidigare får de inget upphovsrättsligt skydd.

I det tredje steget av testet görs en jämförelse. De olika delarna undersöks sedan för att försöka finna de idéer och uttryck samt försöka finna det kreativa och jämföra det med det andra programmet som hävdas göra intrång.<sup>78</sup> Det man ser till är det som kvarstår efter de tidigare två stegen, det vill säga de bakomliggande idéerna som inte har gallrats bort under de tidigare delarna av testet. Här letar man efter en väsentlig likhet mellan programmen och kontrollerar om ”inkräktaren” har haft tillgång till programmet. Föreligger dessa två kriterier kan man anse att intrång har skett i upphovsrätten till datorprogrammet.<sup>79</sup>

I och med att mjukvaran undersöks på flertalet olika nivåer är det troligt att det här testet kan tänkas inskränka upphovsrätten, eftersom det ger den effekten att man genom trestegstestet plockar bort flertalet delar ifrån skyddet under delen för filtrering.

---

<sup>75</sup> ibid

<sup>76</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 929

<sup>77</sup> Kirsch, “The Changing Roles of Patent and Copyright Protection for Software”

<sup>78</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 928

<sup>79</sup> Kirsch, “The Changing Roles of Patent and Copyright Protection for Software”

#### 8.4.1 Undantag från ensamrätten

I USA finns en del undantag från den ensamrätten som copyrighten medför. Flertalet av dessa finns kodifierade i § 106- 117. Ett av de viktigare undantagen från ensamrätten när det gäller datorprogram är doktrinen om "fair use" som innebär att under vissa förutsättningar är handlingar som egentligen skulle ha inneburit intrång i upphovsrätten tillåtna. Doktrinen är kodifierad i § 107 och tillåter oauktoriserat användande och kopiering av upphovsrättsskyddade verk om det sker i undervisningssyfte, forskning, för nyhetsrapportering, kritisering, "satiriska syften" med mera. För att det skall anses vara ett nyttjande som inte innebär intrång skall dessutom ett flertal andra faktorer tas in i beräkningen enligt § 107. Detta innebär att man beaktar syftet bakom användandet, huruvida användandet är för kommersiella eller icke-kommersiella utbildningssyften. Hur mycket av det upphovsrättsskyddade verket som används samt vilken effekt nyttjandet av det upphovsrättsliga skyddet kommer att ha på marknaden beaktas även vid bedömningen av "fair use".

Uttolkning av doktrinen om fair use kan även uttolkas genom rättsfallet "*Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc.*".<sup>80</sup> I fallet hävdade Nintendo att Galoob gjorde intrång i deras upphovsrätt.<sup>81</sup> Intrånget skedde genom att man från Galoobs sida tillverkade och marknadsförde ett "tillbehör" till Nintendos "Entertainment System" som var ett TV-spel. För att använda Galoobs produkt, "*Game Genie*" infogade man som spelare det temporärt i Nintendos "*Entertainment System*". Genom *Game Genie* påverkade olika funktioner som spelaren sedan kunde ändra i spelet. Nintendo hävdade att Galoobs försäljning av produkten indirekt innebar ett intrång eftersom det bidrog till intrånget i Nintendos upphovsrätt som gjordes av de personer som nyttjade "*Game Genie*" i Nintendos TV-spel. Från rättens sida ansåg man inte att slutanvändarna gjorde något intrång i upphovsrätten eftersom det inte skapade något "avledande" objekt utan användes tillsammans med Nintendos produkt. Slut användarens användande kunde inte heller anses vara ett kommersiellt användande och den auktorisation som Galoob eventuellt gjorde genom skapandet och försäljningen av sin

---

<sup>80</sup> United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 964 F.2d 965 (9<sup>th</sup> Cir. 1992), cert. Denied, 507 U.S. 985 (1993)

<sup>81</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 977



produkt kunde därför inte heller anses stå i strid med upphovsrätten.<sup>82</sup> Man gjorde dessutom ekonomiska hänsynstaganden i fallet och kom fram till att man inte ansåg att Nintendo kunde visa på en förlust på marknaden eftersom man inte hade någon egen motsvarande produkt, varken på marknaden eller under utveckling.<sup>83</sup>

Ett viktigt fall när det gäller regleringen av reverse engineering av upphovsrätt är "*Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*".<sup>84</sup> Sega licensierade ut sina koder för datorprogrammen till flertalet olika självständiga tillverkare. Accolade var en självständig tillverkare som dock inte hade eller hade haft någon licens från Sega. Man valde dock ändå från Accolades sida att Accolade hade dock varit i kontakt med Sega för att upprätta ett licensavtal men valde att inte göra det eftersom man i så fall hade varit tvungna att tillåta Sega att exklusivt tillverka alla spel som Accolade skapade.<sup>85</sup> Följaktligen valde Accolade att använda reverse engineering på Segas datorprogram för att ta reda på vad som krävdes för kompatibilitet med Segas produkt.<sup>86</sup> Processen för reverse engineering innebar att man omvandlade objekt-koden till en källkod, detta "laddades" sedan tillbaka till en dator där man genom olika förändringar i den binära koden studerade vilka effekter dessa förändringar skapade i programmet fick. Utifrån dessa iakttagelser skapade man sedan en manual och skrev ned de funktioner och krav på gränssnittet som fanns gentemot andra program.

Enligt domstolen innebar dekompileringen i det här fallet inget intrång i upphovsrätten eftersom den var nödvändig för att ta fram de bakomliggande idéerna och strukturerna. Slutsatsen av fallet är alltså att det i amerikansk rätt finns ett visst utrymme för reverse engineering av datorprogram som är skyddade genom upphovsrätten.

#### 8.4.2 Slutsatsen av omfattning av upphovsrättsskyddet.

Inom området för upphovsrätt för datorprogram finns en stor mängd rättspraxis som fungerar som vägledning i fall angående vad som anses skyddbart eller inte. I och med fallet "*Computer Associates*" har dock omfånget av den amerikanska upphovsrätten minskat. Detta

---

<sup>82</sup> *ibid*, sidan 978

<sup>83</sup> *ibid*, sidan 979

<sup>84</sup> United States Court of Appeals for the Ninth Circuit (977 F. 2d 1510) 9<sup>th</sup> Cir. 1992 (för decompilation)

<sup>85</sup> *ibid*, sidan 990

<sup>86</sup> *ibid*, sidan 990

eftersom man införde ett test som innebar att datorprogrammen delas ned till sina beståndsdelar för att därefter analyseras angående huruvida intrång i upphovsrätten föreligger eller inte.

Undantag från vad som anses vara skyddat genom monopol förekommer även enligt amerikansk rättspraxis och lagstiftning. I huvudsak föreligger undantag för undervisningssyfte men även undersökandet av en produkt för att kunna beskriva kraven för kompatibilitet har under vissa förutsättningar ansetts vara undantaget från ensamrätten.

## 8.5 Upphovsrättsskyddet inom EU

Medlemsstaterna inom den Europeiska Unionen är bundna att följa de internationella konventionerna inom upphovsrätten. Förutom de internationella konventionerna har även ett antal direktiv införts i EG-rätten för att åstadkomma en harmoniserad lagstiftning och tillämpning av upphovsrätten inom medlemsstaterna. Dessa direktiv har implementerats i nationell rätt och är därför direkt bindande inom varje medlemsstats jurisdiktion.

Enligt de internationella avtalen faller objekt som är litterära eller konstnärliga verk in under skyddsomfånget för upphovsrätten.<sup>87</sup> Detta kan dock vara en ganska svår avgränsning med tanke på den subjektiva innebörden av ”litterärt” eller ”konstnärligt” verk. Enligt Kocktvedgaard och Levin<sup>88</sup> krävs därför idag en relativt låg nivå på innebörden av ”konstnärlighet” till följd av den mera liberala synen på vad som utgör ett konstnärligt verk. Verk såsom film, fotografier, och verk som har kommit till uttryck på annat sätt är enligt EG-rätten möjliga att skydda genom upphovsrätten.<sup>89</sup> Men även saker som databaser och datorprogram faller idag in under det upphovsrättsliga skyddsomfånget.

För att ett verk skall anses kvalificera för upphovsrättsskyddet så krävs det att verket har originalitet för att man skall anse det skyddsvärt. Verkets skall ha skapats genom

---

<sup>87</sup> Se Bernkonventionen

<sup>88</sup> sidan 64

<sup>89</sup> Se bland annat 93/98/EEG artiklarna 2 och 6 där skyddstiden för sådana verk fastställs.

upphovsmannens egna ”kreativa” insats.<sup>90</sup> Kravet på originalitet innebär dock inte att verket måste vara ensamt i sitt slag utan avser den personliga insatsen vid skapandet av verket.

Ytterligare ett krav som sätts upp är att objektet för upphovsrätten skall ha en viss särprägel.<sup>91</sup>

Eftersom upphovsrätten uppkommer i och med skapandet av ett verk saknas det en process där man bedömer vilka delar av ett verk som anses vara skyddat under upphovsrätten. Inom EU finns det inte heller många fall med prejudicerande verkan inom området för upphovsrätt för datorprogram, och då intrång i upphovsrätten behandlas i nationell domstol får dessa fall inte ett direkt genomslag som norm för tolkning av lagstiftningen i de andra medlemsstaterna. På grund av detta kommer analysen av upphovsrättsskyddet att basera sig på de direktiv samt de akter som lagts fram som bakgrund och motivering till direktiven inom den Europeiska Unionen.

## 8.6 Upphovsrättsskyddet för datorprogram inom EU

Datorprogram skyddas uttryckligen av upphovsrätten genom direktiv 91/250/EEG. Enligt direktivet skall datorprogram behandlas som litterära verk i enlighet med Bernkonventionen. Detta innebär att de minimireglerna för upphovsrätten som etableras genom konventionen även skall gälla datorprogrammen, under förutsättning att dessa uppfyller de kriterier som sätts upp för att få upphovsrättsligt skydd. För att upphovsrätten skall gälla för datorprogram krävs det att programmet har originalitet, vilket enligt artikel 1 (3) innebär att det är ”*upphovsmannens egna intellektuella skapelse*”. I bedömningen av originalitet skall ingen hänsyn tas till de ”*kvalitativa eller estetiska egenskaperna*” för datorprogrammet.<sup>92</sup>

Den definition av datorprogram som sätts upp genom direktivet är ”*alla former av program, inbegripet sådana som är införlivade i hårdvaran*”.<sup>93</sup> Detta innebär en ganska otydlig definition av vad datorprogrammet i sig utgör och vilka beståndsdelar det kan ha. Det är därför möjligt att den oklara definitionen av datorprogram kan leda till komplikationer i framtiden och med de tekniska utvecklingar som kommer att ske. Dock har den definitionen

---

<sup>90</sup> Kocktvedgaard och Levin, sidan 70

<sup>91</sup> ibid, sidan 74. Författaren anser att termen vershöjd står i strid med 91/250/EEG och 93/98/EEG och därför anses det lämpligare att istället använda ordet särprägel

<sup>92</sup> Ingressen stycke 8 91/250/EEG

som finns idag lyckats lösa de flesta problem som har uppkommit. På grund av detta saknas det en utvecklad praxis från de nationella domstolarna avseende vad som anses utgöra datorprogram.<sup>94</sup>

Datorprogrammets alla uttrycksformer skyddas av upphovsrätten.<sup>95</sup> Detta inkluderar även det förberedande designmaterial som har använts för utvecklandet av datorprogrammet.<sup>96</sup> De bakomliggande idéer och principer för programmen är dock inte möjliga att skydda genom upphovsrätten.<sup>97</sup> Var gränsen går för det skyddbara området för datorprogram är dock svårt att uttolka av direktivet. Väldigt få rättsfall angående omfånget av upphovsrättsskyddet finns i Europa och det är dessutom ett område som skall bedömas av nationell domstol.<sup>98</sup> Avsaknaden av konflikter kan dock tyda på att direktivet trots allt har haft en förebyggande effekt angående konflikter om upphovsrättsintrång. Mycket tyder dock på att man skulle ha en ganska liknande syn på det som USA har, delvis på grund av de gemensamma internationella konventionerna som ligger till grund för det skyddet man beviljar datorprogrammen idag.

Att det finns ett upphovsrättsskydd skall heller inte hindra att datorprogrammet skulle kunna få andra skydd som det kvalificerar för.<sup>99</sup> Det upphovsrättsliga skyddet inom EU omfattar som huvudregel minst en tidslängd om skaparens livslängd och 70 år därefter.<sup>100</sup>

### 8.6.1 Rättigheterna för innehavaren av upphovsrätten inom EU

I och med upphovsrätten har innehavaren en ensamrätt till datorprogrammet. Ensamrätten omfattar alla former av spridning av datorprogrammet och kopiering av programmet. Även förändringar genom exempelvis översättning eller anpassning av datorprogrammet samt återgivning av det omfattas av ensamrätten.<sup>101</sup> Rättigheten till programmet som exemplar förloras dock vid första försäljningen, även om kopiering och vidare uthyrning av programmet

---

<sup>93</sup> Ingressen stycke 7

<sup>94</sup> Derclaye, "Software Copyright Protection: Can Europe Learn from American case law? Part 2", sidan 56

<sup>95</sup> Artikel 1(2) 91/250/EEG

<sup>96</sup> Artikel 1(1) 91/250/EEG

<sup>97</sup> Artikel 1(2), 91/250/EEG Detta eftersom upphovsrätten i sig endast skyddar idéerna i den form de presenteras och inte idéerna i sig.

<sup>98</sup> Derclaye, "Software Copyright Protection: Can Europe Learn from American case law? Part 2", sidan 63

<sup>99</sup> Ingressen stycke 26

<sup>100</sup> Artikel 1(1) och 14, direktiv 93/98/EEG har ersatt den skyddstid som ursprungligen angavs i artikel 8 91/250/EEG.

ändå kan kontrolleras av innehavaren av upphovsrätten.<sup>102</sup> Även förberedande material till programmet anses ingå under upphovsrättsskyddet.<sup>103</sup>

### 8.6.2 Undantag från ensamrätten inom den Europeiska Unionen

Ett flertal undantag från ensamrätten förekommer för upphovsrätten till datorprogram inom den Europeiska Unionen. Detta för att balansera de olika intressena mot varandra för att upphovsrätten inte skall bli alltför inskränkande gentemot det allmänna. Först och främst får innehavaren av datorprogrammet som har nyttjanderätten till programmet vidta de handlingar som behövs för att kunna använda programmet.<sup>104</sup> Detta kan exempelvis innebära den kopiering av programmet från mjukvaran till den fysiska datorn för att programmet skall kunna användas. En legitim användare av programmet får dessutom göra en säkerhetskopiering av programmet.<sup>105</sup> Med säkerhetskopiering av program avses sådana kopior som görs av säkerhetsskäl. Detta innebär enligt kommissionen att det endast är tillåtet att göra en backup kopia.<sup>106</sup>

Varje medlemsstat i EU skall i sin lagstiftning dessutom godkänna studerandet av datorprogrammet. Direktivet om upphovsrättsligt skydd av datorprogram behandlar även frågan om dekompiletion.<sup>107</sup> I undantagsfall tillåts dekompiletion av datorprogrammet.<sup>108</sup> Innehavaren av ett datorprogram får då undersöka dess funktioner för att ta reda på idéer och principer bakom programmet, om detta sker i samband med laga användande av datorprogrammet.<sup>109</sup> Dekompilationen innebär i första stadiet en kopiering av objekt koden, vilket i sig innebär en kränkning av upphovsrätten. Regleringen angående kopiering och dekompiletion har en stor ekonomisk inverkan på datorindustrin. Som följd får dekompiletion inte användas för att skapa konkurrerande produkter.

---

<sup>101</sup> Artikel 4, 91/250/EEG

<sup>102</sup> Artikel 64(c) 91/250/EEG

<sup>103</sup> Ingressen stycke 7

<sup>104</sup> Artikel 5(1) 91/250/EEG

<sup>105</sup> Artikel 5(2) 91/250/EEG

<sup>106</sup> Bentley och Sherman, sidan 219, samt Report from the Commission on the implementation and effects of Directive 91/250/EEG

<sup>107</sup> Ingressen styckena 20 och 21

<sup>108</sup> Bentley och Sherman, sidan 46

<sup>109</sup> Artikel 5(3), 91/250/EEG

För att kunna använda datorprogram och skapa kompatibla produkter kan det ibland vara nödvändigt att dekompileera datorprogram. Därför står det klart att dekompileation bland annat är tillåtet för att möjliggöra interoperabilitet till andra datorprogram. Detta är dock beroende av att man har rätt att använda datorprogrammet, informationen som behövs inte är tillgänglig på något annat sätt samt att åtgärderna är begränsade till att gälla de delar av originalprogrammet som är nödvändiga för att uppnå samverkan. Den informationen man får fram genom dekompileationen får inte heller användas till någonting annat än att skapa den eftersträvade samverkanförmågan.<sup>110</sup> Genom att förse företagen med den information de behöver för att kunna skapa kompatibla produkter, som exempelvis IBM gör, innebär det att dekompileering inte är nödvändig och därför inte heller tillåten.<sup>111</sup>

## 8.7 En jämförelse mellan upphovsrätten inom den EU och USA

Mycket av upphovsrättsskyddet för datorer är i dagsläget harmoniserat på grund av de internationella konventionerna, som exempelvis Bernkonventionen. Själva tanken bakom upphovsrätten är därför densamma i de olika jurisdiktionerna. Därför är det inte underligt att man i många avseenden har nått liknande resultat när man har gjort bedömningar avseende omfånget av det upphovsrättsliga skyddet.

Både inom EU och i USA har man kommit fram till att upphovsrätten inte skyddar idéer i sig som ligger bakom datorprogrammet. Idéerna skyddas endast i sin uttryckta form, och andra kan därför använda idéerna, exempelvis en viss funktion genom ett datorprogram, så länge man inte gör intrång i upphovsrätten vid utvecklandet av det konkurrerande datorprogrammet.

De internationella konventionerna har dock endast reglerat minimiskyddet och därför föreligger en hel del skillnader mellan jurisdiktionerna vad avser undantagen från upphovsrätten. Tyvärr föreligger det ännu idag avvikelse mellan medlemsstaterna inom den europeiska unionen, vilket gör det svårt att tala om unionen som en enhet trots den enhetliga lagstiftningen så finns det olika rättstraditioner som skapar avvikande tolkning av gällande rätt i de olika konflikter som kan tänkas uppstå.

---

<sup>110</sup> Artikel 6, 91/250/EEG

<sup>111</sup> Bentley och Sherman, sidan 220 samt artikel 6(1) 91/250/EEG

I USA har man tagit fram ett test där man delar upp datorprogrammet i dess beståndsdelar för att analysera vilka delar som skall anses vara skyddade under upphovsrätten. Detta innebär helt klart en begränsning av upphovsrättsskyddet jämfört med om man hade tagit hela verket och jämfört det med det efterföljande verket. Detta innebär i sig en utveckling där man har valt att gå mot en lägre skyddsnivå under upphovsrätten.

## PATENTRÄTTEN

### 9.1 Allmänt om patenträtten

Patent är ett av de starkare immaterialrättsliga skydden. Eftersom man i samband med ansökan om patentet får lämna in de omfångskrav man har på sin produkt får man ett besked om vad som anses vara skyddat i och med beviljandet av själva patentet. Detta innebär en strategisk fördel bland annat genom att patenthavaren har maktmedel att sätta bakom i en eventuell intrångsvist på så sätt att det går att direkt visa att man har ett patentkrav registrerat.

Omfånget av patentets giltighet bestäms av de patentkrav som sätts upp i samband med patentansökan. Att kommersiellt nyttja de företeelser som faller in under patentet utgör patentintrång, och är straffbart och därför kan medföra stora ekonomiska kostnader.

Generellt finns flera olika typer av patent.<sup>112</sup> Det ligger dock inte inom syftet att redogöra för de olika typer av patent som finns och därför kommer i den följande texten endast att redogöras för de kriterier och den rättspraxis som sätter ramarna för patenterbarheten för datorprogram.

---

<sup>112</sup> Exempelvis finns enligt USPTO tre olika typer av patent; Utility patents, plant patents och design patents. Mer information om de olika typerna av patent återfinnes på;  
<http://www.uspto.gov/web/offices/pac/doc/general/index.html#patent>

## 9.2 Patenträtten i USA

I USA är man tydligt intresserad av att främja den tekniska utvecklingen. Detta avspeglas tydligt i den amerikanska konstitutionen där man talar om att patentlagarna är till för att ”*promote the Progress of... useful Arts, by securing for limited Time to... Inventors the exclusive rights to their ...Discoveries*”.<sup>113</sup> Att det här principiella uttalandet kodifieras i konstitutionen gör att det förefaller som om patenträtten har en speciell prioritet i USA.

Den nationella myndigheten som beviljar patent är US Patent and Trademark Office (USPTO). Enligt statistik från USPTO beviljades vid myndigheten cirka 187 000 patent under år 2003. Av dessa 187.000 patent hade ungefär hälften av de sökande sin hemvist utanför USA<sup>114</sup>

### 9.2.1 Kriterier för patenterbarhet

Under den amerikanska lagstiftningen finns inga undantag från objekt som i sig anses vara patenterbara.<sup>115</sup> Patenterbarheten av ett objekt är i huvudsak beroende av tre olika kriterier. Det första kriteriet är att objektet skall vara en nyhet.<sup>116</sup> Nyhetskravet innebär att uppfinningen inte får ha använts av andra inom landsgränserna innan ansökan har inkommit till PTRO. Skulle uppfinningen ha patenterats eller på något sätt offentliggjorts, genom exempelvis publicering, så anses nyhetskravet ej vara uppfyllt och patentansökan kan inte beviljas.<sup>117</sup> Det andra kriteriet är att uppfinningen skall ha en ”*utility*”, det vill säga en användning.<sup>118</sup> Det tredje kriteriet är att uppfinningen dessutom skall vara icke-uppenbar.<sup>119</sup>

Ytterligare krav finns dessutom för att en patentansökan skall godkännas. Patentansökan vara så pass klar och tydlig att en yrkesman med gängse kunskap inom området skall kunna använda uppfinningen utifrån den ansökan som har lämnats in till patentmyndigheten.<sup>120</sup>

---

<sup>113</sup> Kirsch, Software protection: Patents versus Copyrights

<sup>114</sup> [http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/cst\\_all.pdf](http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/cst_all.pdf)

<sup>115</sup> McCoy och Spence

<sup>116</sup> 35 U.S.C. §101

<sup>117</sup> Francis, William H., Collins, Robert C., sidan 185 lagtext §102 U.S.P.A.

<sup>118</sup> 35 U.S.C §102

<sup>119</sup> 35 U.S.C. §103 samt Merges, Menell och Lemley, sidan 131

<sup>120</sup> 35 U.S.C. §112



Dessutom skall objektet för att anses vara patenterbart ligga inom området för teknik. Datorprogram anses dock alltid ligga inom området för teknik enligt ”*USPTO Guidelines for computer related inventions*”.<sup>121</sup>

Eftersom ingen specifik lagstiftning har utvecklats för att reglera patenterbarheten av datorprogram i USA är man hänvisad till att uttolka rättsläget utifrån den praxis som vuxit fram genom de rättsfall som har behandlats i de högsta instanserna. En slutsats av de amerikanska patenterbarhetskraven är dock att alla datorprogram är patenterbara så länge det ger ett ”*useful, concrete and tangible result*”.<sup>122</sup> Inga uppfinningar utesluts därför per se utan en individuell bedömning görs i varje fall utifrån den lagstiftning som reglerar patenterbarheten. För underlättandet av processen för beviljande av patent för datorprogram och datorrelaterade uppfinningar samt för att underlätta för de sökande har man vid USPTO satt om ett dokument som fungerar som en guideline angående vad som anses vara gällande rätt för att underlätta förfarandet.<sup>123</sup>

## 9.2.2 Patenterbarhet av datorprogram i USA

Till en början var den amerikanska patentmyndigheten ovillig att bevilja patent för datorprogram.<sup>124</sup> Även Högsta Domstolen<sup>125</sup> vägrade i flertalet rättsfall till en början att godkänna patent som skydd för datorprogram. Redan 1972 behandlades frågan av Högsta Domstolen i fallet ”*Gottschalk v. Benson*”.<sup>126</sup> Svaranden hade där ansökt om ett patent för en uppfinning för behandlingen av data genom ett program för översättning av binära tal med decimaler till binära tal. Patentkravet inskränkte sig inte till något speciellt område utan i generellt syfte för digitala datorer.<sup>127</sup> Kravet var brett då det omfattade samtliga typer av digitala datorer och inte något särskilt område av teknik. Utfallet i domstolen blev dock att datorprogrammet inte kunde anses vara patenterbart eftersom man ansåg att det innebar att

---

<sup>121</sup> sidan 2

<sup>122</sup> EU software patents Directive: a missed opportunity, samt *State Street Bank & Trust v. Signature Financial Group* (1998) 149

<sup>123</sup> Detta dokument finns tillgängligt på;

<http://www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/analysis/files/guides.doc>

<sup>124</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 1007

<sup>125</sup> Med Högsta Domstolen avses Supreme Court.

<sup>126</sup> Supreme Court of the United States 409 U.S. 63 (1972)

<sup>127</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 1008

man uteslöt andra från att använda den matematiska formel som låg till grund för patentansökan på digitala datorer.<sup>128</sup>

Trots att ingen ny lagstiftning införts i USA angående patenterbarhet av datorprogram sedan dess är det numera en självklarhet att datorprogram skyddas av patenträtten. Genom fallet "*Diamond v. Diehr*"<sup>129</sup> kom Högsta Domstolen 1981 fram till att faktumet att ett datorprogram ingick som en del av en patentansökan inte gjorde att en uppfinning var icke-patenterbar i sig. Man ansåg att datorprogram var patenterbara så länge som de inte endast utgjorde en procedur för att lösa en matematisk formel.<sup>130</sup> Man uttalade också att allting principiellt var patenterbart utom tre typer av objekt som inte kunde få patentskydd, nämligen naturlagar, naturliga fenomen samt abstrakta idéer.<sup>131</sup>

I "*In re Alappat*"<sup>132</sup> överklagades ett negativt beslut i en patentansökan.<sup>133</sup> Även i det här fallet behandlade man patenterbarheten av datorprogram och försökte i och med rättsfallet att förtydliga den gällande rätten inom området. Patentansökan avsåg ett program som skulle skapa "*a smooth waveform display in a digital oscilloscope*".<sup>134</sup> I patentansökan angav man att patentkraven för uppfinningen var en "maskin" grundad på ett flertal matematiska beräkningar.<sup>135</sup> En diskussion fördes därför i fallet angående hur man skulle betrakta patenterbarheten med tanke på undantaget för patenterbarhet på grund av matematiska algoritmer.

Patentet tilläts i fallet eftersom man ansåg att programmeringen i sig skapade en ny maskin eftersom den ursprungliga datorn får en ny funktion.<sup>136</sup> Objektet för ansökan ansågs inte endast utgöra en matematisk formel. En faktor som dock verkade påverka detta var att formuleringen av patentansökan inte heller ansågs vara alltför bred och därför inte ansågs kunna hindra framtida uppfinningar.<sup>137</sup> Den patentansökta uppfinningen hade dessutom en

---

<sup>128</sup> *ibid*, sidan 1012

<sup>129</sup> Supreme Court of the United States 450 U.S. 175 (1981)

<sup>130</sup> Kirsch, Software protection: Patents versus Copyrights

<sup>131</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 1021

<sup>132</sup> 33 F.3d 1526 (Fed. Cir. 1994) (en banc), Merges, Menell och Lemley, sidan 902

<sup>133</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 1016

<sup>134</sup> *ibid*, sidan 1016

<sup>135</sup> *ibid*, sidan 1020

<sup>136</sup> *ibid*, sidan 1027

<sup>137</sup> *ibid*, sidan 1022

praktisk användning och ansågs därför uppfylla kriterierna för patenterbarhet till trots att det endast var matematiska beräkningar som låg bakom programmet.<sup>138</sup>

I fallet ”*State Street Bank & Trust Co. v. The Signature Financial Group, Inc*”<sup>139</sup> fanns redan ett patent på ett datorprogram som hade till uppgift att övervaka och dokumentera informationsflöden av ekonomisk natur, samt göra en del matematiska beräkningar för exempelvis slutkurser på finansiella instrument. The Signature Financial Group hävdade att ”uppfinningen” inte var patenterbar eftersom den inte mötte kraven i § 101. Paragrafen reglerar patenterbarhet och räknar upp de fyra kategorier som anses patenterbara. Dessa är processer, maskiner, tillverkning eller ”*composition of matter*”<sup>140</sup> eller någon ny och användbar förbättring därav.<sup>141</sup> Detta tog man hänsyn till i fallet ”*State Street*” där man fastslog att även en process kunde vara patenterbar. Den patenterade uppfinningen utgjorde en process för komplicerade beräkningar och hade inte något fysiskt krav kopplat till sig.<sup>142</sup> Skillnaden i fallet mellan patenterbar och icke-patenterbar uppfinning som grundar sig på en matematisk algoritm anses bero på huruvida uppfinningen är användbar och icke-användbar. I och med fallet blev ”*useful, concrete and tangible result*” en del av praxisen för att bedöma huruvida patenterbarhet av ett datorprogram var möjligt eller inte.<sup>143</sup>

Matematiska algoritmer är inte patenterbara till den del de representerar en abstrakt idé och de anses då inte heller som ”användbara”.<sup>144</sup> Har de en användning och skapar ett ”*konkret resultat*” anses de dock vara patenterbara i enlighet med resonemanget i Diehr.<sup>145</sup> Det verkar därför saknas ett krav på teknisk effekt för patenterbarheten av datorprogram under amerikansk nationell rätt.

---

<sup>138</sup> *ibid*, sidan 1039

<sup>139</sup> U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit

<sup>140</sup> ”*Composition of matter*” refereras till i den följande texten såsom ”*sammanfattning*”.

<sup>141</sup> USPTO guidelines, C. IV. A. Consider the Breadth of 35 U.S.C. § 101 Under Controlling Law

<sup>142</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 1037

<sup>143</sup> *ibid*, sidan 1036

<sup>144</sup> *ibid*, sidan 1036. För mer information om kravet på användbarhet se ”USPTO guidelines, C. IV. A. Consider the Breadth of 35 U.S.C. § 101 Controlling Law”

<sup>145</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 1036

### 9.3 Patenträtten i EU

Inom den Europeiska Unionen finns en mängd olika direktiv för att harmonisera de olika områdena av patenträtten. Dock saknas det än så länge en reglering av patenterbarhet av datorprogram på inom den Europeiska Unionen. Istället blir detta en fråga för nationell rätt i det landet där ansökan lämnas in. Inom patenträtten finns dock även ett samarbete med övriga europeiska länderna genom ”*European Patent Convention*” (EPC) och ”*European Patent Office*” (EPO).

#### 9.3.1. European Patent Convention (EPC)

Det första europeiska patentsamarbetet stod klart 1978 och hade EPC som grund. EPC har ratificerats av de flesta länderna i Europa och inte bara medlemsstaterna i EG.<sup>146</sup> För närvarande deltar 30 länder i samarbetet.<sup>147</sup> Myndigheten som utfärdar de europeiska patenten är ”the European Patent Office” (EPO).

EPC reglerar förfarandet för ansökningar och meddelandet av patentet. EPC sätter även upp de krav som finns för patenterbarhet och omfånget av monopolskyddet av uppfinningarna i sig. Vissa uppfinningar exkluderas kategoriskt från patenterbarhet.<sup>148</sup> Patenterbarhet utesluts också för uppfinningar som är mot ”ordre republic” och ”allmän moral”

För patenterbarhet enligt EPC krävs det att objektet är en uppfinning, att det är en nyhet, att den har industriell tillämpbarhet och att den har uppfinningshöjd.<sup>149</sup> Däremot reglerar EPC inte patentens rättsverkningar.<sup>150</sup> Därför finns det trots EPC och den centrala myndigheten EPO idag fortfarande ingen generell europeisk patenträtt som gäller över hela Europa. Varje nation prövar själv huruvida intrång i patent har gjorts eller inte, medan EPO avgör i frågan om patentens giltighet i sig.

---

<sup>146</sup> Artikel 165 EPC

<sup>147</sup> Länderna som är anslutna till EPC är; Belgien, Bulgarien, Cypern, Danmark, Estland, Finland, Frankrike, Grekland, Irland, Island, Italien, Lettland, Liechtenstein, Luxemburg, Monaco, Nederländerna, Polen, Portugal, Rumänien, Schweiz, Slovakien, Slovenien, Spanien, Storbritannien, Sverige, Tjeckien, Turkiet, Tyskland, Ungern, Österrike. Uppgifter om de anslutna medlemsstater finns på: <http://www.european-patent-office.org/epo/members.htm>

<sup>148</sup> Artikel 52

<sup>149</sup> Artikel 52 EPC

När man gör en patentansökan inom systemet för EPC skall ansökan lämnas in till en nationell patentmyndighet där man designerar de länder där man önskar få ett giltigt patent.<sup>151</sup> Europeiska patentansökningar, avseende flera jurisdiktioner, behandlas och prövas dock alltid av EPO, även om de lämnas in på nationell nivå.<sup>152</sup> Ansökningarna kan antingen lämnas in till den nationella patentmyndigheten eller direkt till EPO.<sup>153</sup> EPO prövar patenterbarhet och patentet blir efter godkännande giltigt i de länder man har designerat som länder där man vill ha patentskyddet som nationella patent. Det europeiska patentet består alltså av flera nationella patent vars giltighet prövas i domstol på nationell nivå. Ogiltigförklarandet på nationell nivå av ett av de nationella patenten påverkar inte giltigheten av de övriga patenten. Dock kan en ogiltighetstalan riktas mot patentet via EPO inom nio månader efter dess beviljande. Skulle EPO finna patentet ogiltigt kan samtliga nationella patent återkallas.<sup>154</sup>

EPO hanterar dock inte frågor om intrång i patent, utan dessa avgöranden ligger hos de nationella domstolarna i de olika medlemsstaterna att avgöra.<sup>155</sup> Omfattningen av patentskyddet utgörs av patentets patentkrav, det vill säga de ”inmutningar” som görs genom patentansökan, men för att uttolka dessa skall även beskrivningar och ritningar användas i en eventuell intrångsbedömning.<sup>156</sup>

Ett patent meddelat av EPO kan endast återkallas av en nationell rätt under förutsättning att man kommer fram till att patent inte skulle ha beviljats i som EPC sätter upp som kriterier för patenterbarhet.<sup>157</sup> De nationella domstolarna skall därför inte enligt EPC riva upp beviljade patent på grund av regleringar i den nationella lagstiftningen. Detta innebär, enligt konventionstexten, att patent för mjukvara som är patenterad under EPC inte kan återkallas i någon medlemsstat beroende på att man inom nationell rätt inte erkänner patenterbarhet av datorprogram.

---

<sup>150</sup> Kockvedgaard och Levin, sidan 190

<sup>151</sup> ibid, sidan 202

<sup>152</sup> ibid, sidan 203

<sup>153</sup> ibid, sidan 204

<sup>154</sup> Artikel 99 EPC

<sup>155</sup> Prime, sidan 176

<sup>156</sup> Artikel 69 EPC

<sup>157</sup> Artikel 138 EPC

### 9.3.2. Community Patent Convention (CPC)

Även inom den Europeiska Unionen har man gjort ett försök att sätta upp ett samarbete för ett enhetligt "Gemenskaps Patent" genom "the Community Patent Convention". Även "tilldelandet" av patent genom CPC innebär att man får nationella patent i medlemsstaterna.<sup>158</sup> Konventionen upprättades dock först efter EPC och har på grund av det till antal färre anslutna parterna en mindre territoriell giltighet än patent som meddelas genom EPO. CPC kommer dock inte att behandlas i den fortlöpande texten eftersom den inte är i trätt i kraft eftersom konventionen inte har ratificerats av alla medlemsstaterna ännu.<sup>159</sup>

I CPC, till skillnad från EPC, tar man ställning i frågan om patentintrång.<sup>160</sup> Tanken med CPC var dessutom att man skulle ha en gemensam domstol för bland annat överklagande av beslut. Detta skulle vara någonting som inverkar positivt på harmoniseringen av patenträtten inom EU på grund av att domstolen skulle kunna utveckla en praxis av tolkningen av den gemensamma rätten som skulle vägleda de nationella domstolarna i sina avgöranden. Införandet av en gemensam domstol skulle därför ha en positiv effekt på patenträtten inom unionen.

### 9.3.3. Kriterier för patenterbarhet under European Patent Convention

För att en uppfinning skall kunna vara patenterbar hos EPO måste den möta de kriterier som har satts upp som grund för granskning och beviljning genom EPC och EPC guidelines. För att objektet skall möta kriterierna för patenterbarhet under EPC krävs det att det är en uppfinning med en industriell tillämpbarhet, vilket innebär att objektet kan användas i någon form av industri.<sup>161</sup> Uppfinningen måste dessutom vara ny och den måste ha en viss uppfinningshöjd, vilket innebär att den skall skilja sig från den teknik som finns offentliggjord den dagen då patentansökan lämnas in.<sup>162</sup> Detta innebär att uppfinningen i sig inte får vara

---

<sup>158</sup> Prime, sidan 211

<sup>159</sup> ibid, sidan 174

<sup>160</sup> ibid, sidan 211

<sup>161</sup> Artikel 57 EPC

<sup>162</sup> Artikel 56 EPC samt Domeij, Fokus på patenträtten, sidan 44. Kravet på uppfinningshöjd innebär dock inte att den tekniska lösning som presenteras måste vara kvalitativt bättre än de lösningar som redan finns, utan bara att det skall vara en annan teknisk lösning enligt EPO guidelines C IV 1.3

uppenbar för en person med kunskap inom området för tekniken.<sup>163</sup> EPO gör därför en nyhetsprövning innan patentet beviljas för att kontrollera huruvida det föreligger något nyhetshinder och för att uppfinningen skall anses vara ny innebär att den inte får ha varit offentliggjord på något sätt innan ansökan om patent har lämnats in till EPO. Nyhetskravet i sig anses vara uppfyllt om det föreligger skillnad mellan uppfinningen och den hittills kända tekniken.<sup>164</sup>

Ytterligare några kriterier för patenterbarhet finns dock utöver de fyra grundläggande. Dessa krav är att en expert enligt artikel 83 EPC skall kunna återskapa uppfinningen utefter den beskrivning som ges i patentansökan. Dessutom måste uppfinningen ha "teknisk karaktär".<sup>165</sup> Kravet på teknisk karaktär innebär dock att den måste ligga inom ett tekniskt område, föra ett tekniskt problem eller ha tekniska "särdrag".<sup>166</sup> Däremot så krävs det inte att uppfinningen utgör ett tekniskt framsteg för att vara patenterbar.<sup>167</sup>

Ett flertal saker, såsom exempelvis datorprogram, upptäckter och matematiska metoder, räknas uttryckligen inte som uppfinningar.<sup>168</sup> De anses därför vara uteslutna från patenterbarhet "i sig" enligt artikel 52 EPC. Utveckling av patenterbarheten av datorprogram kommer att behandlas utförligare nedan genom praxis från EPO.

#### 9.4 Vilket skydd ger patentet i EU?

Patentskyddet innebär att ingen annan än patentinnehavaren får "tillverka, utbjuda eller använda patentskyddat alster", "använda patentskyddat förfarande" eller "utbjuda, bringa i omsättning eller använda alster som tillverkats enligt patentskyddat förfarande".<sup>169</sup> Patentskyddet omfattar dock endast ensamrätt till utnyttjanden som sker yrkesmässigt.<sup>170</sup> En

---

Enligt "Guidelines for examination Part C chapter IV Patentability 9.2 State of art: date of filing" gäller dagen som brytgräns för nyhetskrav om inte annan prioritetsdag finns för bestämning av granskningen.

<sup>163</sup> Article 56 EPC, Koktvedgaard och Levin sidan 245

<sup>164</sup> Artikel 54 EPC

<sup>165</sup> Detta framgår tydligt av Regel 27(1)(a),(c) samt Regel 29(1) som presenteras under EPO guidelines section C IV 1.2

<sup>166</sup> EPC guidelines Part C Chapter IV Patentability 1.2 Further requirements

<sup>167</sup> ibid

<sup>168</sup> Artikle 52(2) EPC

<sup>169</sup> 3§ Patentlagen samt artikel 74 EPC

<sup>170</sup> 3§ st2 p.1 Patentlagen samt artikel 74 EPC

regel motsvarande den svenska angående rätten att utnyttja uppfinningen för experiment avseende själva uppfinningen finns i de flesta europeiska staterna.<sup>171</sup>

Vad man måste ta i beaktande när det gäller EPO är att de nationella domstolarna indirekt påverkar omfånget av patenten genom att det endast är de nationella domstolarna som avgör i konflikter angående patentintrång. Därför kommer omfånget att patentskyddet inte att behandlas i den följande redovisningen.

#### 9.4.1 Praxis för patenterbarhet av datorprogram från EPO:s besvärskammare<sup>172</sup>

Som nämnts ovan utesluter EPC datorprogram under artikel 52 från de objekt som anses vara patenterbara. Trots detta har EPO beviljat mer än 20 000 patent för datorprogram.<sup>173</sup> Den lagtext som EPO skall följa i granskningen är EPC, och eftersom EPO är ett patentorgan anses det inte vara bundet av de internationella konventioner som nationerna inom den Europeiska Unionen har tillträtt.<sup>174</sup>

Genom fallet VICOM<sup>175</sup> fastslog EPO:s besvärskammare att det inte var tillräckligt i sig att en patentansökan avsåg datorprogram för att det skulle anses icke-patenterbar. Ansökan gällde en metod för att *”digitally processing images in the form of two-dimensional data array having elements arranged in rows and columns in which an operator matrix of a size substantially smaller than the size of the data array is convolved with the data array, including sequentially scanning the elements of the data array with the operator matrix, characterised in that the method includes repeated cycles of the sequential scanning the entire data array with a small generating kernel operator matrix to generate a convolved array and then replacing the data array as a new data array; the small generating kernel remaining the same for any single scan of the entire data array and although comprising at least a multiplicity of elements, nevertheless being of a size substantially smaller than required of a*

---

<sup>171</sup> Domeij, Läkemedelspatent, sidan 457

<sup>172</sup> Med EPO:s besvärskammare avses ”Technical Board of Appeal” som är sista instans när det gäller patenterbarhet vid EPO

<sup>173</sup> 2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar, sidan 2

<sup>174</sup> I avgörandet från T 1173/97 uttalar Technical Boards of Appeal att man inte anser sig vara bundna av TRIPS eftersom EPO inte är medlem av WTO. Det enda man anser sig vara tvungen att följa är EPC samt EPC guidelines i avgörandet huruvida patent skall beviljas eller inte. Inte heller ekonomiska argument ansågs kunna ligga till grund för ett avgörande angående om patenterbarhet av datorprogram förelåg eller inte.



*conventional operator matrix in which the operator matrix is convolved with the data array only once, and the cycle being repeated for each previous new data array by selecting the small generating kernel operator matrices and the number of cycles according to conventional error minimisation techniques until the last new data array generated is substantially the required convolution of the original data array with the conventional operator matrix*".<sup>176</sup>

Den undersökande enheten<sup>177</sup> underkände patentansökan i fallet VICOM på grunden att man ansåg att uppfinningen baserade på en matematisk metod och att den därför inte hade teknisk karaktär och följaktligen inte var patenterbar. Ärendet gick därför vidare till besvärsinstansen. Besvärskammaren hävdade att bara för att en matematisk process var inblandad i en patentansökan innebar det inte att uppfinningen i sig var icke-patenterbar. Om en matematisk metod får en fysisk effekt, exempelvis på en dator, innebär det att man inte söker skydd för den matematisk metod i sig.<sup>178</sup> Man framhöll även att en teknisk process som utförs under kontroll under ett program inte kan anses som "*relating to a computer program as such*" inom meningen för EPC artikel 52(3)". Patentkraven skulle därför kunna vara tillåtna enligt artikel 52 EPC. Slutsatsen av fallet är alltså att bara för att en matematisk process är del av uppfinningen och att kravet för patentet är en teknisk process utförd under kontroll av ett program inte innebär att uppfinningen utesluts från patenterbarhet på grunden att det skulle vara ett datorprogram i sig med en underliggande matematisk process. Kravet på teknisk effekt kvarstår dock ändå. Patentet beviljades och detta har tolkats som att förbättringarna av bilderna, som var konsekvensen av programmet, ansågs vara den tekniska effekten av datorprogrammet.<sup>179</sup>

Enligt EPC har man traditionellt ansett att datorprogram utesluts från patenterbarhet i och med artikel 52 EPC. Artikel 52 tar dock bara upp datorprogram i sig<sup>180</sup>, vilket man från besvärsinstansen har tagit fasta på i flertalet avgöranden. Ett av de fallen där man har gjort en uttolkning av vad i sig innebär för patenterbarheten av datorprogram är "*IBM/ Computer*

---

<sup>175</sup> Vicoms Application (1987) O.J. EPO 14, Tech. Bd. App, Cornish sidan 58 T 208/84

<sup>176</sup> Cornish, sidan 58

<sup>177</sup> Med undersökande enheten avses "*examining division*" inom EPO.

<sup>178</sup> Cornish, sidan 59

<sup>179</sup> *ibid*, sidan 62

<sup>180</sup> Artikel 52(2)(c) EPC

*programs*".<sup>181</sup> Patentansökan inkluderade både patentkrav för datorprogrammet i sig samt för "software recorded in the computer-readable medium".<sup>182</sup> Patentansökan avsåg "a method for allowing information in a data-processing system that displayed in one window was obscured by another window".<sup>183</sup> Den undersökande enheten underkände patentansökan på den grunden att den avsåg ett datorprogram. Frågan om patenterbarhet gick därför vidare till besvärskammaren. Där ansåg man att artiklarna 52(2) och 52(3) endast visade på att datorprogram inte var patenterbara i sig, men att de inte var helt uteslutna genom formuleringen av artiklarna. Datorprogram skulle vara patenterbara, precis som andra uppfinningar, så länge de hade teknisk karaktär.<sup>184</sup>

Även i fallet T 1173/97<sup>185</sup> behandlade EPO:s besvärinstans patenterbarhet av program samt kravet på teknisk karaktär för datorer. Den undersökande enheten underkände patentansökan för en metod som skulle innebära "resource recovery" i ett datorsystem under vissa förutsättningar. Att man underkände ansökan berodde återigen på att man ansåg att datorprogram inte var patenterbara enligt EPC artikel 52. Ärendet gick vidare till besvärinstansen där man gjorde en tolkning av artikel 52 och kom fram till att texten inte uteslöt alla datorprogram från patenterbarhet. I enlighet med EPC artikel 52(2) och (3) ansåg man att datorprogram i sig inte är patenterbara. Detta innebär även att ingen teknisk effekt kan anses uppkomma genom datorprogram per se. Datorn i sig utgör en teknisk apparat och alla datorprogram har till syfte att skapa en fysisk effekt på datorn.

Den ordinära fysiska effekten på datorn kan inte anses utgöra en teknisk effekt, vilket är kraven för att ett datorprogram skall kunna patenteras. Detta eftersom alla datorprogram i så fall skulle ha en teknisk effekt och därför även vara patenterbara. I EPC 52 står det dock klart att man inte avser att samtliga datorprogram skall vara patenterbara, utan teknisk effekt föreligger exempelvis när finnes exempelvis då datorprogram löser ett tekniskt problem, mjukvaran genom hårdvaran styr en industriell process, eller när ett datorprogram i övrigt skapar en teknisk effekt eller ger instruktioner som har teknisk karaktär.<sup>186</sup> Fallet beordrades av besvärskammaren åter till undersökande enheten som fick i uppgift att göra en

---

<sup>181</sup> (T935/97) (1999) EPOR301, 309

<sup>182</sup> Bentley och Sherman, sidan 419

<sup>183</sup> ibid

<sup>184</sup> ibid, sidan 420

<sup>185</sup> (2000) EPOR 219,226

<sup>186</sup> Avsnitt 6.4 (T1173/97)

patenterbarhetsbedömning utifrån de principiella uttalandena som besvärsinstansen hade gjort i fallet.

#### 9.4.2 Patenterbarhet av datorprogram enligt EPO

Domeij talar om att man från EPO:s sida i modern tid har valt att tolka rättskällorna på ett ändamålsenligt sätt.<sup>187</sup> Detta eftersom man behöver möta de rent ”rättsekonomiska” perspektiven på patenterbarheten av datorprogram. Det är en teori som är ganska trolig eftersom man från EPO:s sida har beviljat patent för datorprogram trots att dessa varit undantagna från patenterbarhet enligt EPC 52(2). Från EPO:s praxis kan man utläsa att man bevilja patent i de fall där det finns en teknisk effekt av datorprogrammen. En konflikt finns mellan olika intressenter angående huruvida ett datorprogram kan anses vara en uppfinning och följaktligen patenterbar. Det som patentet beviljas på är dock inte själva den bakomliggande koden utan den funktion, metod eller process som blir konsekvensen av datorprogrammet.<sup>188</sup>

Enligt den gällande praxisen från besvärskammaren har man fastslagit att alla datorprogram är patenterbara, så länge de möter patentkraven och har en teknisk effekt.<sup>189</sup> Att datorprogrammen i sig är exkluderade från patenterbarhet enligt EPC är ingenting som anses hindra att datorrelaterade uppfinningar så länge de möter de vanliga kraven på uppfinning och teknisk effekt.

Ett av problemen med patenterbarheten för datorprogram är kravet på att det skall ha en teknisk karaktär. Enligt EPO är det inte tillräckligt att datorn i sig har en teknisk karaktär, utan även objektet för patentansökan, det vill säga datorprogrammet, måste ha en teknisk karaktär för att ett patent skall kunna beviljas.<sup>190</sup> Dock är det inte klart vad teknisk karaktär kan tänkas innebära i de enskilda fallen och enligt uttalanden från Europaparlamentet anser man att teknisk karaktär i dagsläget bedöms olika i olika fall.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> Domeij, ”Läkemedelspatent”, sidan 20

<sup>188</sup> Detta enligt Patent och Registreringsverkets information tillgänglig på;  
[http://www.prv.se/patent/datorprogram\\_patent.html](http://www.prv.se/patent/datorprogram_patent.html)

<sup>189</sup> Cornish, sidan 62

<sup>190</sup> ibid, sidan 64

<sup>191</sup> Detta enligt den sammanfattning av det föreslagna direktivet angående patenterbarhet av datorrelaterade uppfinningar som återfinnes på; <http://europa.eu.int/scadplus/leg/sv/lvb/l26090.htm>

Det problem som verkar föreligga idag är alltså att enligt den gällande praxisen från EPO i förhand fastställa vad som utgör teknisk karaktär och vad som inte gör det.<sup>192</sup> I det föreslagna direktivet för patenterbarhet av datorrelaterade uppfinningar<sup>193</sup> talar man i direktivets artikel 2(b), om att ett tekniskt bidrag är ”*a contribution to the state of art in the technical field*”.<sup>194</sup> Det ”*tekniska fältet*” är i sin tur definierat som ”*an industrial application domain requiring the use of controllable forces of nature to achieve predictable results*”.<sup>195</sup>

Dock verkar det i dagsläget med ledning av praxis från EPO som om ett datorprogram anses vara av teknisk karaktär om det innehåller en teknisk aspekt, löser ett tekniskt problem eller kan få datorer att fungera utanför sin givna funktion.<sup>196</sup> I 1173/97 talar man om att teknisk effekt kan bestå av en effekt som ”*fullgörs genom hårdvaran*”.<sup>197</sup> Ett exempel på detta skulle vara att programmet ger instruktioner till hårdvaran som i sin tur med hjälp av instruktionerna fullgör en ”industriell process” i någon form.

## 10.1 En jämförelse mellan skyddet genom patent och upphovsrätt

Frågan huruvida datorprogram skall kunna skyddas genom upphovsrätten är sedan många år klarlagd. Upphovsrätten är numera ett väl etablerat skydd för datorprogram genom internationella regleringar. Effekten av upphovsrätten är en lång skyddstid men med ett relativt svagt skydd. Endast den uttryckta formen av idén skyddas enligt upphovsrätten, vilket innebär att en konkurrent kan ta fram ett liknande datorprogram som har samma effekt och funktion utan att intrång i upphovsrätten kan anses vara gjort från någon annan part. Upphovsrätten uppkommer i samband med skapandet, vilket gör att man undviker långdragna registreringsprocesser innan ett program kan lanseras på marknaden. Dock kan det vara svårt att göra en gränsdragning om var skyddet för datorprogrammet upphör, vilken kan vara en nackdel för upphovsmannen och även för efterkommande programutvecklare. Det som egentligen är det väsentliga när det gäller skyddandet av datorprogram är de funktionerna som programmet har och inte den bakomliggande kodningen för funktionerna. Eftersom

---

<sup>192</sup> Bentley och Sherman, sidan 423

<sup>193</sup> 2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar

<sup>194</sup> Bentley och Sherman, sidan 342

<sup>195</sup> 2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar artikel 2 (ba)

<sup>196</sup> Kockvedgaard och Levin, sidan 216

<sup>197</sup> Cornish, sidan 62

upphovsrätten endast skyddar det som är uttryckt innebär det att den endast skyddar kodningen för funktionerna och detta innebär att upphovsrätten egentligen är en skyddsform som är illa anpassad för datorprogram.

Patent uppkommer först efter en registreringsprocess, vilket innebär att produktansökan på marknaden troligtvis förskjuts jämfört med om man inte hade genomgått en patentansökningsprocess. Skaparen av programmet kommer även att få ökade kostnader för programmet på grund av hanteringen och avvaktandet av patentprocessen. Patentet innebär dessutom ett vidare skydd eftersom en efterkommande uppfinnare som kommer på samma sak, till skillnad från vid upphovsrätten, inte alltid kan hävda att det är en fristående uppfinning för att på den grunden nyttja objektet kommersiellt. Detta eftersom ett patent skyddar en lösning till skillnad från upphovsrätten som skyddar en uttryckt kreativ lösning. Patentet innebär dessutom en skriftlig "*inmutning*" av ett visst område vilket i sig rent taktiskt innebär en möjlighet att avskräcka efterkommande programutvecklare från att ge sig in i området. Patentet har därför ett mycket vidare skydd än upphovsrätten eftersom det är ett absolut skydd som omfattar rättigheten till en idé.

## 10.2 Hur påverkar patenterbarheten industrin?

Patentskyddet är ett av de starkare och mer omfattande skydden på så sätt att det i och med beviljandet av ett patent uppkommer ett monopolskydd som är definierat i patentkraven i ansökan. Patentkraven formuleras gärna till att vara så vida som möjligt från den sökandes sida, och tolkningen av omfattningen av patentkraven kan ibland vara svåra att göra. Dock står det klart genom patentkraven i patentansökan vad ensamrätten omfattar. Patent kan därför verka avskräckande för de övriga konkurrenterna på marknaden. I och med patentskyddet uppkommer en ensamrätt som består under en relativt lång tid med tanke på de datorrelaterade produkternas livstid på den kommersiella marknaden. Patenterbarheten av datorprogram påverkar de strategier som företagen lägger upp för att få så goda förutsättningar som möjligt för att kunna ha vinstgivande verksamhet.

Det har framhållits, bland annat från mindre företag och open source förespråkare, att patenterbarhet av datorprogram kan stärka de aktörer på marknaden som redan är starka.

Kostnaden, dels för förfarandet att utveckla en produkt samt även för själva ansökan om patentskydd, kan innebära ett hinder för små och medelstora företag inom mjukvaruindustrin. Det bredare skyddet som patenten innebär kan dessutom medföra en risk för att utvecklingen för datorprogram kommer att bromsas upp på grund av de inmutningar som görs inom olika områden. Precis som i alla andra industrier innebär ensamrätten en begränsning av de andra aktörernas frihet och forskningen och utvecklingen kan därför behöva anpassas så att inga patentintrång görs. Detta kan innebära att kostnaderna både för företagen och slutanvändarna kan komma att öka.

Den positiva effekten av patenterbarhet av datorprogram i Europa är att man har anpassat sig och har lite bättre konkurrensmöjligheter gentemot de andra aktörerna på den globala marknaden. Patentskyddet innebär även en större förutsebarhet jämfört med upphovsrättskyddet där det innan rättslig prövning inte alltid står klart vad skyddet omfattar i det individuella fallet. Patentskyddet innebär därför en större förutsebarhet för de övriga aktörerna på marknaden avseende vilka delar av ett program som är skyddade och vilka delar som inte anses vara skyddade under immaterialrätten.

### 10.3 Skillnaden skyddet för datorprogram mellan EU och USA

Ser man till den historiska anpassningen av immaterialrätten har USA varit betydligt snabbare att reglera skyddet av datorprogram. Redan under 1970-talet kom man fram till att man skulle införa specifik lagstiftning avseende upphovsrätten för datorprogram. När det gällde patenterbarheten av datorprogram var de amerikanska domstolarnas och patentmyndigheternas utgångspunkt att någon lagstiftning för patenterbarheten av datorprogram inte är nödvändig för att man skulle bevilja och upprätthålla patent för datorprogram. Den vida formuleringen av den amerikanska patentlagen underlättade även denna pragmatiska syn på rätten.

Inom den Europeiska Unionen har man inte varit lika snabb med regleringen av skyddet för datorprogram. Det upphovsrättsliga skyddet är sedan en tid tillbaka reglerat men man har ännu inte nått någon politisk lösning på unionsnivå angående patenterbarheten för datorprogram. Istället är det praxis från EPO som får representera den europeiska

ståndpunkten i den här frågan. Där har man med utgångspunkt av lagstiftningen gjort en tolkning att datorprogram skall anses vara patenterbara under vissa förutsättningar.

En av de grundläggande skillnaderna mellan systemet inom EU och det amerikanska systemet är dock hur man ser på det patenterbara objektet. Inom EU finns det ett krav att ett objekt skall vara en uppfinning. I den amerikanska lagstiftningen finns inte kravet på att objektet skall utgöra en uppfinning utan snarare är kriteriet för patenterbarhet att objektet skall vara skapat av människan. Detta illustreras i fallet "*Diamond v. Chakrabarty*"<sup>198</sup> där en patentansökan avsåg ett förfarande för framställandet av en bakterie och även för bakterien som slutgiltig produkt hade kommit in. Granskaren av patentet godkände ansökan i delarna som gällde själva framställandet. Dock godkändes inte bakterien i sig själv som patenterbar. Frågan gick dock vidare till högsta domstolen där man ansåg att det som var skapat av människan var patenterbart. Bakterien ansågs därför vara patenterbar trots att det var en levande organism.<sup>199</sup>

Ytterligare en aspekt som påverkat utvecklingen av de olika rättsordningarna är de olika juridiska system man har haft. Inom EU har man haft en lagstiftning som har reglerat både upphovsrätten och patenterbarheten av datorprogrammen.<sup>200</sup> Regleringen har skett på central europeisk nivå, men eftersom utövandet och tolkningen har skett på en lokal nivå inom varje medlemsstat har detta inneburit en svårighet med harmoniseringen inom den Europeiska Unionen. Rättspraxis har vuxit fram bland annat genom EPO:s besvärinstans som har gjort en egen uttolkning av gällande rättsakter och därifrån utökat den genom strikt tolkning av lagstiftningens ordalydelse. Den rättspraxis som har vuxit fram genom besvärskamrarna har troligtvis till viss del påverkats av den rättsliga utvecklingen i andra för Europa viktiga handelsnationer som exempelvis USA och Japan.

Utgångspunkten i de amerikanska bedömningarna har varit att det inte funnits några inskränkningar i patenterbarheten, utan det har varit upp till USPTO att granska och bevilja ansökningar utifrån den gällande lagstiftningen. Den amerikanska högsta domstolen har istället fått fastställa prejudicerande utslag i vad som skall anses vara patenterbart eller inte.

---

<sup>198</sup> Supreme Court of the United States 447 U.S., 206 U.S.P.Q. (BNA) 193 (1980)

<sup>199</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 139

Det torde vara helt klart att ett sådan förfarande ger ett större omfång för patenterbarhet jämfört med det europeiska systemet. Detta eftersom kommersiella intressen blir lättare att anpassa sig till i domstolen och man påverkas kanske lättare om man ser de ekonomiska värde som ligger bakom ett skydd. Dessutom borde systemet med rättsakter inskränkta genom case law ge ett större spann för anpassningen av utfallen i högsta instans eftersom man genom domarna inskränker patenterbarheten och därför indirekt binder USPTO att följa den praxis man har utvecklat eftersom aktörerna på marknaden annars vet att det är stor sannolikhet att patentet i en process skall anses vara ogiltigt och därför inte följer beslutet från patentmyndigheten.

En av de i dagsläget största skillnaderna mellan det ”europeiska” och amerikanska systemet angående patenterbarheten av datorprogram är att man i det amerikanska rättssystemet inte har något krav på tekniskt bidrag för att mjukvara skall anses vara patenterbar.<sup>201</sup> För patent beviljade vid EPO krävs det dock än så länge en teknisk effekt för att ett patent för ett datorprogram skall kunna beviljas.

#### 10.4 Rättsliga skillnader avseende patenterbarhet av datorprogram

Varken i USA eller i Europa har man än länge lagstiftat om att patent skall vara möjligt för datorprogram. Detta är snarare någonting som har vuxit fram på grund av det ökade trycket mot patentmyndigheterna.

Eftersom den amerikanska rättsliga utgångspunkten i stort sett är den motsatta från den europeiska, på så sätt att det saknas inskränkande lagstiftning avseende patenterbarhet, är det inte konstigt att man har nått fram till relativt sett olika lösningar för skyddandet av datorprogram. I USA är det fullt möjligt att patentera en kod bakom ett datorprogram under förutsättning att det faller in under någon av de olika patenterbara huvudgrupperna, det vill säga utgör en process, maskin, tillverkning eller ”*sammansättning*”.<sup>202</sup> Inget krav på teknisk

---

<sup>200</sup> Patenträtten påverkats av att flertalet av medlemsstaterna är medlemmar i EPC, som har uteslutit mjukvara från de patenterbara objekten. På gemenskapsrättslig nivå har dessutom upphovsrätten för mjukvaran reglerats genom flertalet direktiv.

<sup>201</sup> 2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar, sidan 5

<sup>202</sup> Den avsedda engelska termen är ”composition of matter” och saknar en korrekt motsvarighet i det svenska språket.



effekt av uppfinningen finns i den amerikanska rätten. Dock måste programmet vara användbar och ha ett konkret och påtagligt resultat.

Den europeiska patentmyndigheten EPO sätter upp ett högre krav på patenterbarhet eftersom man kräver att programmet skall ha en teknisk effekt. Rättsläget angående vad som skall anses utgöra en teknisk effekt är dock till viss del oklart. Även om vägledning finns i avgöranden från EPO om vad som kan anses utgöra en teknisk effekt saknas det en gränsdragning om vad som kan anses falla in under begreppet och följaktligen vara möjligt att patentera.

## 10.5 Valet av lösningsmodell för patenterbarhet i USA

Redan under 1970-talet lagstiftade man om upphovsrätten för datorprogram då man insåg dess ekonomiska värde och potential. Ett fåtal patentansökningar för mjukvara gjordes men dessa avslogs av patentmyndigheten eftersom man ansåg att datorprogram inte var patenterbara. Under 1980-talet kom en attitydförändring hos tillverkarna av datorprogram i USA. Detta eftersom man i flertalet fall, exempelvis genom "*Computer Associates v. Altai*", från domstolens sida kom att tolka upphovsrättsskyddet för datorprogrammen snävare. Man ansåg mer eller mindre att endast direkt kopiering ansågs vara ett intrång i upphovsrätten.<sup>203</sup>

För att få ett bredare skydd för sina produkter sökte därför programutvecklarna till patent som lösning för skyddandet av mjukvaran. Mängden patentansökningar för datorprogram ökade därför kraftigt och patentmyndigheten började att bevilja en del av ansökningarna och en praxis för tolkningen av patenterbarheten kom att ta form.

Från amerikanska lagstiftare har alltså inte något aktivt beslut tagits för att avgöra huruvida datorprogrammen skulle kunna patenteras eller inte. Avgörandena har istället lämnats till patentmyndighet och domstol i den här frågan. Systemet verkar dock ha varit effektivt eftersom man har kunnat möta de svårigheter med gränsdragningar när de har uppstått. Att man har valt den lösning som man har gjort beror troligtvis på den lagstiftning man har. Faktumet att ingen uttrycklig begränsning finns avseende patenterbarheten har gjort att

---

<sup>203</sup> Kirsch, "Software protection: Patents versus Copyrights"

myndigheterna har kunnat vara fria att anpassa sig och lagstiftarna behöver bara gå in och styra om det skulle bli alltför obalanserade effekter av patenterbarheten i samhället.

### 11.1 Hur fungerar det nuvarande skyddet av datorprogram inom EU?

Det nuvarande skyddet av datorprogram är inte harmoniserat inom EU. När det gäller direktiven för upphovsrätten är dessa implementerade i medlemsstaternas nationella rätt. Eftersom eventuella konflikter angående omfattningen av upphovsrätten handläggs av nationella domstolar saknas det i dagsläget en gemensam tolkning av reglerna i direktivet. Patenträtten har inte heller ännu reglerats avseende datorprogram. Samarbetet inom Europa genom European Patent Convention och European Patent Office innebär dock att det till viss del finns en praxis från en gemensam patentmyndighet där man uttolkar den gällande rätten angående den konvention som flertalet av medlemsstater är anslutna till. Dock har EPO egentligen inget inflytande på den nationella rätten eftersom organisationen endast beviljar patent och inte kan avgöra när intrång föreligger i ett patent. Dessutom har patentmyndigheten ingen prejudicerande effekt för de nationella domstolarna angående tolkningen av patenterbarheten. Dock kan det vara svårt för medlemsstaterna att inte hålla sig till EPO:s praxis genom att exempelvis i intrångstvister mer eller mindre underkänna patenten genom att bedöma att inget patentintrång föreligger. Det nuvarande skyddet inom den Europeiska Unionen har alltså en hel del brister. Samtliga medlemmar i den Europeiska Unionen är inte heller anslutna till EPO och EPC och därför är det svårt att egentligen tolka rätten avseende patenterbarheten av datorprogram inom den Europeiska Unionen.

### 11.2 Anpassningen av skyddet av datorprogram genom patent i EU

En stor politisk insats har lagts ned de senaste åren för att försöka hitta en anpassning av patenträtten till den nya tekniska utvecklingen. Det har dock varit svårt att på gemenskapsrättslig nivå lyckas enas om hur patenträtten skulle kunna tillämpas på datorprogram och vad man anser vara ett godtagbart skydd. En mängd olika utredningar finns inom området och olika lobbyister verkar åt olika håll.

Idag anses rättsläget för patenterbarhet av datorprogram och datorrelaterade uppfinningar vara oklart angående vad som de facto krävs för att ett patent skall beviljas. För närvarande ligger ett förslag om lagstiftning för patenterbarheten. Kommissionen har lagt fram förslaget *”Europaparlamentets och rådets direktiv om patenterbarhet för datorrelaterade uppfinningar”*.<sup>204</sup> Om det antas kommer den att innebära en förändring av lagstiftningen, även om den föreslagna lagstiftningen till stora delar konfirmerar det nuvarande rättsläget vad avser besvärinstansens tolkning av EPC. En omröstning hölls i Parlamentet angående det föreslagna direktivet i september 2003 där en majoritet var för ett direktiv. Dock har texten för direktivet inte utformats ännu.<sup>205</sup>

Direktivet har en bredare räckvidd då det anger att det skall fastställa de regler som styr patenterbarhet av datorrelaterade uppfinningar.<sup>206</sup> Direktivet är följaktligen vidare än att omfatta endast datorprogram, eftersom man i direktivet definierar datorrelaterad uppfinning såsom *”alla uppfinningar vars verkan förutsätter användning av en dator, ett datoriserat nätverk eller någon annan programmerbar anordning och som uppvisat ett eller flera sannolika nya kännetecken, som verkställs med hjälp av ett eller flera datorprogram”*.<sup>207</sup>

Kravet på patenterbarhet som sätts upp under direktivet är till synes de ”vanliga” kriterierna för patenterbarhet, det vill säga; möjlighet att tillgodogöra sig objektet industriellt, samt uppfinningshöjd, vilket kräver att objektet skall utgöra ett tekniskt bidrag.<sup>208</sup> Kravet på tekniskt bidrag skall anses vara uppfyllt om det är ett ”för fackmannen icke uppenbart bidrag till teknikens standpunkt på ett teknikområde”.<sup>209</sup> Datorrelaterade uppfinningar skall enligt direktivets artikel 3 anses i sig vara ett sådant tillhörande teknikområde. För ledning i tolkning om vad som skall anses utgöra ett tekniskt bidrag hänvisar man till EPO:s besvärskammare.<sup>210</sup>

Det föreslagna direktivet har dock fått en hel del kritik, eftersom man anser att det hindrar tillgången till information och följaktligen även kommer att hejda utvecklingen av nya

---

<sup>204</sup> 2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar

<sup>205</sup> Bentley och Sherman, 342

<sup>206</sup> 2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar, artikel 1. Man nämner inte datorprogrammen i sig men dessa faller dock in under den definition som sätts upp i artikel 2(a).

<sup>207</sup> ibid, artikel 2

<sup>208</sup> ibid, artikel 4

<sup>209</sup> ibid, artikel 2(b)

<sup>210</sup> ibid, sidan 14, förklaring till artikel 4

program.<sup>211</sup> För att föregå den kritiken har man därför infört en rad undantag från vad som kan tänkas utgöra patentintrång. Patentskyddet skall bland annat inte påverka den dekompilering som är tillåten enligt direktiv 91/250/EEG om upphovsrättsligt skydd för datorprogram.<sup>212</sup> Motstånd till direktivet har även uttryckts av Koktvedgaard och Levin<sup>213</sup> som hävdar att införandet av direktivet skulle innebära ett steg bakåt jämfört med den praxis som redan har utvecklats av EPO:s besvärinstans.

Den nya föreslagna texten för direktivet som lades fram och godkändes av Parlamentet i augusti 2003 behöver dock även godkännas av det Europeiska Rådet och Kommissionen innan den blir aktuell som lagstiftning.<sup>214</sup> Parlamentet avgav yttrande efter första läsning den 24 september 2003 och politisk överenskommelse nåddes i Rådet den 18 maj 2004 om en gemensam ståndpunkt.<sup>215</sup>

Enligt det Europeiska Parlamentets presstjänst har man senast den tredje februari 2005 formellt bett Kommissionen om ett nytt förslag.<sup>216</sup> (Nyhetstjänsten IDG formulerade detta som att EU-parlamentet röstade för en omstart om patentprocessen, vilket skulle ha inneburit att kommissionens sida kunde välja att antingen ta fram ett nytt förslag eller följa rådets uppmaning och inte lägga fram något nytt förslag utan istället låta varje medlemsstat lägga fram egna förslag till lagstiftningar.)<sup>217</sup> Det verkar därför inte som man på europeisk nivå den närmaste tiden kommer att få ett direktiv som reglerar patenterbarheten av datorprogram. Under tiden kommer fler patent med högsta sannolikhet att beviljas av EPO som får ta besluten de principiella besluten angående patenterbarhet av datorprogram och följaktligen ta de principiella, samhälleliga avvägandena i beaktande när man bevilja patent.

När det gäller effekten av det nya direktivet innebär detta ingen direkt skillnad från den praxis som har utvecklats inom den Europeiska Unionen genom EPO:s besvärinstans.

---

<sup>211</sup> Bentley och Sherman, sidan 344

<sup>212</sup> 2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar, artikel 6

<sup>213</sup> sidan 216

<sup>214</sup> ibid, sidan 423, för mer information om rådets funktion som lagstiftare inom EU se;

[http://www.eu.int/institutions/council/index\\_sv.htm](http://www.eu.int/institutions/council/index_sv.htm)

<sup>215</sup> Nyheter angående processen finns tillgängliga på;

[http://www.db.europarl.eu.int/oeil/oeil\\_ViewDNL.ProcViewCTX?lang=2&procid=2124&HighlightType=2&Highlight\\_Text=invention](http://www.db.europarl.eu.int/oeil/oeil_ViewDNL.ProcViewCTX?lang=2&procid=2124&HighlightType=2&Highlight_Text=invention)

<sup>216</sup> <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//TEXT+PRESS+NR-20050203-1+0+DOC+XML+V0//EN&LEVEL=2&NAV=S#SECTION3>

<sup>217</sup> EU startar om processen med mjukvarupatent, 2005-02-03, tillgänglig på;

[http://www.idg.se/ArticlePages/2005002/03/20050203082729\\_CS/20050203082729\\_CS.dbp.asp](http://www.idg.se/ArticlePages/2005002/03/20050203082729_CS/20050203082729_CS.dbp.asp)

Enligt artikel 27.1 i TRIPS skall det i anslutningsstaterna vara möjligt att erhålla patent inom samtliga teknikområden. Denna artikel har tillsammans med artikel 52.2 EPC använts av EPO för att motivera de patent som har beviljats för datorrelaterade uppfinningar.<sup>218</sup> Detta trots att EPO som organisation inte är bundna att följa reglerna i TRIPS. Dock illustrerar detta en av kärnfrågorna i den europeiska patenterbarhetsdebatten. Nämligen huruvida datorprogram är att anse som ett teknikområde.

### 11.3 Hur påverkar förslaget om patenterbarhet industrin?

Inom den Europeiska Unionen har man länge velat se ett gemensamt system och gärna ett gemensamt patent för att åstadkomma en högre grad av harmonisering. Det är helt klart att vissa delar av datorprogramsindustrin vill ha ett starkare skydd för sina produkter. Detta innebär att man önskar att se en utökning av patenterbarheten. Dock finns det även inom industrin en rörelse som är för ”fri tillgänglighet” av datorprogrammen genom ”open source”.

I förslaget för det nya direktivet talar man om att man vill skapa en bättre förutsättning för tillväxt för de små och medelstora företagen på den europeiska marknaden. Det är dock oklart hur det föreslagna direktivet kommer att förbättra möjligheterna för dessa företagen. Enligt Forrest anser många IT-företag inom det här segmentet att patenterbarhet av datorprogram är en faktor som snarare ligger till hinder för deras tillväxt.<sup>219</sup>

Det liggande förslaget verkar dock i mångt och mycket motsvara den rättspraxis som genom åren har utvecklats genom EPO:s avväganden i de enskilda fallen. Hur denna rättspraxis påverkar företagen i de olika storlekssegmenten är svårt att avgöra. Det som är klart är dock att kostnaden för att skydda produkterna från intrång stiger eftersom kostnaden för produkten blir högre för företaget om de skall betala för en patentansökan samt ta hänsyn till de patent som finns beviljade under forsknings- och utvecklingsstadiet. Dessutom tar det längre tid innan en produkt kan nå marknaden på grund av ansökningsförfarandet. Detta borde vara

---

<sup>218</sup> 2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar, sidan 6

<sup>219</sup> stycke 15

något som generellt skulle kunna missgynna mindre företag på marknaden, eftersom de troligtvis inte har så mycket resurser.

#### 11.4 Hur borde skyddet för datorprogram se ut?

Idag föreligger ett sorts dubbelt skydd för datorprogrammen. Förutom att skyddas som litterärt verk kan mjukvara åtnjuta skydd såsom en teknisk uppfinning. Stor oenighet råder angående hur datorprogram bör skyddas under lagstiftningen. Vissa författare anser att datorprogram i teorin bäst skyddas genom patent, eftersom det är den immaterialrätten som bäst skyddar idéer. Dock uttalar man även att patentskyddet kanske kan innebära ett alltför omfattande skydd. Därför har författare som exempelvis Menell<sup>220</sup> föreslagit att man istället bör införa ett speciellt skydd som bara skall omfatta datorprogrammen. Detta skydd skulle vara en sorts ”hybridmodell” av patent som skulle se till att balansera de olika hänsynstaganden som är nödvändiga att göra med tanke på avvägningen mellan samhället, industrin och den fortsatta tekniska utvecklingen. Avvägningen skulle enligt författaren kunna ske genom en kortare skyddstid samt ett visst utrymme för reverse engineering för att skyddet inte skulle bli alltför omfattande.

En viktig fråga i utformningen av det framtida skyddet för datorprogram är dock hur det nuvarande skyddet har fungerat. Både upphovsrätten och patentskyddet är två väl beprövade metoder för att åstadkomma skydd och har hittills fungerat någorlunda väl såtillvida att de har gett förutsägbarhet av det juridiska systemet. Det är dessutom tveksamt hur ett nytt skydd skulle kunna fungera och om det endast skulle täcka datorprogram eller även andra nya former av teknologier som av vissa anses olämpliga att skydda under de juridiska konstruktioner som finns idag. Trots allt har de juridiska konstruktionerna som patenträtten och upphovsrätten utgör vuxit fram under en lång period. Praxis från domstolarna har hjälpt till att avgränsa skyddet utifrån den balans man har ansett varit lämplig för datorprogram. Detta har trots allt varit ett fungerande system, om än till viss del oförutsebart.

Domstolarna och patentmyndigheterna har i dagsläget inga förutsättningar för att ta fram några alternativ till de system vi i dagsläget använder för att skydda datorprogrammen. Det är

också svårt att tänka sig hur den framtida utvecklingen av tekniken kommer att leda till och hur dagens rättsläge kommer att påverka morgondagens produkter. Det är dock uppenbart att domstolarna och patentmyndigheterna både inom EU och i USA försöker att hitta avvägningar som de anser passa för produkten och industrin, oavsett om de kan anses ha ”mandat” för detta genom lagstiftningen eller ej.

En undersökning av ett datorprogram kräver ofta en handling som i sig innebär intrång i upphovsrätten. Detta eftersom datorprogrammen, till skillnad från de andra litterära verken, ofta presenteras i en form som inte är möjlig att uppfatta och analysera av människan. Oftast krävs det en kopiering för att kunna uppfatta de olika strukturerna och sekvenserna i programmet.

Ett av de ursprungliga huvudsyftena med beviljandet av ensamrätt för patent och upphovsrätt var att det skulle främja samhället på så sätt att den nya kunskapen skulle främja nya framsteg. I dagens samhälle är det tveksamt huruvida den avsedda effekten verkligen uppnås. Den nya tekniken blir numera snabbt inaktuell när det gäller datorprogram, och det innebär att när den skyddade tekniken blir fritt tillgänglig efter att skyddet har löpt ut är tekniken troligtvis inaktuell. Syftet med immaterialrätten idag verkar närmast vara att skydda företagen och se till att de får en möjlighet att göra vinst på de utvecklingskostnader de har för att ta fram sina produkter, och detta verkar till viss del utgöra en av de viktigare balanserande faktorerna bakom immaterialrätten.

Den långa skyddstiden som man beviljar under både patent och upphovsrätt borde kunna anpassas till den specifika marknaden som datorprogram utgör. Ett betydligt kortare skydd borde kunna tas fram för att endast omfatta det immaterialrättsliga skyddet för datorprogram.

## 11.5 Behovet av ny lagstiftning inom den Europeiska Unionen

I dagsläget är den nationella lagstiftningen harmoniserad inom medlemsstaterna vad avser upphovsrättsliga skyddet för datorprogram. Avseende patenterbarhet av datorprogram finns

---

<sup>220</sup> Merges, Menell och Lemley, sidan 1089

en konvention där patenterbarheten regleras.<sup>221</sup> Trots ett harmoniserat regelverk så är inte skyddet som ett datorprogram kan få enhetligt över Europa. Eftersom en central myndighet för bedömningen av upphovsrättsskyddet för ett datorprogram är det ofrånkomligt att nationella domstolar kommer att göra bedömningar som avviker ifrån utfall i andra europeiska nationella domstolar.

När det gäller patenterbarheten beviljar EPO i dagsläget patent för datorprogram. EPO är en central myndighet som endast är bunden att tillämpa EPC och EPC guidelines i sina bedömningar av patenterbarhet. Dock har EPO som myndighet ingen prejudicerande verkan på nationell lag för medlemsstaterna.<sup>222</sup> Därför kommer deras beslut inte att medföra en harmoniserad effekt mellan medlemsstaterna. Följaktligen skulle det föreslagna direktivet innebära en harmonisering och skapa en möjlighet för förutsebarhet inom den Europeiska Unionen när det gäller patenterbarhet av datorprogram.

Förslag om patenterbarhet av datorprogram har redan lagts fram av den Europeiska kommissionen inom EU genom det föreslagna direktivet för ”*patenterbarheten av datorrelaterade uppfinningar*”. Förslaget har dock ej godkänts av Europaparlamentet och är därför ingen bindande rättsakt ännu. Parlamentet skall ha godkänt förslaget efter en mängd olika förändringar i det förslag som lades fram av Kommissionen.<sup>223</sup>

Det föreslagna direktivet kan inte sägas vara någon nyhet avseende de förslag på rättsliga regler som man presenterar. Det är dock snarare en kodifiering av den rättspraxis som har utvecklats genom EPO:s besvärskammare. Innebörden av kravet på teknisk effekt är i dagsläget fortfarande till viss del oklart. Detta är någonting som man inte heller tar ställning till i det föreslagna direktivet, eftersom man hänvisar till den rättspraxis som har utvecklats genom EPO.

Behovet av ny lagstiftning inom EU omfattar inte bara de rättsliga frågorna, såsom patenterbarhet av datorrelaterade uppfinningar, i sig. I det europeiska systemet verkar det idag finnas en inneboende tröghet angående anpassning till den tekniska utvecklingen. Processen för lagstiftning av patenterbarhet för datorprogram initierades redan 1997 av Kommissionen. I

---

<sup>221</sup> Dock är ännu inte alla medlemsstaterna i EU anslutna till EPC.

<sup>222</sup> Forrest, stycke 10

<sup>223</sup> Bentley och Sherman, sidan 342



dagsläget åtta år senare har man ännu inte kunnat enas om någon lagstiftning. Problemet är dock att det inte bara är en långdragen process avseende det juridiska skyddet för datorprogram, situationen var densamma när man skulle lagstifta om patenterbarheten av biologiskt material.<sup>224</sup>

## 12 Sammanfattning

Datorprogrammen utgör en viktig beståndsdel i den nuvarande datoriserade ekonomin. Den globaliserade verkligheten kräver att avvikelserna mellan olika jurisdiktioner inte skall vara alltför stora för att underlätta för internationell handel. En mängd samarbeten finns därför inom området för immaterialrätt för att tillse att det inte skapas obalans i det internationella systemet. Dock föreligger en stor skillnad mellan det europeiska och amerikanska systemet när det gäller synen på skyddet av datorprogram. Inom området för upphovsrätten verkar konsensus till stor del föreligga, troligtvis till viss del beroende på tack de omfattande internationella samarbetena genom bland annat TRIPS och Bernkonventionen. Avseende patentskyddet är skillnader mellan de olika systemen klart betydligt mer påtagliga. USA har beviljat patent för datorprogram under en längre period och kan därför sägas ha en mer utvecklad rättspraxis avseende patenterbarheten. I bedömningarna av patenterbarhet har man haft olika utgångspunkter och detta har skapat olika konsekvenser i synen på vad som kan belönas med ensamrätt.

I USA är det ingen tvekan om att patent beviljas för datorprogram. Det amerikanska patentskyddet har inte samma krav på att objektet för en patentansökan skall anses vara en uppfinning. Därför har man inte behövt skapa en konstruktion där man kräver att datorprogrammet skall anses ha teknisk effekt för att vara patenterbar.

Även inom den Europeiska Unionen borde patenterbarhet av datorprogram vara en realitet för de flesta eftersom patent i dagsläget redan beviljas av den europeiska patentmyndigheten EPO. Trots att patent för datorprogram har en viktig roll i den globala handeln så verkar det

---

<sup>224</sup> Den processen utmynnade dock i direktiv 98/44/EG. Utan den lagstiftningen hade dock inte europeiska företag kunnat ha samma förutsättningar för kommersialiseringen och skapandet av nya produkter. Detta eftersom uppfinningarna hade varit helt utan skydd i Europa medan de hade varit fullt patenterbara i både Japan

som om man inte vill erkänna den praxis som föreligger idag eftersom man på unionsnivå inte kan nå en lösning i frågan om patenterbarheten. Det förslag som lades fram från Kommissionen överrensstämde i stort med den gällande praxisen och patenterbarhetskriterierna var ändå sådana att datorprogrammen var tvungna att vara en del av ett teknikområde för att patent skall beviljas. Att det skall vara möjligt att erhålla patent i samtliga teknikområden är också en regel som har kodifierats genom TRIPS som de flesta medlemsstaterna inom den Europeiska Unionen är bundna att följa. Dock verkar man på unionsnivå inte vilja fatta ett gemensamt beslut och detta kan i förlängningen påverka den europeiska industrin för datorprogram.

### 13 Slutsats

En stor oenighet råder inom den Europeiska Unionen avseende skyddet av datorprogram. Inom EU har harmoniserande lagstiftning införts avseende det upphovsrättsliga skyddet av datorprogram men ingen garanti finns att de nationella domstolarna kommer att tolka reglerna lika om konflikter uppstår. Avseende patentskyddet saknas idag bindande lagstiftning för medlemsstaterna. Om man inom den Europeiska Unionen skall vara konkurrensmässigt starka behöver man en juridisk förutsebarhet på ett tidigt stadium. Detta tycks vara ett av problemen med unionen, nämligen att man har svårt att enas om gemensam lagstiftning angående vad som skall anses vara skyddsvärt under immaterialrätten. Medlemsstaternas industrier skulle få ett mycket enklare läge om man, som man i USA under 1970-talet, redan i ett tidigt läge av den tekniska utvecklingen kom med uttalanden och fattade beslut angående lagstiftning i frågan. Detta skulle underlätta vid utformningen av produkterna. Dagsläget i den Europeiska Unionen idag är att man ännu förhandlar angående ett direktiv om patenterbarhet av datorprogram, vilket redan de facto är möjligt idag genom det europeiska samarbetet under EPO.

Både patent och upphovsrätt kan på flera grunder kritiseras som olämpliga för skyddandet av datorprogram. Dock föreligger en mängd inskränkningar i skydden, genom praxis och lagtext, vilket innebär att man aktivt försökt hindra alltför långtgående effekter av de omfattande

---

och USA. Avseende det nuvarande läget i Europa med datorprogram finns det ett upphovsrättsligt skydd och dessutom beviljas patent trots avsaknad av lagstiftning inom den Europeiska Unionen.

skyddens effekt på marknaden. Trots att upphovsrätten och patenträtten inte är de ideala formerna för att skydda datorprogram skulle det vara ytterst svårt att i dagsläget starta en reform för att hitta en ny skyddsform. Att i dagsläget införa en förändring skulle innebära att 20 års rättsutveckling med praxis och undantag skulle kastas överbord och detta skulle helt klart innebära en ännu större osäkerhet angående rättsläget. Detta skulle dessutom inte gynna marknaden.

Systemet med CPC som är under utveckling skulle kunna innebära en klar förbättring av situationen inom EU. Detta eftersom man genom systemet skulle få en domstol som skulle behandla fall med prejudicerade verkan. Dessutom är det tänkt att domstolen skulle vara forum även för konflikter angående intrång i patent och på så sätt förtydliga för tolkningen av lagarna och på så sätt medföra en harmoniserande effekt på medlemsstaternas rättstillämning. Med tanke på den långa process som lagstiftning i flertalet frågor som berör speciellt patent skulle det underlätta om domstolen fick vissa befogenheter att inte endast tolka lagen utan även inom vissa gränser fatta beslut i principiella frågor.

Slutsatsen är att det inom den Europeiska Unionen behövs inte bara ett nytt regelverk avseende patenterbarheten utan även en flexibilitet avseende den framtida tekniska utvecklingen. Man verkar på unionsnivå ha svårt att hitta en konsensus avseende den gemensamma rätten och de skyddsnivåer man skall ha på den gemensamma marknaden. Detta är någonting som bör åtgärdas på unionsnivån om man skall sträva efter en harmonisering på den gemensamma marknaden och förbli konkurrenskraftiga på den globala marknaden.

Källförteckning

Lagstiftning

Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights (1994)

Bernkonventionen (1971)

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt samt närstående rättigheter i informationssamhället

European Patent Convention (EPC)

Lag med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen (1994:1500)

Patent Cooperation Treaty (PCT)

Patentlagen (1967:837)

Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj om rättsligt skydd för datorprogram

Rådets direktiv 93/98/EEG om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter

The Copyright Act of 1976, 17 U.S.C

United States Patent Act of 1952, 35 U.S.C

WIPO Copyright Treaty (WCT)

## Amerikanska rättsfall

Apple Computer v. Franklin Computer, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983)

Baker v. Selden, Baker v. Selden 101 U.S. 99 (1879)

Computer Associates Int'l v. Altai, Inc, 982 f.2d 693 (2d Cir. 1992)

Diamond v. Chakrabarty, Supreme Court of the United States 447 U.S., 206 U.S.P.Q. (BNA) 193 (1980)

Gottschalk v. Benson, Supreme Court of the United States 409 U.S. 63 (1972)

In re Alappat, 33 F.3d 1526 (Fed. Cir. 1994) (en banc)

Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc., United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 964 F.2d 965 (9<sup>th</sup> Cir. 1992), cert. Denied, 507 U.S. 985 (1993)

Sega Enterprises Ltd. V. Accolade, Inc., United States Court of Appeals for Ninth Circuit, 977 F.2d 1510 (9<sup>th</sup> Cir. 1992)

State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc., U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit

Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc, United States Court of Appeals for the Third Circuit 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986),

## Avgöranden från EPO:s Besvärskammare

Vicoms Application (1987) O.J. EPO 14, Tech. Bd. App.

IBM/Computer programs (T935/97) (1999) EPOR301, 309

IBM/Computer programs (T1173/97) (2000) EPOR 219,226

Doktrin

**Bentley**, Lionel, **Sherman**, Brad, “*Intellectual property Law*”, Second Edition, Oxford University Press, 2004

**Bernitz**, Ulf, **Domeij**, Bengt, **Franke**, Ulf, **Karnell**, Gunnar, **Pehrson**, Lars, **Rosén**, Jan, **Sandgren**, Claes, “*Invest in Sweden – Swedish High Technology Law- An intellectual property promoter*”, Invest in Sweden Agency, 2004

**Cornish**, William, “*Cases and Materials on Intellectual Property*”, Sweet & Maxwell, fourth edition, London, 2003

**Domeij**, Bengt, “*Läkemedelspatent*”, Gotab, Stockholm 1998

**Drahos**, Peter, “*A philosophy of Intellectual Property*”, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996

**Francis**, William H., **Collins**, Robert C., “*Cases and materials on Patent Law*”, West Group, femte upplagan

**Glazier**, Stephen C., “*e-Patent Strategies for Software, e-Commerce, the Internet, Telecom Services, Financial Services, and Business Methods (with Case Studies and Forecasts)*”, LBI Institute Inc., Washington DC, tredje upplagan

**Hart**, Tina, **Fazzani**, Linda, “*Intellectual Property Law*”, Palgrave MacMillan, Great Britain, tredje upplagan, 2004

**Kelleher**, Stanley, **Murray**, Karen, “*IT Law and the European Union*”, London Sweet & Maxwell, Cornwall, Printed in Bodmin, UK, 1999

**Koktvedgaard**, Morgens, **Levin**, Marianne, "*Immaterialrätt*", Nordstedts Juridik AB, upplaga 7:1, 2002

**Lai**, Stanley , The role of Computer Software Copyright in Relation to New Media, Ur "*Perspectives on Intellectual Property*", Volume 8, Copyright in the New Digital Environment, Volume editors Dr Irini A. Stamatoudi and Paul L.C. Torremans, Sweet & Maxwell Limited, Printed in Bodmin, Cornwall UK

**Maskus**, Keith E., "*Intellectual Property Rights in the Global Economy*", Institute for International Economics, Washington, 2000

**Matsuura**, Jeffrey H., "*Managing Intellectual Assets in the digital age*", Artech House, 2003

**Merges**, Robert P., **Menell**, Peter S., **Lemley**, Mark A., "*Intellectual Property in the new technological age*", Aspen law and business, andra upplagan

**Nyberg**, Mikael, "*Patenträttsliga bedömningsgrunder- särskilt om fackmannen*", Jure AB, 2000

**Port**, Kenneth L., **McManis**, Charles R., **McElwee**, Terrence P., **Hammersley**, Faye M., "*Licensing Intellectual Property in the Digital Age*", Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2002

**Prime**, Terence, "*European Intellectual Property Law*", Ashgate Publishing Company, Great Britain, 2000

**St Laurent**, Andrew M., "*Understanding Open Source & Free Software Licensing*", O'Reilly, 2004

"*The Digital Dilemma: Intellectual Property in the information age*", Committee on Intellectual Property Rights and the Emerging Information Infrastructure, Computer Science and Telecommunications Board National Research Council, National Academy Press, 2000

## Artiklar

**Andrew**, Christie, “*Designing Appropriate Protection for Computer Programs*”, E.I.P.R. 1994, 16(11), 486-493

**Braun**, Nora, “*The interface between the protection of technological measures and the exercise of exceptions to copyright and related rights: Comparing the situation in the United States and the European Community*”, E.I.P.R. 2003, pages 496-503

**Cohen**, Julie E., **Lemley**, Mark A., “*Patent Scope and Innovation in the Software Industry*”, 89 California Law Review 1

**Derclaye**, Estelle, “*Software Copyright Protection: Can Europe learn from American case law? Part 1*”, E.I.P.R. 2000, 22(1), 7-16

**Derclaye**, Estelle, “*Software Copyright Protection: Can Europe learn from American case law? Part 2*”, E.I.P.R. 2000, 22(2), 56-58

**Forrest**, Heather, “*Europe: Open market...Open source?*”, Duke Law and Technology Review, (2003)0028

**Hollander**, Jay, “*A Software Copyright Primer*”, tillgänglig på;  
<http://www.gigalaw.com/articles/2000/hollander-2000-02.html>

**Kirsch**, Gregory J., “*Software protection: Patents versus Copyrights*”, tillgänglig på;  
<http://www.gigalaw.com/articles/2000/kirsch-2000-03.html>

**Kirsch**, Gregory J., “*The Changing Roles of Patent and Copyright Protection for Software*”, tillgänglig på; <http://www.gigalaw.com/articles/2000/kirsch-2000-04.html>

**Klink**, Jan, “*Cherry picking in cross border infringement actions: A comparative overview of German and UK procedure and practice*”, E.I.P.R. 2004, 26(11) sidorna 493-504



**McCoy, Michael D., Spence, Andrew, T.**, “*Lessons from the United States and Europe on Computer-Related Patents*”, tillgänglig på; <http://www.gigalaw.com/articles/2001/mccoy-2001-08.html>

**Reichmann, J. H.**, “*Legal hybrids between the patent and copyright paradigm*”, Columbia Law Review, 1994, 2432-2558

**Weil Gall, Barbara**, “*What is fair use?*”, tillgänglig på;  
<http://www.gigalaw.com/articles/2000-all/gall-2000-12-all.html>

**Williams, A.W.S.**, “*European Commission: Proposed directive for patents for software related inventions*”, E.I.P.R. 2004, 26(8) sidorna 368-372

#### Databaser och hemsidor

<http://www.uspto.gov/>

<http://www.european-patent-office.org>

<http://www.prv.se>

<http://www.wipo.int>

<http://www.eu.int>

<http://whatis.techtarget.com/>

#### Övriga källor

Agenda 2010 Deutschland bewegt sich, Aktualisierte Neuauflage 2004  
[www.agenda2010.de](http://www.agenda2010.de)

European Patent Convention Guidelines, tillgänglig på;  
<http://www.european-patent-office.org/legal/epc/e/ma2.html>

EU software patents Directive: a missed opportunity, tillgänglig på:  
[http://www.legal500.com/devs/uk/it/ukit\\_096.htm](http://www.legal500.com/devs/uk/it/ukit_096.htm)

IDG, <http://www.idg.se>

Nordstedts Svenska Ordbok, Nordstedts Ordbok, första upplagan, 1999, tryckt hos Clays Ltd, England

**Stewart, W. J.**, "*Collins Dictionary of Law*", Harper Collins, Glasgow, andra upplagan, 2001

The Patentability of Computer-Implemented Inventions: Consultation Paper by the Services of the Directorate General for the Internal Market, Commission of the European Communities, as of Brussels 19.10.2000

The Patentability of Computer-Implemented Inventions, Consultation Paper by the Services of the Directorate General for the Internal Market

USPTO Examination Guidelines for Computer-Related Inventions, tillgänglig på:  
<http://www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/analysis/files/guides.doc>

2002/0047 (COD) förslag till direktiv för datorrelaterade uppfinningar

## Bilaga 1: Förkortningar

CPC	Community Patent Convention
ECJ	European Court of Justice
E.I.P.R.	European Intellectual Property Law Review
EPC	European Patent Convention
EPO	European Patent Organisation
EPOR	European Patent Office Reports
OJ EPO	Official Journal of the European Patent Organisation
PCT	Patent Cooperation Treaty
PL	Patentlagen
PTO	Patent and Trademark Office (US)
TRIPS	Agreement of trade-related aspects of intellectual property rights
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization