

**Källkodsdeponering
- analys av källkodsdeponeringsavtal
20p tillämparuppsats VT 2002**

**Författare:
Erika MacRae**

**Handledare:
Jenny Peters**

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

<u>1. SAMMANFATTNING</u>	5
<u>2. FRÅGESTÄLLNINGAR OCH METOD</u>	6
<u>3. UTVECKLINGEN AV ETT DATORPROGRAM</u>	8
<u>3.1 Dekompilering</u>	9
<u>4. IMMATERIALRÄTTSLIGA ASPEKTER PÅ DATORPROGRAM</u>	11
<u>4.1 Patentskydd för datorprogram</u>	11
<u>4.2 Upphovsrättsligt skydd för datorprogram</u>	11
<u>4.3 Avgränsning</u>	12
<u>5. VAD ÄR KÄLLKOD?</u>	12
<u>5.1 Källkoden som upphovsrätt</u>	12
<u>5.2 Skydd för källkod i svensk lagstiftning</u>	13
<u>5.2.1 Förebredande designmaterial</u>	13
<u>5.2.2 Definition av ett datorprogram</u>	13
<u>5.3 Skydd för källkod enligt Internationella Konventioner</u>	14
<u>5.4 Källkoden som företagshemlighet</u>	14
<u>6. LICENSAVTAL</u>	16
<u>6.1 Källkodens roll i licensavtalet</u>	16
<u>6.2 Den lagliga dekompileringsrätten</u>	17
<u>6.2.1 Rättelse av fel</u>	18
<u>6.2.2 Observationsrätt</u>	18
<u>6.2.3 Dekompilering för att uppnå interoperabilitet</u>	18
<u>6.2.4 Begränsningar i informationsanvändandet</u>	19
<u>6.3 Upphovsrättsintrång och dekompileringsrätt</u>	19
<u>7. KÄLLKODSDEPONERING</u>	21
<u>7.1 Källkodens värde för rättighetsinnehavaren</u>	22
<u>7.2 Källkodens värde för licenstagaren</u>	22
<u>7.3 Källkodsdeponeringsavtal</u>	23
<u>7.4 Tvåpartsavtal</u>	23
<u>8. KÄLLKODSDEPONERING - TREPARTSAVTAL</u>	24
<u>8.1 Agenten</u>	24
<u>8.2 Avtalet</u>	25
<u>8.3 Deponeringsobjektet</u>	25

<i>8.4 Verifikation</i>	26
<i>8.5 Förvaring</i>	26
<i>8.6 Deponeringsschema</i>	26
<u>9. UTLÄMNANDE AV KÄLLKODEN</u>	26
<i>9.1 Utlämningsgrunder till licensgivarens fördel</i>	27
<i>9.1.1 Utlämning vid avtalets upphörande</i>	27
<i>9.1.2 Utlämning vid licenstagarens avtalsbrott</i>	28
<i>9.1.3 Utlämning vid ersättande med ny kod</i>	28
<i>9.2 Utlämningsgrunder till licenstagarens fördel</i>	28
<i>9.3. Utlämning vid licensgivarens konkurs</i>	28
<i>9.4 Utmätning av immaterialrätter</i>	29
<i>9.5 Konkursboets inträde i service- och underhållsavtalet</i>	30
<i>9.6 Avtalat exekutionsförbud</i>	30
<i>9.7 Borgenärsskydd</i>	32
<i>9.7.1 Egendomsslaget</i>	33
<i>9.8 Sakrättsligt skydd</i>	34
<i>9.9 Källkoden som säkerhet</i>	35
<i>9.10 Kommentarer om konkursklausuler i källkodsdeponeringsavtal</i>	36
<u>10. ANDRA UTLÄMNINGSGRUNDER</u>	36
<i>10.1 Utlämning vid utebliven deponering</i>	37
<i>10.2 Utlämning vid brott mot service- och underhållsavtalet</i>	37
<i>10.3 Utlämning vid licensgivarens likvidation</i>	37
<i>10.4 Utlämning om licensgivaren har inlett ackordsförhandlingar</i>	38
<i>10.5 Utlämning om licenstagaren är föremål för företagsrekonstruktion</i>	39
<i>10.6 Utlämning vid licensgivarens betalningsinställelse</i>	39
<i>10.7 Utlämning om licensgivaren av annan anledning befaras vara på obestånd</i>	40
<i>10.8 Utlämnande vid licensgivarens ekonomiska problem</i>	41
<u>11. SLUTSATSER. KÄLLKODSDEPONERINGSAVTAL – EN POSITIV UTVECKLING INOM IT-RÄTTEN?</u>	41
<u>12. KÄLLFÖRTECKNING</u>	43
<i>12.1 Offentligt tryck</i>	43
<i>12.2 Rättsfall</i>	43
<i>12.3 Litteratur</i>	43
<i>12.4 Artiklar</i>	44
<i>12.5 Modellavtal</i>	45
<i>12.6 Elektroniska källor</i>	45

<i><u>12.7 Intervjuer och kontakter</u></i>	46
<u>13. BILAGA – DEPOSIT AB:S RAMAVTAL</u>	47

1. SAMMANFATTNING

Alla företag har datorprogram som är centrala för affärsverksamheten och som bara måste vara igång. Lagerhållning, löner, order, faktura, hemsidor, telefonväxlar o.s.v. Listan kan göras lång på de delar av ett företags verksamhet som är beroende av fungerande IT-system. Det gör företagen mycket beroende av leverantörerna. Vad händer exempelvis om leverantören mister kärnkompetens, beslutar sig för att avveckla verksamheten eller går i konkurs? I det läget uppstår frågor som rör kontinuitet, löpande service och underhåll och uppgraderingar. Om leverantören inte längre kan ta ansvar för dessa åtgärder råkar det licenstagande företaget snart ut för problem. Ett system som inte fungerar är liktydigt med bortkastade pengar. Ett leverantörsbyte tar tid, kan orsaka driftsstörningar och inverka menligt på verksamheten.

Medvetna kunder är uppmärksamma på de olika problem som kan uppstå på marknaden och de har ett intresse av att skydda sina IT-investeringar. Det finns idag lagar som reglerar skydd av IT-investeringar, bl.a. lagen om skydd för företagshemligheter, brottsbalken och upphovsrättslagen. Dessa lagar har dock visat sig vara otillräckliga i praktiken. Den tekniska utvecklingen medför att lagstiftaren har hamnat på efterkälke, och olika säkerhetsarrangemang har utvecklats för att täppa till de luckor som lagstiftningen har lämnat. Det finns mycket som kan förbättras genom bra avtal. Även inom områden som är lagreglerade fyller avtalet en funktion.

Källkodsdeponeringsavtal är ett avtal som syftar till att tillgodose såväl licensgivarens som licenstagarens intressen. Licenstagaren vill ha ett skydd för sin investering. Licensgivaren vill inte att detta skydd skall inkräkta på hans företagshemlighet och upphovsrätt till datorprogrammet, och minska värdet av det för honom.

Genom att deponera källkoden – nyckeln, till datorprogrammet kan ett effektivt skydd uppnås. En kopia av källkoden deponeras hos en oberoende tredje part. Licensgivaren behåller fortfarande rättigheterna till programmet och kan fortsätta att kommersialisera och utveckla det. Licenstagaren kan känna sig trygg i vetskapen att om det skulle inträffa någonting oförutsett hos licensgivaren så kan han få tillgång till en kopia av källkoden.

Källkodsdeponering handlar om att trygga licenstagarens affärsverksamhet, så att han inte helt hamnar i händerna på licensgivaren. När licenstagaren säkerställer tillgången till källkoden minskar han beroendet av licensgivaren, rättssäkerheten ökar och han får en trygg och opartisk hantering av källkoden.

Det finns fördelar också för licensgivaren. Han får skydd för sina företagshemligheter och mot ett obehörigt utnyttjande av koden. Genom att deponera källkod visar licensgivaren att det finns ett system för dokumentation av immaterialrätter i företaget och att företaget inte är beroende av en nyckelperson med ensam tillgång till och förståelse av datorprogrammet. Dessutom har han bevis om immateriell rättighet i händelse av en konflikt om upphovsrätt.

Källkodsdeponeringsavtal utvecklades i USA. Det är inte helt problemfritt att ta efter utländska avtal. Skillnader i rättssystem mellan de europeiska länderna och

mellan Sverige och USA kan ge upphov till konflikter. Skall dessa avtal fungera på den svenska marknaden är det viktigt att de anpassas för att ta hänsyn till tvingande lagstiftning i Sverige; annars finns det en risk att avtalsklausuler kan förklaras ogiltiga och sakna sin verkan mot intet ont anande parter.

Svårigheter kan också uppstå i mötet mellan teknologi och juridik. Teknologin är inte alltid definierbar och det kan vara svårt att få den att passa in i juridikens terminologi och begrepp. Den utvecklas snabbt och låter sig inte bestämmas av lagar, regleringar och avtal. Vi fick vänta länge innan det slogs fast att datorprogram skyddas av upphovsrättslagen, men detta skydd är ändå ifrågasatt. Patentansökningar av s.k. affärsmodeller ökar, vilket kan ses som en utmaning av gällande rätt. Om dess ansökningar beviljas kommer det att innebära ett indirekt godkännande av patentering av datorprogram, en skyddsmöjlighet som lagstiftaren i princip har uteslutit.

I USA beräknas mer än hälften av alla dataföretag ha deponerat källkod. I Sverige talas det inte om några siffror – men medvetenheten om avtalsformen ökar. Intresset talar sitt tydliga språk vilket kan bero på att avtalet har uppstått som en kompromiss, men ingen av parterna behöver göra någon uppoffring. Fördelarna som licensgivaren drar av avtalet sker inte på bekostnad av licensgivaren, och vice versa.

2. FRÅGESTÄLLNINGAR OCH METOD

Mitt syfte med uppsatsen har varit att studera och analysera avtal om källkodsdeposition, och identifiera problem och oklara rättsfrågor som ett sådant avtal kan ge upphov till.

Min målsättning har varit att svara på frågeställningarna i den ordning som de har uppstått:

Vad är källkod? För att förstå fenomenet källkodsdeponering och för att förstå källkodsdeponeringsavtal har jag valt att först definiera avtalsobjektet. Detta har jag gjort dels ifrån ett tekniskt perspektiv och dels ifrån ett egendomsrättsligt perspektiv.

Varför avtalar man om källkod och hur ser dessa avtal ut? Vilka är parterna och vad har de för syften och målsättningar med avtalet? Vilka problem löser parterna genom att ingå källkodsdeponeringsavtal?

Hur håller dessa avtal när de ställs på sin spets – antingen p.g.a. en tvist mellan avtalsparter eller när de kommer i konflikt med tvingande rätt. I mötet mellan teknologi och juridik kan det uppstå flera intressanta problem och oklara rättsfrågor.

Detta arbete berör många olika rättsområden. I stället för att ingående beskriva gällande rätt för varje moment i arbetet har jag valt att fokusera på de delar av juridiken som är väsentliga och som spelar en roll för utvecklingen av källkodsdeponeringsavtal. Mitt mål har varit att göra en praktisk framställning som skall syfta till att förstå de relevanta delarna av lagstiftning i förhållande till frågeställningarna min uppsats har valt att besvara.

Vissa frågor har kunnat besvaras med hänvisning till den traditionella rättskälleläran. T.ex. upphovsrätt till datorprogram och företagshemligheter. Inhämtning av information rörande källkodsdeponeringsavtal har varit desto svårare. Källkodsdeponeringsavtal finns inte omnämnt i lagstiftning, förarbeten eller rättsfall. Eftersom dessa avtal oftast är företagshemligheter har eventuella rättstvister med största sannolikhet lösts i skiljedomstol eller genom förlikning. Det finns många artiklar att hämta på Internet och avtalet finns omnämnt i några böcker om IT-rätt, men doktrinen är bristfällig. Jag har tagit kontakt med programmerare, licenstagare till specialutvecklade IT-lösningar och deponeringsagenter för att få mer information. I detta skede av min forskning har jag även kunnat ta del av de olika intressen parterna har av källkodsdeponering och de problem man har velat lösa.

Avsnittet om eventuella framtida problem och oklara rättsfrågor som kan bli aktuella är av rent akademisk natur. Jag uppmärksammar tolkningssvårigheter som kan uppstå och betydelsen av valet att ta med eller utesluta olika klausuler. Avtalets betydelse vid en konkurs belyses också. Händelsen att licensgivaren går i konkurs är en aktuell fråga som har tagits upp till diskussion av bl.a. Justitierådet Torgny Håstad. Konkurs väcker många intressanta frågor som jag identifierar. Slutligen redogör jag för olika lösningar som har framförts i doktrin samt pekar på eventuella svagheter hos dessa lösningar.

3. UTVECKLINGEN AV ETT DATORPROGRAM¹

En uppfinnare/programmerare definierar en idé, ett koncept eller ett problem som behöver lösas.

Idén konkretiseras genom ett förberedande designarbete.

Det förberedande designarbetet består av matematiska uträkningar, bearbetningar av logik, framställning av flödesscheman, grafiska ritningar o.s.v. Redan vid denna fas i arbetet har ett visst intellektuellt skapande ägt rum där originalitet och kreativitet kommer till uttryck utan att programmeringen av datorprogrammet har påbörjats.

Arbetet sammanställs till en text. Texten skrivs av en programmerare i ett språk som kallas för källkod.

Källkod är ett samlingsbegrepp för de instruktioner som skrivs av en programmerare för att skapa ett datorprogram. Exempel på källkod är maskinkod, assemblerkod och högnivåspråk.

En skicklig programmerare kan skriva program i maskinkod, men denna process är komplicerad och tidskrävande. Det är också svårt för en person som inte själv har skrivit programmet att tyda och förstå maskinkoden. P.g.a. detta har det utvecklats flera olika mer lättillämpade språk, till exempel högnivåspråk och assemblerspråk.

Exempel på högnivåspråk är Cobol, Dicol, C++ och Pascal. Dessa språk förenklar programmeringen på så sätt att de gör det möjligt att genomföra komplicerade operationer med ett fåtal instruktioner. Dessa programspråk har olika tecken, ordförråd och grammatik. Det blir då möjligt för programmerare som kan samma programspråk att läsa och tyda varandras instruktioner.

Assemblerspråk påminner om högnivåspråk men förutsätter att programmeraren har mer djupgående kunskap om datorns grundläggande språk.

¹ Baker & McKenzie, "Guide to Intellectual Property in the I.T. Industry", s.3f

Källkoden kompileras till ett språk som en dator kan läsa av och förstå.

Datorn förstår endast instruktioner i maskinkod. Maskinkod förekommer i binär form – dvs. kombinationer av siffrorna 1 och 0. Någonting annat kan datorn inte förstå och bearbeta.

För att datorn skall kunna förstå och tyda källkod som är skriven på ett annat språk än maskinkod måste källkoden översättas. Källkod som har översatts till maskinkod kallas för objektкод. Översättningen till objektкод sker genom ett för ändamålet skapat program – en kompilator. Källkodens instruktioner översätts, eller kompileras, till objektкод. Kompilering kan bara ske åt ett håll, d.v.s. källkod kan överföras till objektкод. Det är normalt inte möjligt att komma åt källkoden genom rekompilering av objektkod.

Datorn läser texten och följer dess instruktioner.

Datorn tillförs instruktioner i form av objektкод. Objektkodens finns lagrad på en diskett, CD rom, DVD eller annat medium. Den kan också finnas direktinstallerad i datorn när den levereras.

Under processens gång utvecklas övrig dokumentation nödvändig för att stödja och underhålla programmet. Dokumentationen innefattar bl.a.:

Allmän beskrivning av programmet eller problemet man har velat lösa;
Flödesscheman;
Källkod;
Tekniska specifikationer;
Användarmanual m.m.

3.1 Dekompilering

Ändringar, uppdateringar, reparationer och andra åtgärder i ett datorprogram i kan bara göras genom ändringar och tillägg i källkoden. Den som har tillgång till källkoden har tillgång till språket som styr datorprogrammet och har därmed makten att bestämma över programmets innehåll.

Den som licensierar ett datorprogram eller köper en dator med installerad programvara har bara tillgång till objektkod – den kompilerade källkoden. Kompileringprocessen är enkelriktad och det går normalt inte att komma åt källkoden genom rekompilering.

Genom s.k. dekompilering, eller "reverse engineering" kan en person med tillgång till objekt-koden komma fram till källkoden. Processen är arbetsam och tidskrävande.² Den är också i princip förbjuden enligt lag och avtal.

Frågan hur arbetsam och tidskrävande dekompilering *egentligen* är är aktuell i dessa tider då det talas mycket om "hackers". Det har även uppstått grupper som har till syfte att skapa opinion för att källkoder skall vara fria och tillgängliga för alla.³ Det är lätt att få uppfattningen att verkligheten ser ut på ett annat sätt än doktrin vill få den att framstå och att källkoden till datorprogram enkelt kan knäckas genom några knapptryckningar.

Det är sant att det är mödosamt och tidskrävande att dekompilera ett datorprogram, men det är inte nödvändigtvis komplicerat. Det finns program och maskiner som kan dekompilera datorprogram automatiskt. Dessa program är dock att jämföra med översättningsprogram. Om ett brev översätts från engelska till svenska och sedan översätts tillbaka till engelska med hjälp av ett översättningsprogram på en dator är det inte sannolikt att datoröversättningen är identisk med ursprungsbrevet. Detta beror på att människor använder olika ordval, ordföljd, uttryck och dialekter i sitt språk som inte är möjliga för en dator att fånga. Samma förutsättningar gäller vid dekompileringen av ett datorprogram. Det är inte möjligt att återskapa samma källkod som programmeraren ursprungligen skrev. Vissa datorprogram kan inte dekompileras i sin helhet av automatiska system, utan kräver dessutom en manuell insats. Hela proceduren tar lång tid och kräver stor noggrannhet. Hur lång tid det tar beror naturligtvis på programmets storlek, men för ett större program kan det uppskattningsvis röra sig om flera månader.

Det dekompilerade materialet kan bestå av tusentals sidor källkod. För att kunna ha någon nytta för innehavaren behöver sidorna läsas och förstås. Källkoden innehåller inga fotnoter, kommentarer eller kompletterande förklaringar, vilket innebär att tolkningsarbetet kan vara mycket svårt.

Dekompilering för vissa bestämda ändamål är tillåten enligt lag⁴ och licenstagare har ingenting att tjäna på att försvåra för en licenstagare att utnyttja denna rätt. Många licenstagare är därför villiga att lämna ut källkoden till deras datorprogram till licenstagare i en begränsad omfattning. En licenstagare som nekats tillgång till källkoden till ett datorprogram får räkna med att behöva lägga ner stora summor pengar på dekompilering om han ens hittar någon som är intresserad utav att åta sig arbetet.

Jag har dragit slutsatsen att dekompilering inte är något reellt hot mot programutvecklare och rättighetsinnehavare. Att det är en "sport" för vissa att knäcka koderna till Microsoft Windows innebär inte att branschen i sin helhet riskerar att vara mer utsatt för intrång.⁵

² Melin, Stefan, "Kraschar verksamheten?", s.41

³ T.ex. "open source" och "GNU"

⁴ Se avsnitt 6.2

⁵ För ytterligare information om dekompilering kan följande webbsidor vara en bra utgångspunkt: www.program-transformation.org och www.chillingeffects.org/reverse/faq.cgi

4. IMMATERIALRÄTTSLIGA ASPEKTER PÅ DATORPROGRAM

4.1 Patentskydd för datorprogram

Den som har gjort en uppfinning som kan utnyttjas industriellt och som inte tidigare är känd, kan få ensamrätt till denna – ett patent. Ensamrätten innebär att uppfinnaren under en viss tid (20 år + förlängningar) kan förhindra andra från att utnyttja uppfinningen kommersiellt. I gengäld är uppfinnaren skyldig att offentliggöra en beskrivning av uppfinningen.

Enligt Patentlagen § 1, 2st framgår det att som uppfinning aldrig anses bl.a. vad som utgör enbart ett datorprogram. Detta beror på att datorprogram i sig inte innefattar några tekniska handlingsregler. En uppfinning i patentlagens mening föreligger endast om uppfinningen har teknisk karaktär. Motsvarande bestämmelse finns i Art.52 p2(c) i Europeiska Patentkonventionen.⁶

Däremot kan programmeringsåtgärder som en beståndsdel i ett tekniskt förfarande för att framställa en teknisk produkt vara föremål för ett patent. Även programvara som ingår i en produkt och som produkten är beroende av för att fungera kan erhålla skydd.

Gränsdragningen har vållat problem både i Sverige och internationellt. Skydd bör t.ex. kunna erhållas för en metod som steg för steg beskriver bestämda åtgärder, under förutsättning att det vid en helhetsbedömning finns en tillräcklig teknisk anknytning. Att den hårdvara som används är en dator saknar därför betydelse. Eftersom en stor del av utvecklingen på området sker i direkt anknytning till specifika tekniska lösningar kan det rådande rättsläget i stor utsträckning sägas öppna möjligheterna för ett indirekt patentskydd av datorprogram.⁷ Patenterbarheten av affärsmodeller skulle kunna vara ett sådant indirekt skydd om dessa ansökningar beviljas.⁸

4.2 Upphovsrättsligt skydd för datorprogram

Att datorprogram omfattas av upphovsrättsligt skydd fastslogs av Hovrätten för Västra Sverige i en dom den 19 december 1987.⁹ Det fanns vid denna tidpunkt ingen lagstiftning på området men domen syftade till att fastställa det som var den allmänt rådande åsikten. Upphovsrättsligt skydd för datorprogram lagstodgades inte förrän ett år senare då datorprogram fördes in i URL.¹⁰

Att man har valt att tillämpa upphovsrätten på datorprogram är inte ett idealiskt skyddsmedel. Upphovsrätten skyddar bara den form i vilken upphovsmannen har valt att uttrycka sina idéer, men idéerna som sådana skyddas inte av denna rätt. Det är därför möjligt för en programmerare att "stjäla" någon annans idé. Det

⁶ European Patent Konvention, 1973 (ikraftträdande 1977)

⁷ Bernitz, Ulf, "Plenidom om fördragskonform lagtolkning och patenterbarhet av uppfinningar som utnyttjar datorprogram," JT, 1990-91, s.479.

⁸ Patent på affärsmodeller är accepterat i USA. Ett av de mer uppmärksammade är Amazon.com:s patent på sitt s.k. "One-click" system för beställning av varor på Internet. I Europa har ingen praxis utvecklats på området ännu. Amazon.com har ansökt om att få samma patent i Europa – ansökan EP1134680.

⁹ DB 159

¹⁰ SFS 1989:396

värdefulla i ett datorprogram är emellertid ofta just idéerna eller lösningarna på ett visst program¹¹ och upphovsmän till datorprogram kan därför känna att upphovsrätten inte passar för deras uttrycksform. Ett viktigt syfte med uteslutandet av idéer från det upphovsrättsliga skyddet är att skapa mångfald bland datorprogram och därmed ökad konkurrens. Samma idé kan ge upphov till många olika program med olika uttryckssätt.

4.3 Avgränsning

Jag skall i detta arbete inte närmare diskutera hur ett datorprogram kan komma att omfattas av upphovsrätt. Det är tillräckligt att veta att datorprogram omfattas av upphovsrätt, hur sedan lagen skall tillämpas faller inte inom ramen för denna framställning. Jag kommer även att bortse från de situationer där ett datorprogram har patentskydd. De avtal och säkerhetslösningar som uppstår för patenterade program är inte samma som för upphovsrättsligt skyddade program p.g.a. skyddets art.

5. VAD ÄR KÄLLKOD?

I syftet med denna uppsats ingår att identifiera eventuella rättsliga problem som kan uppstå vid källkodsdeponering. Källkodsdeponeringen kan lätt komma i konflikt med tvingande rätt t.ex. sak- och konkursrätt. Beroende på vad källkod är för egendomslag gäller olika kriterier för sakrättsligt- och borgenärsskydd vid en eventuell framtida konkurs där sakrättsliga regler ställs på sin spets.

Genom att göra en egendomsrättslig utredning kan en helhetsbild av källkoden framträda. Eftersom jurister inte är familjära med begreppet källkod kan denna framställning syfta till att ytterligare underlätta förståelsen för egendomen.

Källkod kan framträda på olika sätt. Den kan finnas som textsidor som kan synas på en skärm, den kan skrivas ut som ett dokument och den kan transporteras på en CD-rom eller diskett. Vid källkodsdeponering deponeras en CD-rom innehållande källkoden tillsammans med teknisk dokumentation hos en agent. Sett ur dessa perspektiv är det nära till hands att se källkoden som lös egendom. Men, precis som en bok eller ett musikstycke, är det uttrycksformen som är egendomen och inte mediet som den återfinns på.

Källkoden är ett resultat av ett intellektuellt arbete. Den är ett led i produktionen av ett datorprogram som kan komma att omfattas av upphovsrätt¹². Frågan uppstår då om även källkoden omfattas av upphovsrätten.

5.1 Källkoden som upphovsrätt

Utveckling av ett datorprogram består av flera olika led och processer.¹³ Detta medför att ett datorprogram består av flera olika arbeten. Varje del kan utgöra

¹¹ se Lindberg, Agne ”Praktisk IT-rätt”, s.157, och Olsson, Henry, ”Copyright” s. 40

¹² se avsnitt 4.2

¹³ se avsnitt 3

ett separat verk i förhållande till de andra. Vilka verk är då att hänföra till datorprogrammet och vilka omfattas av ett annat separat upphovsrättsligt skydd? En möjlig tanke är att det kan finnas delar som inte omfattas av skydd över huvudtaget. Vilken ställning har källkoden?¹⁴

5.2 Skydd för källkod i svensk lagstiftning

Lagtexten ger inte mycket vägledning. Upphovsrättslagen § 1:

Den som har skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket oavsett om det är

1. skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal,
2. datorprogram,
3. musikaliskt eller sceniskt verk,
4. filmverk,
5. fotografiskt verk eller något annat alster av bildkonst,
6. alster av byggnadskonst eller brukskonst, eller
7. verk som har kommit till uttryck på något annat sätt.

Till litterära verk hänförs kartor, samt även andra i teckning eller grafik eller i plastisk form utförda verk av beskrivande art.

Vad som i denna lag sägs om datorprogram skall i tillämpliga delar gälla även förberedande designmaterial för datorprogram.

5.2.1 Förberedande designmaterial

Förberedande designmaterial omfattas av en specifik bestämmelse i URL §1 som tillkom 1993 efter EG direktiv 91/250/EEG implementerades¹⁵.

Designmaterial definieras och avgränsas i förarbetena¹⁶ och åtnjuter skydd som vore det ett självständigt datorprogram.¹⁷

5.2.2 Definition av ett datorprogram

För övrigt material stadgar paragrafen upphovsrättsligt skydd för "datorprogram".

URL innehåller ingen definition av ett datorprogram utan det ankommer på rättspraxis att göra den bedömningen i takt med teknikens utveckling.¹⁸ En vägledande definition återfinns i SOU 1985:51 s.87:

¹⁴ En viktig upphovsrättslig princip för att ett verk skall komma i åtnjutande av upphovsrättsligt skydd är att verket måste besitta s.k. "verkshöjd". Allmänt innebär detta att ett verk måste vara resultatet av ett individuellt skapande och skall präglas av ett visst mått av originalitet. Verkshöjdskravet tillämpas olika beroende på vilken form av verk det handlar om. Denna utredning syftar endast till att undersöka om källkoden omfattas av ett datorprogram upphovsrätt och därför tänker jag inte utreda kriterierna lagen uppställer för att upphovsrätt skall föreligga för ett datorprogram. För den intresserade läsaren kan jag rekommendera Kockvedgaard, Mogens & Levin, Marianne, "Lärobok i Immaterialrätt", s. 83f och Lindberg, Agne, "Praktisk IT-rätt", s. 162f.

¹⁵ Lag 1994:190

¹⁶ Prop 1992/93:48 s.112

¹⁷ Lindberg, Agne, "Praktisk IT-rätt", s.159

"... som ett datorprogramverk anses utformningen av en serie instruktioner eller anvisningar, oberoende av den uttrycksform eller den anordning vari den är nedlagd, avsedd att förmå en dator att direkt eller indirekt ange eller utföra en speciell funktion eller uppgift eller uppnå ett speciellt resultat."

Samma förklaring kan hittas i Prop. 1992/93:48 s.112:

"... skydd skall ges till ett datorprograms alla uttrycksformer."

Det saknar betydelse hur programmet framträder eller hur det lagras. Det kan hävdas upphovsrätt till programmet om det är omedelbart läsbart eller förekommer i maskinläsbar form (käll- respektive objektкод) och oberoende av om det är på papper, diskett, CD-rom eller annat.¹⁹

Med stöd av lagtext och förarbeten tycks källkoden omfattas av ett datorprograms upphovsrätt och är en immaterialrätt.²⁰

5.3 Skydd för källkod enligt Internationella Konventioner

Även i internationella konventioner finns det stöd för att ett datorprogram är föremål för skydd oavsett i vilken uttrycksform den framträder i. Enligt Art 10.1 i TRIPS avtalet inom världshandelsorganisationen WTO gäller för samtliga medlemsländer att:

"... computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)."

Samma bestämmelse finns också upptaget i WIPO-fördraget

Bernkonventionen uppställer vissa minimikrav som dess medlemsländers upphovsrättsliga skydd skall leva upp till. Genom hänvisningen till den från TRIPS avtalet och WIPO fördraget tillerkänns ett upphovsrättsligt skydd för datorprogrammet i alla dess former.

5.4 Källkoden som företagshemlighet

Lämpligheten av ett upphovsrättsligt skydd för datorprogram har varit föremål för diskussion. Generellt är åsikten den att upphovsrätten inte är det bästa sättet att bereda skydd för datorprogram på. Upphovsrätten skyddar bara den form i vilken upphovsmännen har valt att uttrycka sina idéer men idéerna som sådana skyddas inte. Det värdefulla i ett datorprogram är emellertid ofta just idéerna eller lösningarna på ett visst problem.²¹

¹⁸ Koktvedgaard, Mogens & Levin, Marianne, "Lärobok i immaterialrätt", s. 83

¹⁹ a.a., s. 83

²⁰ Förutsätter naturligtvis att övriga förutsättningar för upphovsrätt är uppfyllda.

²¹ Lindberg, Agne, "Praktisk IT-rätt", s. 157

Källkoden är nyckeln till ett datorprogram. Det är genom att ändra, lägga till och ta bort i källkoden som ett datorprogram kan ändras, anpassas, korrigeras och underhållas. Den som har tillgång till källkoden (och den tekniska kunskapen) kan styra och kontrollera datorprogrammet. Den som har tillgång till källkoden har tillgång till upphovsmannens idéer, tankar och lösningar och har därmed också möjlighet att manipulera källkoden och begå intrång i immaterialrätten, vilket är agerande som upphovsmannen vill skydda sig mot. För att ytterligare skydda källkoden väljer företag att behandla den som en företagshemlighet.

Lagen om skydd för företagshemligheter beskriver en företagshemlighet som :

"... sådan information om affärs- och driftförhållande i näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende..."

Begreppen redde ut i NJA 1998 s. 633:

- Information är en samlingsbeteckning för uppgifter, kunskaper och vetande av vilket slag som helst;
- Affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse innebär att informationen skall ha anknytning till ett företag och näringsverksamheten i ett företag;
- Kravet att näringsidkaren håller informationen hemlig är inte ett krav på absolut hemlighållande, utan den får var känd av flera men inte tillgänglig för envar som har ett intresse att ta del av den – kretsen skall vara identifierbar och sluten;
- Kravet att ett röjande av informationen skall vara ägnat att medföra skada för näringsidkaren i konkurrenshänseende innebär att informationen skall ha ett värde i näringsidkarens hand.

Företaget måste ta en aktiv roll för att skydda sina företagshemligheter, genom att se till att relevant information verkligen behandlas som en hemlighet. Detta kan ske på olika sätt som t.ex. informationsklassning och hemligstämpling²², eller genom att endast låta en begränsad krets människor ha tillgång till materialet med kravet att de inte får utnyttja den eller föra den vidare²³. Det viktiga är att det vidtas aktiva åtgärder för att skydda företagshemligheter och att personer med tillgång till informationen är medvetna om hur de får förfara med den.

Att behandla källkoden, som redan har upphovsrättsligt skydd, som en företagshemlighet är vanligt förekommande. De två skyddsformerna behöver inte kollidera med varandra, utan kan samexistera och komplettera varandra för att ge ökade skyddsmöjligheter för värdefull information och material i ett företag.²⁴

²² Svensson, Tommy, "Företagens skydd och säkerhet. Om lagar och praktisk tillämpning", s. 90

²³ a.a., s. 90

²⁴ URL innehåller vissa tvingande bestämmelser, t.ex. URL § 26h. Där ges licenstagare rätt att dekompilera datorprogram i vissa syften. Om företag har behandlat källkoden som en företagshemlighet utan att vara

6. LICENSAVTAL

När datorprogram kommersialiseras sker det oftast genom licensavtal. Detta innebär att det inte sker en komplett överlåtelse av datorprogrammet till användare utan de får ett tillstånd att använda programmet. Licensgivaren har kvar upphovsrätten till programmet vilket ger honom ensamrätt att kommersialisera programmet genom t.ex. mångfaldigande, återförsäljning och installation. Genom att installera ett program på en dator framställer man ett exemplar av programmet, därför krävs det även upphovsrättsinnehavarens medgivande för denna åtgärd. Det är detta tillstånd som kunden får genom ett licensavtal.²⁵

Avtalsobjektet är datorprogrammet tillsammans med textfiler, synonymordlistor, bilder o.s.v. som tillsammans kallas för programvara.²⁶

Licensavtalet kan se ut på många olika sätt. I Sverige använder sig många mjukvaruleverantörer utav ett standardavtal som heter Avtal 90. Dessa kan kompletteras av individuella avtal.

Licensavtalet reglerar omfattningen av licenstagarens förfoganderätt över datorprogrammet. T.ex. hur länge licensen gäller, om den är exklusiv eller enkel och om vidarelicensering är tillåten. Funktioner, prestanda och samverkansmöjligheter beskrivs, de krav som programvaran skall uppfylla preciseras, användarmanualer tillhandahålls m.m.²⁷ Omfattningen av nyttjanderätten avtalas samt användare, kopiering och ändring av programvaran.

Eftersom licensavtalet inte är reglerat i lag²⁸ råder i stort sett avtalsfrihet. Det finns vissa undantag som jag skall behandla nedan.

6.1 Källkodens roll i licensavtalet

Licenstagare får oftast inte tillgång till källkoden genom ett licensavtal. Det ligger i licensgivarens intresse att så få personer som möjligt har tillgång till källkoden för att kunna bevara dess värde som företagshemlighet samt kunna begränsa möjligheterna för andra att utnyttja källkoden på ett kommersiellt och otillbörligt sätt. Därför innehåller licensavtal typiskt sett bestämmelser som begränsar licenstagarens tillgång till och förfoganderätt över källkoden.

Licensgivaren åtar sig oftast att underhålla och vidareutveckla datorprogrammet åt licenstagaren. Licenstagare kan vilja ha individuellt anpassade lösningar, vidareutveckling av vissa funktioner, kontinuerliga anti-virus arbeten, uppdateringar m.m. Licensgivarens engagemang och förpliktelser sträcker sig då

medvetna om att källkoden omfattas av URL skulle det kunna leda till att de förbiser dessa bestämmelser. Avtalsbestämmelser som inte beaktar dessa tvingande regler i URL kan bli ogiltiga.

²⁵ Lindberg, Agne, "Praktisk IT-rätt", s.313

²⁶ a.a., s. 312

²⁷ a.a., s. 315

²⁸ Köplagen förutsätter äganderättsövergång, vilket inte sker vid licensering.

över en längre tidsperiod. Avtalsförhållandet inleds och avslutas inte med licensavtalet. Gemensamt för dessa punkter är att det krävs att licensgivaren har tillgång till källkoden om han skall kontinuerligt kunna uppfylla sina förpliktelser enligt avtalet. Källkoden är en tillgång för licensgivaren.

Utvecklare av datorprogram har ett relativt svagt skydd d.v.s. enbart för datorprogrammets form. Med hjälp av källkoden är det relativt lätt att framställa ett nytt program med samma funktioner som det ursprungliga men i en annan form, d.v.s. med avvikande kod. Licensavtal innehåller typiskt sett klausuler som reglerar i vilken omfattning licenstagaren får dekompilera²⁹ datorprogrammet som han licensierar. Genom att begränsa licenstagarens möjligheter att själv kunna komma åt källkoden minimerar licensgivaren risken att hans idéer skall avslöjas och utnyttjas.

Det ligger i licensgivarens intresse att förbjuda dekompileing men URL innehåller tvingande bestämmelser rörande licenstagarens rätt att dekompilera. Licenstagaren måste i vissa situationer finna sig i att licenstagaren har rätt att dekompilera programmet. Bestämmelserna har ansetts nödvändiga av lagstiftaren i första hand för att öka möjligheterna för användare att uppnå interoperabilitet (samverkansförmåga) mellan olika program de har användarrätt till³⁰. Om en användare samtidigt licensierar flera olika program från olika tillverkare måste dessa program kunna köras på samma dator samtidigt utan driftstörningar.

6.2 Den lagliga dekompileringsrätten

Även om licenstagaren har en rätt att dekompilera är denna rätt inte alltid praktiskt genomförbar³¹. Därför kan många licensgivare tänka sig att utlämna delar av källkoden till licenstagare för användning för bestämda syften inom lagens ramar. Avhjälpan av fel och samverkansförmåga är oftast tjänster som ingår i ett service- och underhållsavtal mellan parterna och som licensgivaren bistår med. De som kan ha ett intresse av dekompileing är licenstagare till program där leverantören inte längre existerar eller uppfyller sina förpliktelser enligt licensavtalet. Det kan också tänkas att användare eller andra programmerare är nyfikna på de bakomliggande mekanismerna av ett program utan att för den skull vilka begå upphovsrättsintrång.

URL § 26 tillåter dekompileing för vissa bestämda syften. Reglerna är tvingande vilket branschens standardavtal "Standardavtal 90"³² och till viss del också individuella licensavtal har anpassat sig efter.³³

Licenstagaren har uttrycklig lagstöd att dekompilera enligt följande:

²⁹ Se avsnitt 3.1

³⁰ Plogell, Mikael, "Immaterialrättsliga aspekter på datorprogram", s. 46f.

³¹ Se avsnitt 3.1

³² Standardavtal 90 är det standardavtal som används mest inom databranschen, Det används vid stora leveranser av datorer och programvara och det finns ett tilläggsavtal för underhåll av produkterna. Se Jerner s 22

³³ Eftersom bestämmelserna är tvingande blir avtalsbestämmelser som strider mot URL ogiltiga.

6.2.1 Rättelse av fel

Enligt URL § 26 g får licenstagaren göra de ändringar i programmet som är nödvändiga för att han skall kunna använda programmet för dess avsedda ändamål. Detta gäller även rättelse av fel. Hur långt denna rätt sträcker sig är tämligen osäkert³⁴. Antagligen är denna rätt begränsad till att avse den skepnad programmet hade vid förvärvet. Om rätten sträcker sig utöver detta skulle det innebära att rätten att göra uppgraderingar tillföll licenstagaren, vilket inte är förenligt med upphovsmannens rättigheter till sitt verk.³⁵

Ändringar som företas med stöd av denna paragraf är att betrakta som bearbetningar av det ursprungliga verket. Bearbetaren måste agera varsamt för att inte förfoga över sin bearbetning i strid mot upphovsrätten till det ursprungliga programmet.³⁶

6.2.2 Observationsrätt

Enligt URL § 26 g Licenstagaren har rätt att iaktta, undersöka och pröva programmets funktion för att fastställa de idéer och principer som ligger bakom programmet. Detta får bara ske vid en tillåten användning av programmet. Detta stadgas i URL § 26g, och är en uttrycklig tillåtelse av dekompilering. Själva dekompileringen utgör i sig inget intrång i upphovsrätten, utan det är sättet som dekompileraren använder den information han får fram vid processen som kan vara upphovsrättsstridigt.³⁷

6.2.3 Dekompilering för att uppnå interoperabilitet

Behöriga användare har en tvingande rätt att översätta och analysera ett programs källkod i den omfattning det behövs för att uppnå interoperabilitet med andra program. Genom att tillhandahålla nödvändig information kan licensgivaren utesluta licenstagarens rätt att dekompilera i detta syfte.³⁸

Dekompilering med stöd av § 26h får endast utföras av en person som har rätt att använda programmet eller annan för dennes räkning. Informationen får inte ha funnits tillgänglig på annat sätt – dekompileringen är "sista lösningen"³⁹. Dekompilering av hela programmet får inte göras utan är begränsat till de delar av programmet som behövs för samkörningsändamålet.⁴⁰

³⁴ Lindberg, Agne, "Praktisk IT-rätt", s. 178

³⁵ a.a., s. 178

³⁶ a.a., s. 178

³⁷ a.a., s. 178

³⁸ a.a., s. 180

³⁹ Jerner, Magdalena, "Licensavtal för datorprogram", s. 15

⁴⁰ Lindberg, Arne, "Praktisk IT-rätt", s.180

6.2.4 Begränsningar i informationsanvändandet

URL § 22h anger begränsningar i hur det dekompilerade materialet får lov att användas.

Källkoden får bara användas för att uppnå interoperabilitet. Den får inte överlämnas till andra personer om det inte är nödvändigt för att uppnå interoperabilitet. Informationen får inte användas för utveckling, tillverkning eller marknadsföring av ett datorprogram som i förhållande till det skyddade programmet har väsentligt likartad uttrycksform och den får inte användas för att göra intrång i upphovsrätten.

6.3 Upphovsrättsintrång och dekompileringsrätt

Det verkar vara tillåtet att utveckla ett program utifrån resultatet av dekompileringen av ett annat program under förutsättning att det förra är en individuell skapelse som inte utnyttjar den senares form (käll- eller maskinkod), vilket är en av anledningarna till att dekompileringsrätten har fått kritik.⁴¹

Min synpunkt på denna kritik är att detta argument inte är förenligt med datorprogramms inplacering i URL. Oavsett vilken åsikt man har om lämpligheten av ett upphovsrättsligt skydd för datorprogram så är verkligheten idag sådan att det är detta skydd som lagstiftaren har valt för uttrycksformen. Ovan argument skulle inte få gehör om det gällde andra upphovsrättsligt skyddade verk som en bok eller en tavla. Där är uttrycksformen fri för var och en att beskåda. Om man får inspiration av en tavla som föreställer en häst i ett stall och väljer att själv måla en häst i ett stall så är detta tillåtet så länge den senare målade tavlan är en individuell och originell skapelse. Varför skall då datorprogram få en särställning? Om någon har tillgång till källkoden till ett datorprogram och utifrån denna kan skapa ett annat program som är individuellt och originellt så begår han inget intrång i upphovsrätten. Genom att hålla källkoden hemlig försöker rättighetsinnehavare bereda sig ett större skydd än lagstiftningen erbjuder. Genom att begränsa dekompileringsrätten och avskära möjligheterna för utomstående att få tillgång till källkoden minskas möjligheterna för andra att kunna arbeta fram snarlika lösningar och program. Värdet av immaterialrätten ökar hos rättighetsinnehavaren och konkurrensen kan följaktligen begränsas.

Under arbetet med EG Direktiv 91/250/EC fanns det två starka lobbygrupper med olika åsikter i frågan om dekompilering. Den ena ville att man skulle tillåta dekompilering.⁴²

Till stöd för sin åsikt anförde man att eftersom dekompilering är arbetsamt och tidsödande är förfarandet en licenstagares sista utväg för att skaffa sig information. Den nödvändiga informationen kan lämnas ut av licensgivaren, eller så kan licenstagaren söka informationen genom andra systematiska processer som att t.ex. överföra (transmit) programmet.

⁴¹ Lindberg, Arne, ”Praktisk IT-rätt” s.180, Ahlstedt, Hans, ”Datarättens ABC”, s.104, Olsson, Henry, ”Copyright”, s. 40

⁴² Jerner, Magdalena, ”Licensavtal för datorprogram”, s.15

Ytterligare en anledning att tillåta dekompilering är att möjligheterna för att en licenstagare skall kunna samköra olika program blir begränsade om de inte tillåts dekompileras.

Genom dekompilering vill licenstagaren ofta komma åt information rörande gränssnittsspecifikationer och gränssnittsregler för att kunna uppnå interoperabilitet. Dessa uppgifter utgör normalt idéer och principer som inte skyddas av upphovsrätten. Effekten av ett dekompileringsförbud blir att idéer och principer i princip får ett skydd, vilket inte är förenligt med datorprogramms inplacering i upphovsrättslagen.⁴³

Ett förbud mot dekompilering ansågs av vissa kunna medföra allvarliga begränsningar på marknaden. Speciellt när det gäller datorprogram som blivit de facto standards.⁴⁴

En förståelse för utvecklare av program och rättighetsinnehavarnas ståndpunkt kan ge en annan bild av dekompileringsrätten. Praxis kring intrång i upphovsrätten har utvecklats kring verk som tavlor, musikstycken och böcker. Jurister behöver inte ha tekniska kunskaper för att kunna tillämpa lagen på dessa uttrycksformer. Vad gäller datorprogram är situationen mycket mer komplicerad. Intrång är svårare att bedöma och konstatera. Förutom det visuella verket som uttrycker sig på en datorskärm består datorprogrammet av hundra- eller tusentals sidor källkod. Genom att ändra i några av sidorna kan det resulterande visuella uttrycket skilja sig från det förra. Typsnitt, färger, layout osv. kan få det nya programmet att verka originellt och individuellt när det i själva verket bygger till största del på stöld av en befintlig källkod. Vem har kunskapen att bedöma detta? Hur mycket eller lite kan källkod manipuleras och ändras innan ett nytt självständigt verk uppstår? URL innehåller de regler som skall användas vid bedömningen om upphovsrättsintrång föreligger, men verkligheten ser annorlunda ut. Lagstiftaren må ha bestämt att intrång är olagligt, men den praktiska bedömningen och beivrandet är svårt att tillämpa. Så länge inte licensgivare kan lita på att rättssystemet ger ett tillräckligt skydd, vill de begränsa tillgång till och spridning av källkoder.

Det finns ett allmänt motstånd hos programvaruföretag mot såväl undersökning av programfunktioner och dekompilering i allmänhet enligt URL § 26g. Företag som behandlar sin källkod som en värdefull tillgång och som vill ha en långtgående kontroll över sitt datorprogram och dess utveckling har tagit en envis ståndpunkt emot dekompilering. De företag som ofta förknippas med detta ställningstagande är IBM och Microsoft.⁴⁵

1987 förde Microsoft en uppmärksammas process mot ett japanskt företag Shuuwa System Trading K.K.⁴⁶ Microsoft hade utvecklat ett datorprogram av operativsystemtyp för att införlivas i persondatorer tillverkade av NEC som distribuerades i Japan. Shuuwa Sys. konverterade objekt-koden till assemblerspråket (källkoden) som sedermera tolkades och tillfogades etiketter

⁴³ Plogell, Mikael, "Immaterialrättsliga aspekter på datorprogram", s.46

⁴⁴ De facto standards utvecklas spontant på en marknad utan formell ansökan eller beslut. Därför blir inte rättighetsinnehavare skyldiga att tillhandahålla nödvändig information till marknaden, vilket han hade varit om han själv hade ansökt om att hans datorprogram skulle bli en standard.

⁴⁵ Jerner, Magdalena, "Licensavtal för datorprogram", s.15

⁴⁶ Avgörande Microsoft Corp. v Shuuwa System Trading K.K, Tokyo District Court 1987.

och kommentarer. Shuuwa Sys. gav därefter ut en bok med källkoden och beskrivningarna ämnad som support åt operativsystemanvändare. Vare sig Microsoft eller NEC hade gjort informationen offentlig. Genom att göra upphovsmännens idéer och personlighet tillgänglig för allmänheten hade Shuuwa Sys. agerat i strid mot upphovsrätten och Microsofts talan bifölls.

Detta mål används ofta som stöd för uppfattningen att dekompilering inte är tillåten i Japan och sannolikt inte heller i USA.⁴⁷ Deras konkurrensmyndigheter har uttalat att dekompilering än så länge inte är tillåten⁴⁸. Det finns ingen lagstiftad dekompileringsrätt och så länge inga nya avgörande syftar till att ändra denna uppfattning har dessa två länder inte samma lagstiftning som Europa i denna fråga. Detta är ett av de största argument som motståndare till dekompileringsrätten framför i debatten.⁴⁹ USA och Japan är två av världens största nationer inom den tekniska utvecklingen – varför skall Europas lagstiftning skilja sig från deras? Ökad globalisering och den internationella handeln med datorprogram kan orsaka tillämpningsproblem. Dekompilering är både en ekonomiskt viktig fråga och en moraliskt viktig fråga – lagstiftningen kan vara normbildande och det är fördelaktigt om de stora nationerna och Europa har samma inställning till fenomenet.

Ett annat skäl till ett dekompileringsförbud anses vara att rättighetsinnehavaren har en exklusiv rätt att auktorisera reproduktion enligt Bernkonventionen⁵⁰ och att tillåta dekompilering skulle skada detta intresse.

Att tillåta dekompilering anses underlätta för piratkopiering. De som olagligen kopierar kan hävda att de håller på med tillåten dekompilering.⁵¹

Att tillåta dekompilering och därmed öppna upp för dessa möjligheter skulle i sin tur göra dataföretagen mindre benägna att investera i forskning och utveckling vilket inte är önskvärt.⁵²

7. KÄLLKODSDEPONERING

Källkodsdeponering kan ses som en kompromiss mellan licensgivaren och licenstagaren. Licenstagarens behov av källkoden i vissa situationer tillgodoses inte genom den lagstiftning som finns. Hans uttryckliga rätt att dekompileras är väldigt begränsad och det finns flera situationer som kan uppstå i affärslivet som kräver att han har tillgång till källkoden.

Licensgivaren får idag finna sig i att lagstiftningen tillåter att hans program dekompileras i vissa fall. Det är även affärsmässigt betingat att ge licenstagare tillgång till källkoden i andra affärsmässigt motiverade situationer.

⁴⁷ Ahlstedt, Hans, "Datarättens ABC" s. 106

⁴⁸ Jerner, Magdalena, "Licensavtal för datorprogram", s.15

⁴⁹ a.a., s.15

⁵⁰ Bernkonventionen för skydd av litterära och artistiska verk tillkom 1886. Datorprogram behandlas inte i konventionen men den innehåller gemensamma och grundläggande principer för upphovsrättsligt skydd.

⁵¹ Jerner, Magdalena, "Licensavtal för datorprogram", s.15

⁵² Forrester, Ian, "Software licensing in the light of Current EC Competition Law Considerations", s. 12

För att komplettera lagstiftning och licensavtal har avtalsformen källkodsdeponering utvecklats.

7.1 Källkodens värde för rättighetsinnehavaren.

Källkoden har ett värde för både licensgivare och licenstagare.

För licensgivaren är källkoden en immateriell tillgång och en företagshemlighet. Den kan ha tagit flera år att utveckla och är ett resultat av omfattande ekonomiska investeringar.

Om användare har tillgång till källkoden kan datorprogrammet enkelt kopieras (i strid med upphovsrättslig lagstiftning och licensavtalet), distribueras över Internet eller på annat sätt göras offentlig⁵³. Ju fler personer med tillgång till källkoden ju större risk löper licensgivaren att någon begår intrång i hans upphovsrätt.

Licensavtalet innehåller ofta ett serviceavtal mellan licensgivare och licenstagare. Licensgivaren skall underhålla och reparera programmet åt licenstagaren under en viss tidsperiod. Serviceavtalet genererar ytterligare inkomster för licensgivaren som han inte hade haft om licenstagaren själv kunde utföra dessa med tillgång till källkoden.

Om licensgivaren kan behålla en exklusivitet i källkoden och bevara den som en företagshemlighet har den längre livstid och nytta för honom. Investering i ytterligare forskning och vidareutveckling blir motiverat och värdet i företaget kan öka.

7.2 Källkodens värde för licenstagaren.

Även en licenstagare gör en investering när de ingår ett licensavtal för ett datorprogram.

Ibland kan detta datorprogram vara nödvändigt för driften av ett helt företag. Skulle fel uppstå kan företaget bli stillastående tills reparation sker. Order och fakturor kan inte skrivas ut, löner kan inte betalas, lagerhållning kan inte administreras o.s.v. Åtgärdande av virus och programfel är tjänster som licensgivaren ofta tillhandahåller så länge båda parterna vill. Så länge licensgivaren följer sina åtaganden enligt service- och underhållsavtalet behöver inte licenstagaren ha tillgång till källkoden.

Förutom service och underhåll kan licensgivaren ha åtagit sig att vidareutveckla vissa delar av programmet, att leverera uppdateringar och att tillhandahålla individuella lösningar till licenstagaren.

Men vad händer om licensgivaren inte håller sin del av avtalet? Företaget kanske köps upp, råkar i ekonomiska svårigheter eller går i konkurs. Ett litet företag kan

⁵³ Freiburn, Eric S., Esq., "Source Code Escrow Agreements – Balancing the Interests of Users and Vendors"

förlora en av sina nyckelpersoner som ensam hade kunskap om datorprogrammet och källkoden⁵⁴. Situationerna kan medföra att licensgivaren inte kan uppfylla sin del av avtalet och då uppstår en risk att kunden lider skada utan möjligheter att åtgärda och reparera den. En medveten kund är idag rädd om sin IT-investering och det är i dessa fall som licenstagaren vill ha tillgång till källkoden.

7.3 Källkodsdeponeringsavtal

Licensgivaren vill inte lämna ut källkoden – den är hans affärshemlighet, nyckeln till hans upphovsrätt och kanske den viktigaste tillgången i hans verksamhet.

Licenstagaren vill trygga sin investering och vara säker på att den kommer att behålla sin funktion och värde.

Källkodsdeponeringsavtal har utvecklats ur dessa motsatta behov. Genom att upprätta ett källkodsdeponeringsavtal mellan licensgivare, licenstagare och källkodsdeponeringsagent om deponering av källkod kan både licensgivarens och licenstagarens intressen tillgodoses.

Avtalsformen växte fram i USA under 1970-talet och har funnits i Sverige sedan slutet av 1980-talet. Källkodsdeponeringsavtal var ursprungligen avtal som licenstagaren tvingade fram som en säkerhet för sin investering. Licensgivarna var negativa till avtalet och såg framför sig mer pappersarbete, byråkrati och kostnader utan några egentliga fördelar.⁵⁵ Då var det utlämningsklausulerna som var de centrala avtalspunkterna. Idag är licensgivarens inställning till källkodsdeponeringsavtal en annan.

I USA räknar man idag med att mer än hälften av alla dataföretag deponerar källkod⁵⁶. I Sverige talar man inte om några siffror. Avtalen är hemliga och agenterna ett fåtal; men det blir allt vanligare i takt med att avtalet och dess fördelar blir känt.

Deponering av källkod är inte aktuellt för standardprogram, utan förekommer vid specialutvecklade program som är skraddarsydda för en enda kund eller för en viss marknad. Typiskt för dessa program är att de är dyrare än standardprogram och licenstagaren blir mer beroende av utvecklaren och hans specialkunskap. Det är bara utvecklaren som kan programmet och som kan tillhandahålla service och utveckling⁵⁷.

7.4 Tvåpartsavtal

Den vanligaste formen av källkodsdeponeringsavtal är tvåpartsavtal. Avtalet sluts mellan licensgivaren, licenstagaren och agenten. Allt eftersom licensgivare själva upptäcker fördelarna med källkodsdeponering väljer de att deponera källkod utan

⁵⁴ Svensson, Tommy, "Företagens skydd och säkerhet. Om lagar och praktisk tillämpning", s. 59

⁵⁵ Roberts, Bill, "Safe Keeping. More Companies turn to Escrow to Protect their IP"

⁵⁶ a.a.

⁵⁷ "Skydda dina IT investeringar med digitala bankfack", Combitech Network

ha att någon licenstagare som avtalspart. Tvåpartsavtalet har till stor del samma funktion som trepartsavtalet d.v.s. att säkerställa och skydda information. Men det finns andra motiveringar till att man väljer att inventera och dokumentera informationen i företaget genom tvåpartsavtalet.

Den grundläggande anledningen till denna avtalsform är behovet av att skapa strukturer i ett företag som är baserad på intellektuella resurser och produkter. Det dyker upp företag hela tiden vars verksamhet är baserat på en intellektuell produkt t.ex. en idé, en uppfinning eller en upphovsrätt till ett datorprogram. Antalet företag som idag har en informations-intensiv⁵⁸ del av sin verksamhet ökar dramatiskt oavsett vilken industri de befinner sig i.⁵⁹ Hur denna kunskap utnyttjas beror dels på de anställda i företaget och deras förutsättningar att kunna driva och utveckla informationen, och dels på hur man lyckas att skapa ett värde för information i företaget. Dessa företag är till stor del beroende av sina anställda. Vad händer om en nyckelperson blir långvarigt sjuk, byter arbete eller bestämmer sig för att starta ett eget konkurrerande bolag? Det kan vara förödande för ett företag om de inte har sett till att hela tiden konkretisera sitt intellektuella kapital genom avtal och dokumentation.

Ett sätt att göra detta är att deponera källkod. Källkoden till ett datorprogram deponeras regelbundet tillsammans med tekniska manualer, beskrivningar och övrig information. Detta tvingar de anställda i ett företag att dokumentera sitt arbete, göra den förståelig för utomstående och skapa ett system för en fungerande förvaltning av immaterialrätten.

Många IT-företag har de senaste åren avvecklat eller skurit ner på sin verksamhet. För investerare eller framtida avtalsparter är dessa bolag riskbolag och betraktas som instabila. Genom källkodsdeponering kan bolag få en konkurrensfördel på en svår marknad.

8. KÄLLKODSDEPONERING - TREPARTSAVTAL

Trepartsavtal ingås mellan licensgivaren och licenstagaren till ett datorprogram tillsammans med en källkodsdepositionsagent. Ramavtal finns tillgängliga på bl.a. www.deposit.se, www.chamber.se och www.escroweurope.com.

8.1 Agenten

Deponering sker till en oberoende tredje part – en agent. I Sverige finns källkodsdeponeringsmöjligheter hos bl.a. Deposit i Stockholm och Stockholms Handelskammare. Även advokatbyråer har agerat agenter, men idag är det vanligare att de samarbetar med eller hänvisar till deponeringsagenter.⁶⁰

Deponeringsavtal kan förefalla enkla, men om det skall vara någon mening skall en rad rättsliga och praktiska frågor regleras. Eftersom licensgivaren och

⁵⁸ Med informations-intensiv menar jag en del av verksamheten som bygger på personalens kunskap och resurser till skillnad från traditionella tillgångar

⁵⁹ Stewart, Thomas A, Intellectual Capital – the new wealth of organisations, s.18 f

⁶⁰ I Göteborg administrerar Advokataktiebolaget Nordic Law källkodsdeponering som sker hos Västsvenska handelskammaren.

licenstagaren har motstående affärsintressen är en oberoende tredje part det enklaste sättet att försäkra sig om ett opartiskt avtal.⁶¹ Deponeringsagenter har färdiga rutiner och erfarenhet vilket har gjort dem önskvärda på marknaden.

Agenten är en avtalspart och har därmed rättigheter och skyldigheter. Avtalen skiljer sig åt beroende på var de kommer ifrån. I USA friskriver sig agenten från allt ansvar rörande det deponerade materialets innehåll; agerande i enlighet med dokument, kvitton, fullmakter o.s.v. som visar sig vara felaktiga eller förfalskade; kostnader som kan uppstå i samband med tvistlösning; förseningar om agenten blir tvungen att anlita advokat el. dyl. för att tolka oklarheter i avtalet o.s.v. Europeiska avtal fokuserar inte på friskrivning på samma sätt. Agentens ansvar för felaktiga och icke utförda utlämningar baseras på ett culpa ansvar.⁶²

8.2 Avtalet

Deposit och Stockholms Handelskammare har ramavtal för källkodsdeponering⁶³. Varje fall är individuellt, men ramavtalet fungerar som en checklista där de viktigaste punkterna tas upp. Avtalet är tämligen omfattande. Det reglerar själva deponeringen, de rättigheter och skyldigheter parterna har, specifikation av deponeringsobjektet, utlämningsgrunder, tillåten användning av källkoden om den skulle utlämnas till licenstagaren m.m.

Det är upp till parterna själva att behandla informationen i enlighet med Lagen om skydd för företagshemligheter om de vill komma i åtnjutande av detta skydd. Avtalet stämplas med texten "företagshemlighet" av agenten som har andra rutiner och system som de följer för att implementera lagens kriterier och uppnå ett fungerande skydd. Eftersom avtalen omfattas av Lagen om skydd för företagshemligheter är det inte möjligt att ta del av deponeringsavtal utan samtycke från alla tre parter.

8.3 Deponeringsobjektet

Agenter rekommenderar att källkoden (på diskett, CD-rom, utskrifter) deponeras tillsammans med teknisk dokumentation t.ex. anteckningar, tekniska instruktioner, manualer, förberedande arbete o.s.v.⁶⁴ Parter kan avtala om deponering av annan information och dokumentation utifrån egna önskemål.

Dokumentet försluts och parterna signerar förslutningen som sker med en särskild teknik. Detta garanterar att ingen obehörig kan komma åt materialet.⁶⁵

⁶¹ "Källkodsdeposition och några praktiska rättsfrågor", Föredrag på Sundsvall 42, 1998, Ingel Rabenius, VD Deposit AB

⁶² Se Stockholms Handelskammares ramavtal §14 och Deposits ramavtal §16

⁶³ Finns att hämta på www.deposit.se och www.chamber.se

⁶⁴ Samtal med Tommy Svensson på Deposit, 2002-02-19

⁶⁵ "Källkodsdeposition och några praktiska rättsfrågor", Föredrag på Sundsvall 42, 1998, Ingel Rabenius, VD Deposit AB

8.4 Verifikation

Licenstagare är intresserade av att materialet som deponeras är korrekt och pålitligt. Det har förekommit att utlämnad källkod inte har kunnat användas av licenstagaren p.g.a. att det har varit slarvigt förberett och innehållit felaktigheter. Depositionen har då förlorat sitt syfte och varit utan värde för licenstagaren.

Vissa agenter åtar sig att verifiera materialet som deponeras.⁶⁶ Verifikationen är en teknisk procedur för att inventera innehållet på materialet som licensgivaren lämnar för deposition. Detta innebär att agenten eller en professionell konsult kontrollerar att materialet som licensgivaren deponerar uppfyller de krav som licenstagaren har ställt. Verifikationen är en teknisk kontroll för att etablera att källkoden och övrigt material är korrekt, komplett och fullständig. Förekommande felaktigheter eller virus identifieras och tas bort.⁶⁷

Licensgivaren skall inte kunna deponera felaktigt material, eller källkod innehållande nonsens eller annat material än det som är föremålet för avtalet. Licenstagaren skall kunna få en fungerande och korrekt källkod vid ett eventuellt utlämnande.

8.5 Förvaring

Somliga agenter har förvaring i egen regi i bankfacksliknande utrymmen. Andra förvarar inte källkoden i egen regi utan utnyttjar andra möjligheter på marknaden, t.ex. banker. Kunderna kan därigenom själva bestämma säkerhetsnivån på depositionen och betalar därefter.⁶⁸

8.6 Deponeringsschema

Parterna kommer överens om hur ofta material skall deponeras. Om ett datorprogram är under kontinuerlig utveckling och uppgradering kan licenstagaren vilja att deponering sker en gång i veckan. Andra datorprogram är inte föremål för intensiv vidareutveckling och det kan då räcka med deponering någon gång om året.

Vid varje mottagen deponering får licenstagaren ett kvitto/besked från agenten.

9. UTLÄMNANDE AV KÄLLKODEN

Syftet med källkodsdeponering är att agenten skall bli skyldig att lämna ut källkoden till någon av parterna om någon eller några situationer som bestäms i

⁶⁶ Deposit gör detta, Stockholms Handelskammare undersöker deras möjligheter att kunna erbjuda denna tjänst senare i år enligt uppgift från Per Hammarstedt 2002-05-21

⁶⁷ Sheffield, Richard, "Keys to a Reliable Escrow Agreement"

⁶⁸ "Skydda dina IT-investeringar med digitala bankfack", Combitech Network

avtalet inträffar. Det finns utlämningsgrunder till fördel för både licensgivaren och licenstagaren.

I USA räknar man med att ca 5 % av källkodsdepositioner blir föremål för en utlämning. Endast i undantagsfall sker utlämning till licensgivaren.⁶⁹

Utlämning initieras av en part som anser att en av utlämningsgrunderna är uppfyllda. För att styrka sin rätt behöver han ofta dokumentation (t.ex. kvitto), en laga kraft vunnit dom eller samtycke från den andra parten⁷⁰. Skulle hans rätt inte kunna styrkas och samtycke inte inhämtas från motparten uppstår en tvist mellan parterna som måste lösas innan agenten kan lämna ut källkoden. Skulle ett utlämnande ske på felaktiga grunder kan han bli skadeståndsskyldig.

Källkod kan i vissa fall vara en färskvara. Datorprogram och andra IT-lösningar utvecklas snabbt. Ofta har inte parterna råd att vänta på ett domslut eller ens en skiljedom. Vissa deponeringsavtal innehåller en s.k. "quick-release" klausul. Denna klausul ger agenten rätt att utlämna källkoden till licenstagaren på hans begäran även om licensgivaren motsätter sig ett utlämnande. Licensgivaren kan överklaga utlämnandet genom att stämma licenstagaren vid allmän domstol, eller ta upp fallet till skiljedomstol. Under tiden som processen pågår får licenstagaren tillgång till, och får använda källkoden. De flesta licensgivare motsätter sig denna klausul. Den anses inte skydda deras intressen och licenstagare kan få till stånd ett utlämnande på orimliga grunder. Om licenstagaren kräver en "quick-release" klausul, brukar licensgivaren i sin tur begränsa licenstagarens tillåtna användning av källkoden efter utlämnandet tills tvisten är avgjord.⁷¹

9.1 Utlämningsgrunder till licensgivarens fördel

Parterna bestämmer själva vilka utlämningsgrunderna skall vara. Det finns flera grunder angivna i ramavtalen och andra som har illustrerats i media och litteratur.

Källkoden finns inte bara i ett enda exemplar. Licensgivaren har tillgång till källkoden samtidigt som en kopia finns deponerad. Det är en nödvändighet för att han skall kunna fortsätta arbetet med datorprogrammet. Syftet med källkodsdeponering är inte att avskärma hans rådighet över källkoden. Det är därför inte lika angeläget att reglera utlämnande till licensgivaren. Det som skulle kunna vara till licensgivarens fördel är att när källkoden har utlämnats/lämnats tillbaka till honom kan inte längre licenstagaren begära ett utlämnande till sig och få tillgång till källkoden på felaktiga grunder.

9.1.1 Utlämning vid avtalets upphörande

Avtalet kan vara tidsbestämt. Avtalet kan också upphöra genom uppsägning eller hävning.

⁶⁹ Sheffield, Richard, "Keys to a Reliable Escrow Agreement"

⁷⁰ Stockholms Handelskammars ramavtal § 9, Deposits ramavtal § 7

⁷¹ Sheffield, Richard, "Keys to a Reliable Escrow Agreement"

9.1.2 Utlämning vid licenstagarens avtalsbrott

Licenstagaren har flera viktiga förpliktelser gentemot licensgivaren bl.a.:

Betalning av licenser,
 Betalning av service och underhåll,
 Betalning av källkodsdeponering,
 Olika sekretessförpliktelser rörande företagshemligheter, know-how m.m.,
 Skyldighet att inte begå upphovsrättsintrång.

Skulle licenstagaren inte uppfylla dessa förpliktelser får licensgivaren rätt att begära ett utlämnande av källkoden.

9.1.3 Utlämning vid ersättande med ny kod

Om licensgivaren deponerar en komplett kopia av källkoden och tillhörande material till hela datorprogrammet tillsammans med schemalagda uppgraderingar finns det ingen anledning för det gamla materialet att ligga kvar. Det lämnas tillbaka till licensgivaren.

9.2 Utlämningsgrunder till licenstagarens fördel

En viktig fråga som har med källkodsdeponering att göra är i vilken utsträckning licenstagaren har rätt att använda källkoden om han får den utlämnad till sig. Att kunna använda källkoden är oftast ett viktigt syfte med depositionen⁷². En vanlig lösning är att ett separat avtal skrivs som reglerar villkoren för licenstagarens användande. Utlämning till licenstagaren sker på strikt reglerade grunder. Licenstagaren får bara använda källkoden för vissa bestämda ändamål: för att förstå, underhålla och korrigera datorprogrammet i enlighet med vad som kommit överens om i licensavtalet. Licenstagaren får inte göra källkoden tillgänglig för annan än anställda hos licenstagaren eller annan som på uppdrag av licenstagaren skall använda källkoden för detta ändamål⁷³. Källkoden får inte användas för att vidareutveckla programmet, den får inte offentliggöras, inte kommersialiseras eller inte på annat sätt användas för att konkurrera med licensgivaren. Användaren får inte begå intrång i upphovsrätten genom sitt användande.

9.3. Utlämning vid licensgivarens konkurs

Konkursklausulen är en av de viktigaste klausulerna i amerikanska källkodsdeponeringsavtal. Konkurs är en av de situationer som kan orsaka mest skada för licenstagaren och det är detta han vill skydda sig emot genom att

⁷²”Källkodsdeposition och några praktiska rättsfrågor”, Föredrag på Sundsvall 42, 1998, Ingel Rabenius, VD Deposit AB

⁷³ Stockholms Handelskammars ramavtal §6

ingå deponeringsavtalet. Många företag vågar inte ingå ett licensavtal med en liten okänd mjukvaruleverantör. Leverantören kan vara ny på marknaden med en bra produkt men just att vara den första kunden till ett uppstarts företag kan vara riskabelt – speciellt om transaktionen har ett högt ekonomiskt värde. Det finns inga garantier att företaget kommer att överleva och risken kan anses av många vara för hög.

Konkursklausulens giltighet i förhållande till den tvingande svenska konkurslagstiftningen kan inte garanteras och därför har vissa deponeringsagenter valt att utelämna konkursklausulen från ramavtalen. Dock kan parterna välja att ha med klausulen om de önskar, vilket många vill. Jag vill försöka utreda problematiken som kan uppstå vid licensgivarens konkurs och hur konkursklausulen kan tolkas i ljuset av svensk lagstiftning.

Konkurslagstiftningen är tvingande i Sverige och det kan uppstå problem när borgenärer gör anspråk på egendom som finns i ett konkursbo. Konkursklausuler finns i Deposits ramavtal, men inte i Stockholms Handelskammars. Deposit kompletterar sin konkursklausul med bestämmelsen att konkursförvaltaren eller annan behörig företrädare för bolaget behöver ge sitt medgivande till utlämningen. Även om tillstånd inhämtas kan lagstiftningen fortfarande sätta hinder för utlämnandet, och därför görs avtalsparterna medvetna om att klausulen kanske inte håller rättsligt och att de tar en risk genom att ta med klausulen i kontraktet. Agenten tar inte ansvar för att utlämnande kan ske vid licensgivarens konkurs och Deposit gör sina kunder medvetna om problematiken som kan uppstå och risken för att klausulen inte skall tillerkännas giltighet.⁷⁴

Om licensgivaren går i konkurs tillsätts en konkursförvaltare, vars uppgift det är att ta borgenärernas gemensamma rätt och bästa till vara⁷⁵. Detta innebär bl.a. att borgenärerna skall få så stor utdelning på sina fordringar som möjligt. För att kunna göra detta behöver konkursförvaltaren identifiera och inventera alla de befintliga tillgångar som det konkursdrabbade bolaget har.

Enligt KonkL 3:3 räknas all egendom som kan utmätas till konkursboet. Dessa tillgångar kan vara fysiska i form av fastigheter och lager eller fordringar i form av skuldebrev och fakturor. Hur är det med immaterialrätter som datorprogram? Ingår de i licensgivarens konkursbo? Om det skulle visa sig att de gör det kan en borgenär skaffa sig en sakrättsligt skyddad position gentemot andra borgenärer? Erbjuder källkodsdeponeringsavtal denna möjlighet?

Det spontana svaret som deponeringsagenter ger är att källkodsdeponeringsavtal inte är en garanti för att licenstagaren får tillgång till källkoden vid licensgivarens konkurs. Det finns oklarheter med klausulens inplacering i avtalet och vid bedömningen av ett sakrättsligt moment för egendomsslaget.

9.4 Utmätning av immaterialrätter

URL § 42 stadgar att upphovsrätter inte får utmätas. Detta gäller den ideella rätten – upphovsmannens rätt att bli erkänd som upphovsman till verket, samt

⁷⁴ Enligt samtal med Tommy Svensson, jurist på Deposit AB, 2002-02-19

⁷⁵ KL 7:8

den ekonomiska rätten – rätten att kommersialisera verket. De båda rättigheterna kan tillfalla samma person eller olika personer.

Kommersialiseringen av ett upphovsrättsligt skyddat verk kan ha ett stort ekonomiskt värde och vid en konkurs är det angeläget för borgenärerna att få så stor utdelning som möjligt på sina fordringar. En försäljning av rättigheterna till datorprogrammet skulle vara önskvärt ur deras synvinkel.

Auktoritetskommittén⁷⁶ framhöll i sin motivering till utmätningförbudet i URL § 42 att intresset för en upphovsman att själv bestämma hur och under vilka former hans verk skall kommersialiseras väger tyngre än borgenärernas ekonomiska intresse av att ta immaterialrättens förmögenhetsvärde i anspråk.

Dessa regler syftar till att värna om det personliga förhållandet en upphovsman har till sina verk. I fallet med datorprogram och källkodsdeponering finns upphovsrätten hos en juridisk person – oftast ett aktieföretag. I enlighet med URL § 40a tillfaller upphovsrätten till datorprogram arbetsgivaren om de har skapats av arbetstagaren som ett led i hans arbetsuppgifter eller efter instruktioner från arbetsgivaren. Innebörden av regeln är att både den ideella rätten i URL § 3 och den ekonomiska rätten enligt URL § 2 har övergått till arbetsgivaren som inte skall ses som den ursprungliga rättighetsinnehavaren. Upphovsrättens övergång innebär inte att en överlåtelse har ägt rum.⁷⁷ Detta innebär att URL § 42 inte är tillämpligt och att upphovsrätten till datorprogram ingår i arbetsgivarens konkurs varpå boet kan sälja programmet utan arbetsgivarens eller arbetstagarens tillstånd.⁷⁸

9.5 Konkursboets inträde i service- och underhållsavtalet

Datorprogrammet ingår i licensgivarens konkurs. Förpliktelseerna enligt licensavtalet d.v.s. licensgivarens skyldighet att leverera programmet och licenstagarens skyldighet att betala för programmet är oftast fullgjorda.

Licenstagaren kan ha fordringar på licensgivaren. Härrör sig fordringen till en prestation som licensgivaren inte har fullgjort t.ex. leverans, service eller underhåll får licenstagaren finna sig i att denna fordran blir oprioriterad eftersom konkursboet inte är massaansvarigt enligt KonkL 5:1.⁷⁹

I denna situation begär han ett utlämnande av källkoden i enlighet med konkursklausulen i källkodsdeponeringsavtalet för att själv kunna utföra service och underhållsarbete.

9.6 Avtalet exekutionsförbud

Om deponeringsavtalet inte innehåller en konkursklausul kan licenstagaren bli försatt i en svår situation. Han blir utan service och underhåll till sina IT-system,

⁷⁶ SOU 1956:25

⁷⁷ Prop 1992/93:48 s.117 & 118

⁷⁸ Mikael Möller ”Immaterialrätt och konkurs”, Insolvensrättsligt Forum 1997

⁷⁹ Se även Håstad, Torgny, ”Immaterialrättsligt Forum 1997. Immaterialrätt och konkurs”, s.44

får inga uppdateringar eller uppgraderingar. Efter en tid kan systemet vara omodernt, förändringar i verksamheten kan kräva nya lösningar och virus eller fel i programmet kan uppstå. Den investering som licenstagaren har gjort i programvaran och i utbildning av personal har då varit bortkastade pengar.

Oavsett om det finns en konkursklausul eller inte kommer dessa driftsstörningar ändå att drabba licenstagaren så småningom. Det enda han får göra med den utlämnade källkoden är att reparera och underhålla sitt system. Eftersom han inte har rätt att vidareutveckla programmet eller göra ändringar i det kommer han så småningom att nå en tidpunkt då systemet inte håller för hans behov. Det som kan uppnås genom källkodsutlämnandet är att licenstagaren kan hålla igång sitt system under längre tid än vad som annars hade varit fallet. När systemet blir omodernt eller nya lösningar behövs får han hitta en ny leverantör. Detta kan tänkas inträffa antingen redan några månader efter licensgivarens konkurs eller inte förrän flera år senare.⁸⁰

Konkursklausulen innebär att licenstagaren, som är en av konkursboets gäldenärer har avtalat fram en situation där han försätts i en bättre ställning än övriga borgenärer. Han blir inte drabbad av konkursen utan kan hänvisa till ett avtal som ger honom rätt till källkoden. Detta avtal innebär med största sannolikhet att immaterialrätten blir mindre värd i konkursboets hand⁸¹. Avtalet kan ses vara ett avtalat exekutionsförbud som hindrar konkursboet att exklusivt utnyttja tillgången⁸² och borde därför underkännas. Det bör inte vara möjligt att genom att konkursbeslut vinna en sakrättsligt skyddad position som inte har aktiverats dessförinnan.⁸³

Enligt källkodsdeponeringsavtalet gäller oftast rätten att komma åt källkoden också i andra situationer. Utlämningsgrunderna varierar från avtal till avtal. Om man beaktar detta är den s.k. optionsrätten att komma åt det deponerade materialet inte endast beroende av licensgivarens konkurs. Avtalet som sådant har inte som syfte att undanröja egendom från en eventuell konkurs utan konkursen är ett rekvisit bland flera för att aktivera ett utlämnande som i sig kan innebära att egendom dras undan. Med stöd av detta resonemang godkänner Justitieråd Torgny Håstad konkursklausulen och utesluter att det skulle vara ett avtalat exekutionsförbud.⁸⁴

För parterna till avtalet är det angeläget att konkursklausulen godkänns. Därför bör inte konkurs vara den enda utlämningsgrunden utan utlämning bör kunna begäras på andra ekonomiska och tekniska grunder för att försöka undvika ett underkännande. Det finns inget sätt att vara säker på att undvika att klausulen tolkas som ett avtalat exekutionsförbud även om parterna är medvetna om problemet. Konkursklausulen kan vara en av många utlämningsgrunder och ändå

⁸⁰ I vissa fall där licensgivaren bara har en enda licenstagare innebär utlämnandet av källkoden också en överföring av immaterialrätten till licenstagaren. Detta kan vara fallet vid specialutvecklade program eller beställningsarbeten. Problemet med driftsstörningar kan då undvikas om licenstagaren kan hitta någon som kan ta över arbetet. Detta kan dock ta lång tid och vara dyrt.

⁸¹ Möller, Mikael, "Insolvensrättsligt Forum 1997. Immaterialrätt och konkurs", s.26

⁸² Håstad, Torgny, "Insolvensrättsligt Forum 1997. Immaterialrätt och konkurs" s.46

⁸³ Möller, Mikael, "Insolvensrättsligt Forum 1997. Immaterialrätt och konkurs", s.26

⁸⁴ Håstad, Torgny, "Insolvensrättsligt Forum 1997. Immaterialrätt och konkurs" s.46

underkännas i det individuella fallet av någon som är av en annan åsikt än Håstad. Det råder ingen konsensus om en möjlig utgång av en tvist.

9.7 Borgenärsskydd

För en presumtiv köpare av datorprogrammet kan det ha betydelse hur många som har tillgång till källkoden. Är källkoden fortfarande en företagshemlighet som få personer har tillgång till och kan utnyttja kan immaterialrätten ha ett större värde. Om flera licenstagare får källkoden utlämnat till sig är immaterialrätten inte lika lätt att kontrollera, intrång kan vara svårare att beivra och sekretessavtal måste skrivas och följas upp med licenstagarna, som alla kanske inte är kända för uppköparen. Sett ur detta perspektiv kan konkursboet ha ett intresse av att bestrida ett utlämnande av källkod i enlighet med ett källkodsdeponeringsavtal.

Å andra sidan så är det möjligt att framställa ett obegränsat antal kopior utav källkoden – ett utlämnande behöver inte ske på bekostnad av någon annan. Licenstagaren har ett avtal att hålla sig till rörande användningen av den utlämnade källkoden.⁸⁵ Uppgifter från Deposit AB och Stockholms Handelskammare pekar på att det är detta ställningstagande som dominerar på marknaden. Det har ännu inte uppstått någon tvist om verkan av konkursklausulen i källkodsdeponeringsavtal.⁸⁶ Det verkar inte heller vara ett förekommande problem – vare sig Deposit AB eller Stockholms Handelskammare har råkat ut för tillämpningsproblem p.g.a. konkursklausulen.

Frågan är dock intressant ur akademisk synvinkel. Varför är konkursklausulens giltighet tveksam? Hur ser gällande rätt ut och varför passar inte källkodsdeponeringsavtal in i de ramar och system som finns inom juridiken idag?⁸⁷

För att licenstagaren skall få rätt till egendomen framför konkursboet och övriga borgenärer behöver vissa förutsättningar vara uppfyllda. Till att börja med måste källkodsdeponeringsavtalet mellan licensgivare och licenstagare vara ett giltigt avtal. Om detta kan fastslås måste ett sakrättsligt moment vara uppfyllt. Beroende på vad avtalet gäller för egendomslag finns det olika sakrättsliga moment som alla är till för att skydda övriga konkursborgenärer från att konkursgäldenären otillbörligt gynnar andra borgenärer, ingår skenavtal eller företar efterhandskonstruktioner för att undandra egendom från konkursboet. För att kunna bedöma om ett sakrättsligt moment har uppnåtts i och med källkodsdeponeringsavtalet behöver källkodens egendomslag redas ut.

⁸⁵ Se avsnitt 9.2

⁸⁶ I alla fall inte i allmän domstol. Hinder skulle kunna föreligga för att ta upp frågan i skiljedomstol p.g.a. att konkursrätten är indispositiv.

⁸⁷ Jag tar endast upp källkodsdeponeringsavtal i förhållande till svensk rätt i denna framställning.

9.7.1 Egendomsslaget

Enligt källkodsdeponeringsavtalet har licenstagaren rätt till det deponerade materialet om licensgivaren skulle gå i konkurs. Vad är det egentligen han vill ha utlämnat?

Källkoden till ett datorprogram omfattas av en upphovsrätt.⁸⁸ Den individuella kopian av källkoden är dock ingen upphovsrätt. Upphovsrätten är en ensamrätt som tillkommer någon. Immaterialrätten är inte någonting fysiskt. Källkoden är en uttrycksform av ett verk som omfattas av upphovsrättsligt skydd men det är ingen immaterialrätt. Genom överlåtelse av källkoden sker ingen överlåtelse av upphovsrätten. Upphovsrätten förblir hos upphovsmannen. Lika lite som varje enskild kopia av en bok, en CD skiva eller en DVD skiva är en immaterialrätt är varje utskrift av källkod en immaterialrätt. Det är innehållet i boken och på skivorna som omfattas av immaterialrätten. Kopior av källkod som finns deponerade hos agenten skulle då kunna betraktas som lösöre.

Vid en första anblick verkar detta logiskt – CD romen, dokumentationen i form av pärmar, manualer etc. är fysiskt tangibla ting som kan vara föremål för tradition och besittning. Mikael Möller hävdar att det deponerade materialet är lös egendom vars överlåtelse uppnår sakrättslig verkan på samma sätt som lösöre.⁸⁹ Detta är en förenkling som enligt min åsikt inte håller.

Enligt min redogörelse i avsnitt 3 är källkoden en kopia av datorprogrammet i en annan form, men den deponerade källkoden är inte själva immaterialrätten utan endast ett exemplar av ett upphovsrättsligt skyddat verk. Det är frestande att jämföra situationen med deponeringen av en bok hos tredje man. Parten som begär utlämnandet av boken har sedan tidigare en kopia av boken. Den är skriven i Times New Roman, på vitt papper och är pappersinbunden. Nu vill han ha ut boken i en annan form. Han vill ha en kopia av boken uppläst på ett kassetband. Precis som vid källkodsdeponering så vill parten ha utlämnat till sig en kopia av ett upphovsrättsligt skyddat verk i en annan form än den som han redan har tillgång till. Enligt min mening är att det inte så enkelt att betrakta källkoden som ett exemplar av verket i en annan form. Den avgörande skillnaden är att källkoden är en form av upphovsrätten som licenstagaren inte tidigare har haft tillgång till och som har en annan funktion och betydelse än det licenserade datorprogrammet. Innehållet har ett värde för både licenstagare och licensgivare och det kan ligga i licensgivarens konkursbos intresse att begränsa antalet användare med tillgång till denna uttrycksform av verket. Jag har tidigare i avsnitt 6.3 diskuterat rimligheten i att datorprogram skall få en särställning i förhållande till andra verk som skyddas enligt URL. Vad gäller datorprogram så finns inte alla uttrycksformerna tillgängliga för var och en att ta del av, till skillnad från en bok. Utvecklare väljer att hålla källkoden hemlig p.g.a. bristande skydd i lagstiftningen. Lämpligheten av datorprogrammets placering i URL blir återigen aktuell i och med denna jämförelse. Det går inte att dra paralleller mellan datorprogram och källkod, och böcker och konstverk.

⁸⁸ Se avsnitt 5.2 och 5.3

⁸⁹ Immaterialrättsligt Forum 1997, Immaterialrätt och konkurs s.26

Det är inte självklart till vilket egendomslag man skall hänvisa det deponerade materialet. Det verkar finnas likheter med både immaterialrätt och lösöre utan att källkoden är något av dem. Detta försvårar valet av rätt sakrättsligt moment för att uppnå borgenärsskydd.

9.8 Sakrättsligt skydd

Avtalet är sakrättsligt moment för att uppnå borgenärsskydd för en immaterialrätt.⁹⁰ Eftersom jag ovan har konstaterat att själva källkoden inte är en immaterialrätt blir källkodsdeponeringsavtalet inte att betraktas som det sakrättsliga momentet. För att kunna uppnå borgenärsskydd måste således någonting annat vara uppfyllt.

Det enda utlåtandet jag har kunnat hitta i doktrin som gäller sakrättsligt skydd för källkodsdeponeringsavtal kommer från Mikael Möller. Han hävdar att det fysiska exemplaret av källkoden som överläts till licenstagaren är lös egendom.⁹¹ Eftersom denna egendom finns hos en tredje man som har denuntierats om överlåtelsen finns det ingenting att invända mot konkursklausulen tillerkänns giltighet.⁹² Det sakrättsliga momentet är uppfyllt. Jag anser att det finns flera tveksamheter i Mikael Möllers resonemang. Frågan om källkoden som lösöre har jag behandlat ovan i avsnitt 9.7. Ytterligare en omständighet som jag ställer mig frågande till är att Möller påstår att agenten har blivit denuntierad om överlåtelsen. Vilken överlåtelse? När avtalet ingås sker ingen överlåtelse. Överlåtelsen är avhängigt en konkurs och sker således precis efter konkursen har inträffat. Kan den då anses verksam mot konkursboet? Vid tidpunkten för konkursen sker en "frysning" av bolaget.⁹³ Bolaget får bara företrädas av konkursförvaltaren och avtal som ingås efter konkursen saknar verkan mot konkursboet om de inte ingås med dennes samtycke. Överlåtelsen blir enligt detta resonemang ogiltig.

Vad gäller sakrättsligt moment för lös egendom så finns det inget sakrättsligt moment som passar för källkodsdeponering eftersom överlåtelsen inte har skett före konkursen utan tvärtom är beroende av en konkurs. Överlåtelsen är villkorad. Äganderätten till källkoden har aldrig övergått till licenstagaren före konkursen.

Således är det inte möjligt att kunna uppnå borgenärsskydd för ett utlämnande av källkoden i enlighet med källkodsdeponeringsavtalet så som rätten ser ut idag.

Enligt både Deposit AB och Stockholms Handelskammare har problemet hittills undvikits för att det finns andra utlämningsklausuler som blir aktuella och som kan utnyttjas innan konkursen hinner inträffa. I dessa fall aktualiseras frågan om återvinning utav utlämnad källkod. Frågan om återvinning lämnar jag utanför denna frågeställning.

⁹⁰ Håstad, Torgny, "Sakrätt avseende lös egendom", s.266

⁹¹ Immaterialrättsligt Forum, Immaterialrätt och konkurs, s.26

⁹² Enligt SkBrL § 31 och NJA 1949 s. 164

⁹³ Frysningssprincipen fastslogs i NJA 1982 s. 900, "Minitube-målet". HD bekräftade att underlaget för särskild förmånsrätt och följaktligen företagsinteckning bestäms efter förhållandena vid konkursutbrottet. Konkursutbrottet är den kritiska tidpunkten.

9.9 Källkoden som säkerhet

Ett argument som kan framföras för ett släppande i enlighet med konkursklausulen är att källkoden har fungerat som en säkerhet. Den blir då att jämföra med en pant. Skulle licensgivaren inte kunna uppfylla sina ekonomiska åtaganden eller prestationer utfaller panten till licenstagaren.

Pantsättning av varumärken och patent är ett accepterat förfarande. Sakrättsligt skydd vinnas genom registrering hos PRV, enligt Patentlagen § 94 och § 101-102, och Varumärkeslagen § 34a. Ett liknande system skulle kunna tänkas för registrering av källkod som säkerhet. Jag kan se flera problem med ett sådant förfarande. Varumärken och patent är offentliga. Utomstående kan studera patentet eller göra en analys av varumärkets värde på marknaden och på så sätt göra en ekonomisk bedömning av säkerhetens värde. Dess ägare finns registrerade hos PRV och att det är en behörig person som ställer säkerheten kan därmed bekräftas. Källkoden å andra sidan är en företagshemlighet. För att kunna behålla dess värde får den inte avslöjas – det blir därmed svårt att bestämma värdet på den. Eftersom den inte är föremål för ett registreringsförfarande kan dess ägare inte kontrolleras. Dess värde som upphovsrätt är beroende av andra aktörer på marknaden. Patent och varumärken beviljas hos PRV i Sverige. Att de inte begår intrång i någon annans immaterialrätt har bedömts vid registreringen, och ägare och andra intressenter får därmed en slags garanti. Om källkoden är ett originellt verk som inte begår intrång i någon annans upphovsrätt är ingenting som kan bedömas innan programmet börjar kommersialiseras. Då kan dess värde som ensamrätt bedömas. Intrång i andras upphovsrätter kan hävdas först när andra aktörer blir medvetna om datorprogrammet.

Problemet med resonemanget att deponeringen har utgjort en säkerhet är att deponeringen har aldrig avskurit licensgivarens rådighet, och har aldrig varit ämnat att göra det heller. Deponeringen medför ingen uppoffring för licensgivaren. Rättsfallet 1980 s. 197 fastställde att pantsättare skall avskäras från den faktiska möjligheten att förfoga över det pantsatta föremålet. Pantsättningen skall kunna kontrolleras av utomstående så att påhittade eller till sin tidpunkt oriktigt angivna transaktioner försvåras. Detta rättsfall rörde ett enkelt skuldebrev, och lämpligheten att jämföra en fordran med källkod kan diskuteras. Rättsfallet är dock ett klagande av de kriterier som rättstillämpningen ställer idag – och dessa kriterier syftar inte till att underlätta inarbetandet av nya egendomslag och avtal i den svenska rätten.

Ytterligare en svaghet med resonemanget att källkodsdeponeringsavtal är säkerhetsavtal är att om säkerheten släpps till licenstagaren så har han en skyldighet att realisera panten i enlighet med HB10:2 om inte annat har avtalats mellan parterna.⁹⁴ Eftersom syftet med utlämningen är att licenstagaren skall kunna få tillgång till källkoden är inte denna lösning praktisk. Licenstagaren har ett personligt intresse av källkoden. Hans syfte med källkodsdeponeringsavtalet är att licenstagaren skall kunna få tillgång till källkoden, inte för att han skall kunna få betalt för en skuld ur den sedan den har realiserats.

⁹⁴ Håstad, Torgny, ”Sakrätt avseende lös egendom”, s.312

Det kan diskuteras vad begreppet säkerhet i detta avtal egentligen betyder. Det verkar inte vara säkerhet för en fordran eller för en utförd prestation, Säkerheten gäller för hela avtalet. Säkerheten gör det lättare för licenstagaren att känna att väljer rätt avtalspart, att hans investering kommer att hålla och om inte det visar sig göra det så har han inte lidit för stor skada i slutändan.

9.10 Kommentarer om konkursklausuler i källkodsdeponeringsavtal

Det blir problematiskt när giltigheten av källkodsdeponeringen skall tolkas i enlighet med gällande konkursrättslig lagstiftning. Både egendomsslag och sakrättsligt moment är svåra att definiera och uppfylla. Problem har ännu inte uppstått i Sverige rörande tolkning och tillämpning av konkursklausuler och ett avgörande i domstol hade varit både intressant och välkomnat.

I USA har lagstiftningen anpassats för att bereda skydd åt licenstagare till en immaterialrätt där licenstagaren går i konkurs.⁹⁵ Om inte källkodsdeponeringsavtal skall underkännas och en hel bransch vara tvungen att omformulera ett praktiskt och funktionellt avtal behöver den svenska lagstiftningen utvecklas för att omfatta nya utvecklade egendomsslag.

Till dess att det finns en lösning på problemet väljer fler parter bort konkursklausulen trots att situationen där licensgivaren går i konkurs är en av de mest skyddsvärda.

Alternativ till en konkursklausul kan tänkas men de erbjuder inte samma frihet för parterna som en konkursklausul. Eftersom källkodsdeponeringsavtal inte innebär någon uppoffring för någon av parterna kan olika tänkbara alternativ inkräkta på denna frihet och kräva större kompromissvilja. Alternativa lösningar kan också kräva följd-klausuler och avtal vilket gör dem mer komplicerade än standardavtalen för källkodsdeponering.⁹⁶

10. ANDRA UTLÄMNINGSGRUNDER

Eftersom konkursklausulen kan orsaka svårigheter och dess giltighet inte är självklar har vissa parter valt bort klausulen i sina deponeringsavtal. I Stockholms Handelskammars ramavtal är inte konkurs en utlämningsgrund. I stället har man valt andra ekonomiska problem hos licenstagaren som grund, t.ex. licensgivarens betalningsinställelse och likvidation, och på så sätt tror man sig slippa de bekymmer som en konkursklausul kan orsaka. Det är inte alltid självklart att dessa grunder är lättare att tillämpa och det kan uppstå tolkningssvårigheter.

Jag skall här presentera andra utlämningsgrunder i källkodsdeponeringsavtal. Både ekonomiska och andra avtalsreglerade utlämningsgrunder förekommer.

⁹⁵ 1989 Intellectual Property Bankruptcy Protection Act

⁹⁶ Exempel där överlåtelse av källkoden sker vid deponering, eller att upphovsrätten övergår vid deponering skulle kunna lösa de sakrättsliga problemen. Det skulle dock innebära en stor uppoffring för licensgivaren som jag inte kan tänka mig att han är villig att ta. Att ett separat bolag stiftas endast för att innehålla källkoden är en annan lösning men ytterligare problem kan uppstå här om parterna inte kan komma överens om ett utlämnande.

10.1 Utlämning vid utebliven deponering

För program som är föremål för kontinuerlig utveckling är det viktigt för licenstagaren att deponering sker regelbundet så att det alltid är den senaste versionen av programmet som finns till hands. Skulle licensgivaren inte sköta sina deponeringsåtagande finns det anledning för licenstagaren att befara att företaget inte sköter immaterialrätten och dess dokumentation på ett korrekt sätt. Det kanske händer saker i företaget. Nyckelpersoner kan ha avgått, företaget kan vara i ekonomisk kris eller väntas bli uppköpta. I dessa situationer har licenstagaren ansett det viktigt att de får tillgång till källkoden så fort som möjligt varför denna klausul kan finnas. Om ett utlämnande sker redan vid en utebliven deponering behöver det inte bli driftsstörningar hos licenstagaren; underhåll och service kan fortsätta i någon annans regi för licenstagarens räkning.

10.2 Utlämning vid brott mot service- och underhållsavtalet

Om inte service och underhåll utförs när licenstagaren har rätt till det orsakar detta driftsstörningar hos licenstagaren och han har rätt att få källkoden utlämnad till sig för att kunna sköta det själv eller anlita någon annan som kan sköta det åt honom.

Utlämning p.g.a. licensgivarens brott mot service- och underhållsavtalet är den vanligaste anledningen till ett utlämnande av källkod.⁹⁷

10.3 Utlämning vid licensgivarens likvidation

Likvidation sker antingen frivilligt eller tvångsmässigt.

Frivillig likvidation företas när ett bolags aktieägare inte längre vill fortsätta bolagets verksamhet. Efter beslutet utses en likvidator som övertar ansvaret för bolagets verksamhet och avvecklar rörelsen. Egendom förvandlas till pengar som delas ut till ägarna efter alla skulder har betalats⁹⁸.

Likvidationen kan innebära att de ekonomiska rättigheterna till datorprogrammet köps upp av ett företag som har ett intresse av att bedriva en verksamhet som innefattar licensering, service och utveckling av datorprogrammet. Skulle detta vara fallet finns det anledning för företaget som köper rättigheterna att omförhandla utlämnande av källkoden för att de skall kunna ta över licensgivarens kontrakt och verksamhet.

Tvångsmässig likvidation sker vid två tillfällen. Dels när aktiekapitalet i ett bolag understiger hälften av det registrerade, och dels efter en avslutad konkurs om

⁹⁷ Sheffield, Richard, "Keys to a Reliable Escrow Agreement"

⁹⁸ Folkesson, Enar, "Företaget i ekonomisk kris", s. 20

det avslutas med överskott.⁹⁹ Om ett bolag har gått i konkurs har det inte per automatik likviderats. Detta sker efter konkursen är avslutad och endast om det finns ett överskott.

Även om bolaget likvideras p.g.a. ekonomiska problem kan det fortfarande finnas företag som är intresserade av att köpa upp programmet och ta över befintliga avtal och licensering. Konkursen kan bero på andra delar av verksamheten än de som hänför sig till datorprogrammet. Precis som uppköp vid en frivillig likvidation kan det därför vara berättigat att omförhandla utlämningen av källkoden.

Ofta ligger det i licenstagarens intresse att acceptera att en köpare tar över licensavtalen och service- och underhållsavtalen. Driftsstörningar kan undvikas, det uppköpande bolaget har kompetens och kan snabbt sätta sig in i tekniken och arbetet; de kanske anställer det uppköpta bolagets personal, licenstagaren slipper arbetet med att hitta någon att ta över kontrakten som innebär tidskrävande administration samt ekonomiska utgifter och investeringar.

Klausulen kan ha betydelse om licenstagaren inte vill acceptera köparen som motpart. Genom att få tillgång till källkoden kan licenstagaren hitta en lämpligare part som kan sköta service och underhåll.

10.4 Utlämning om licensgivaren har inlett ackordsförhandlingar

Ett ackord är en ekonomisk uppgörelse mellan en gäldenär som har betalningssvårigheter och hans borgenärer. Borgenärerna finner sig i en proportionerlig nedsättning av sina skulder¹⁰⁰. I gengäld behandlas borgenärerna lika och får en del av "kakan".

Det finns tvångsackord och frivilliga ackord.

Tvångsackord kan tvingas fram av en borgenärsmajoritet och innebär att beslutet blir bindande för de fordringsägare som inte vill acceptera ackordet. Tvångsackord kan förekomma om gäldenären är försatt i konkurs, men konkurs är inget tvingande rekvisit. Genom ett ackord blir gäldenären av med den del av skulden som inte betalas.¹⁰¹

Vid en företagsrekonstruktion får prioriterade borgenärer full betalning enligt förmånsrättslagen. Oprioriterade borgenärer deltar i ett offentligt ackord som påminner mycket om motsvarande regler i konkurslagen¹⁰²

Det saknas helt lagstiftning för de frivilliga ackorden (även kallade underhandsackord). Avtalsfrihet råder mellan parterna, och en borgenärsmajoritet kan inte framtvinga ett nedsättande av alla fordringsägarnas skulder, som vid ett tvångsackord. Det är upp till varje borgenär att avgöra om han är villig att sätta ner sin fordran och med hur mycket.¹⁰³

⁹⁹ Bolaget får inte bedrivas vidare efter en konkurs om ett överskott redovisas – det är skyldigt att gå i likvidation enligt NJA 1993 s 579

¹⁰⁰ Folkesson, Enar, "Företaget i ekonomisk kris", s. 107

¹⁰¹ KL Kap 12

¹⁰² Folkesson, Enar, "Företaget i ekonomisk kris", s. 110f

¹⁰³ KL Kap 12

Ett bolag som inleder ett ackordförfarande har ekonomiska problem. En licenstagare som inte är beroende av kompetensen hos licensgivaren och som har ett enkelt service- och underhållsavtal kan lättare säga upp avtalet med företaget, få källkoden utlämnad och hitta en ekonomisk tryggare motpart. Ett utlämnande kanske inte är den bästa lösningen om programmet fortfarande är under kontinuerlig utveckling för licenstagarens räkning och det skulle medföra svårigheter att hitta en ny avtalspart.

10.5 Utlämning om licenstagaren är föremål för företagsrekonstruktion

Ett bolag i ekonomisk kris kan inleda företagsrekonstruktionsförfarande enligt Lagen om företagsrekonstruktion. Det krävs att bolaget har tillfälliga betalningsproblem – illikviditet. Syftet med rekonstruktionen är att vidta åtgärder för att förbättra resultatet samt träffa en uppgörelse med fordringsägarna för att på så sätt kunna rädda ett bolag med överlevnadsmöjligheter från konkurs.¹⁰⁴

Rekonstruktionsförfarandet kan pågå i upp till 12 månader.¹⁰⁵ Under den tiden kan licenstagaren stå utan service och underhåll samt att licensgivaren inte uppfyller sina åtaganden enligt licensavtalet. Företagsrekonstruktion är ingen garanti för att bolaget kommer att fortleva. Licenstagaren kan anse att det vore säkrare för honom att få ett utlämnande av källkoden redan vid en rekonstruktion än att chansa och råka ut för de driftstörningar det skulle innebära att behöva begära ett utlämnande vid ett senare tillfälle.

10.6 Utlämning vid licensgivarens betalningsinställelse

Uttrycket betalningsinställelse förekommer i doktrin och lag som om det vore ett vedertaget begrepp, med det finns ingen definition i lag. De kan se ut på olika sätt och få olika rättsföljder beroende på vilken sorts betalningsinställelse som har gjorts.¹⁰⁶

Mening med en betalningsinställelse är att tillgångarna i bolaget skall frysas. Inga gamla skulder får betalas och ingen ny skuldsättning får ske. Bolaget måste betala nya transaktioner kontant. Vissa skulder är förmånsberättigade enligt förmånsrättslagen, varför det inte är sannolikt att dess betalning behöver innebära skada för bolaget, t.ex. anställdas löner och hyror.¹⁰⁷

För att få uppnå önskvärda rättsverkningar bör ett företag göra en formell betalningsinställelse som är en betalningsinställelse som offentliggörs för samtliga fordringsägare. Syftet bör vara att avveckla skulderna och samtliga borgenärens intressen skall tillvaratas.

¹⁰⁴ Lag om företagsrekonstruktion, RSV:s handledning stycke 5.1.1

¹⁰⁵ Folkesson, Enar, "Företaget i ekonomisk kris", s. 103

¹⁰⁶ a.a., s. 90f

¹⁰⁷ a.a., s. 90

- En sådan betalningsinställelse innebär att ställföreträdaransvaret för skatter och allmänna avgifter som förfaller efter inställelsedagen bortfaller.¹⁰⁸

- Ansvarsfrihet från straffansvar om inte källskatter betalas i rätt tid kan uppnås.¹⁰⁹

- Personligt ansvar enligt ABL 2:13 blir inte aktuellt.

- En borgenär kan utnyttja betalningsinställelsen som en presumtion för obestånd, vilket kan vara grund för ett konkursbeslut enligt KL 2:8.

- Leverantörer kan också anföras betalningsinställelsen som en grund för stoppningsrätt enligt KöpL¹¹⁰

Det finns även betalningsinställelser som inte görs formellt och under hänsynstagande till samtliga borgenärer. Det kan innebära allt ifrån att sluta betala sina skulder utan föregående information samtidigt som man ådrar sig nya skulder till att offentliggöra betalningsinställelsen utan syfte avveckla skulderna under hänsynstagande till samtliga borgenärers intressen. Beroende på hur betalningsinställelsen görs uppnås inga eller alla av de ovan uppräknade rättsverkningarna.

Om ett utlämnande skall begäras med stöd av denna klausul är det inte svårt att föreställa sig att det kan uppstå problem med respektive parts tolkning av termen betalningsinställelse. För att undvika en tolkningstvist bör nog parterna komma överens om betydelsen av klausulen och enas om en gemensam innebörd av termen betalningsinställelse.

Precis som vid företagsrekonstruktion och ackordförfarande kan det vara bäst för licenstagaren att begära ett utlämnande av källkoden för att slippa problem senare i tiden, då de ekonomiska problemen troligen kommer att föranleda att licensgivaren inte kan hålla sin del av avtalet. Ibland är det dock inte praktiskt för licenstagaren att få ett utlämnande till sig.

10.7 Utlämning om licensgivaren av annan anledning befaras vara på obestånd

Klausulen är ett annat uttryck för licenstagarens rätt att begära utlämning vid befarat avtalsbrott från licensgivarens sida. Större beviskrav borde ligga på licenstagarens sida för att undvika ett utlämnande på svaga eller orimliga grunder.

¹⁰⁸ Ställföreträdaransvar fastställs i bl.a. § 77a i uppbördslagen, 16:17 i mervärdesskattelagen och § 21 lagen om socialavgifter

¹⁰⁹ Straffansvaret fastställs i §81 uppbördslagen.

¹¹⁰ Gamla KöpL § 39 fastslog att en betalningsinställelse utgjorde en grund för stoppningsrätt. Nya KöpL från 1991 har inte samma ordalydelse, men har samma innebörd som den tidigare regeln.

10.8 Utlämnande vid licensgivarens ekonomiska problem

Gemensamt för alla klausuler som stadgar ett utlämnande till licenstagaren vid licensgivarens ekonomiska problem är att det ibland kan vara värt det för licenstagaren att ta en risk och visa sitt förtroende för det krisdrabbade bolaget. Programmet kanske inte är orsaken till licensgivarens ekonomiska problem och de olika förfarandena för att få bolaget på fötter igen kan betyda att affärsförbindelsen kan upprätthållas och de ekonomiska problemen kanske aldrig resulterar i någon driftsstörning eller eftersatt underhåll hos licenstagaren. Eftersom det kan vara svårt för licenstagaren att hitta någon som är beredd att sätta sig in i en källkod enbart för att kunna utföra service och underhåll hos en licenstagare kan de licenstagare som utnyttjar utlämningsgrunderna råka i en svårare position än om de väntar för att se vad som händer med bolaget.

11. SLUTSATSER. KÄLLKODSDEPONERINGSAVTAL – EN POSITIV UTVECKLING INOM IT-RÄTTEN?

Det finns idag många företag inom IT-sektorn som bygger sin verksamhet kring en uppfinning eller en idé. Det kan vara riskabelt för intressenter att ingå omfattande och värdefulla avtal med ett företag som ägs och drivs av unga och oerfarna entreprenörer. Ingen vågar satsa först. Genom att ingå källkodsdeponeringsavtal söker motparter försäkra sig om att om någonting skulle hända med företaget så gör de en mindre förlust än de hade gjort utan avtalet. Jag har i detta arbete utrett om källkodsdeponeringsavtal kan anses fylla denna funktion. Kan avtal om källkodsdeponering minimera risktagande i affärslivet?

Flera stora företag vågar idag anlita mindre leverantörer om de ingår avtal om källkodsdeponering. Detta gynnar affärsklimatet och uppmanar till nya avtal med nya företag. Fler idéer kan nå marknaden vilket innebär fortsatt utveckling och incitament för uppfinningar och idéer. Källkodsdeponeringsavtal har utvecklats till ett redskap inom affärsvärlden och är en del av många företags strategier och riskplanering.

En anledning till den positiva utvecklingen av källkodsdeponeringsavtal är att de ger motparten ett bevis på att utvecklingen av ett datorprogram fortlöper enligt en plan och att dokumentation och uppdateringar görs kontinuerligt. Det är ordning och reda hos licensgivaren helt enkelt. En annan anledning som ofta tas upp är den säkerhet som källkodsdeponeringsavtal eventuellt kan erbjuda licenstagaren om licensgivaren skulle gå i konkurs. Min åsikt är att i grund och botten har denna avtalsform utvecklats för att kunna erbjuda trygghet och säkerhet för parter som ingår avtal som kan anses vara riskabla och där framtiden för det levererande företaget är otrygg. Tyvärr är det än så länge oklart huruvida dessa avtal kan fungera som ett sakrättsligt moment och erbjuda borgenärsskydd vid en eventuell konkurs hos företaget. Jag har i denna uppsats visat osäkerheten som råder rörande giltigheten av källkodsdeponeringsavtal vid en konkurs hos det levererande företaget. Det finns övertygande argument för att källkodsdeponeringsavtal skall tillerkännas giltighet och att deponerat material skall kunna lämnas ut till borgenärer med stöd av källkodsdeponeringsavtal. Än så länge ryms inte egendomsslaget eller avtalsformen inom lagstiftningens ramar. Till dess att det kommer ett

domstolsavgörande eller en lagändring kommer frågan om källkodsdeponeringsavtals giltighet i konkurs att vara fortsatt obesvarad.

Problematiken som uppstår när ny teknologi inte ryms inom lagens ramar är uppenbar när det gäller källkodsdeponering. Det finns ett behov av detta avtal på marknaden – annars hade det inte uppstått. Anledningen till att avtalet har blivit så etablerat är just för att det fyller en funktion som avtalsparter anses vara viktig. Avtalet driver utvecklingen framåt, någonting som lagstiftaren inte kan hindra. I Immaterialrättsligt Forum 1997 kunde både Håstad och Möller se möjligheter för denna avtalsform att passa in i lagstiftningen idag. Rätt argumentation skulle således kunna vara framgångsrikt. Det finns trots det brister i lagstiftningen som borde ses över. Alla gynnas av en föränderlig och dynamisk lagstiftning som anpassar sig med tiden och den tekniska utvecklingen.

12. KÄLLFÖRTECKNING

12.1 Offentligt tryck

EG Direktiv 91/250/EEG "on legal protection of computer programs"

Proposition 1992/93:48 "Skydd för datorprogram"

SOU 1956:25

RSV:s Handledningar: "Konkurs, Företagsrekonstruktion & Ackord"

Bernkonventionen om skydd för litterära och artistiska verk

TRIPS avtalet

WIPO fördraget

12.2 Rättsfall

NJA 1949 s. 164

NJA 1980 s.197

NJA 1982 s.900

NJA 1993 s. 579

NJA 1998 s.98

NJA 1998 s.633

HovR för Västra Sverige DB 159, 1987

Microsoft Corporation v. Shuuwa System Trading K.K.,
Tokyo District Court 1987

12. 3 Litteratur

Ahlstedt, Hans, "Datarättens ABC", Iustus Förlag, tredje upplagan, 1997

Baker & McKenzie, Hart, Robert J, "Guide to Intellectual Property in the IT Industry", Sweet & Maxwell, First Edition. 1998

Folkesson, Enar, "Företaget i ekonomisk kris", Nerenius & Santéus förlag, tredje upplagan 1996

Forrester, Ian, "Software Licensing in the light of Current EC Competition Law Considerations", Sweet & Maxwell, 1992

Håstad, Torgny, "Sakrätt avseende lös egendom", Norstedts Juridik, sjätte omarbetade upplagan 1999

"Insolvensrättsligt Forum 1997", Iustus, 1997

Jerner, Magdalena, "Licensavtal för datorprogram", Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, första utgåvan 1998

Koktvedgaard, Mogens; Levin, Marianne, "Lärobok i immaterialrätt", Norstedts Juridik, femte upplagan 1997

Lindberg, Agne; Westman, Daniel; "Praktisk IT-rätt", Norstedts Juridik, andra upplagan 1999

Merges, Robert P; Menell, Peter S; Lemley, Mark A; "Intellectual Property in the New Technological Age", Aspen Law & Business, Second edition 2000

Melin, Stefan, "Kraschar verksamheten?", Enterprise Adviser, första upplagan, 1999

Millqvist, Göran, "Sakrättens grunder – en lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom", Norstedts Juridik 1999

Olsson, Henry, "Copyright, svensk och internationell upphovsrätt", Juristförlaget, första upplagan, 1998

Plogell, Mikael, "Immaterialrättsliga aspekter på datorprogram", Juristförlaget, upplaga 1 1996

Stewart, Thomas A, "Intellectual Capital – the New Wealth of Organisations", Doubleday, 1999

Svensson, Tommy, "Företagens skydd och säkerhet – om lagar och praktisk tillämpning", Industriförbundet, Andra omarbetade utgåvan 1999

12.4 Artiklar

"Safe Keeping – more companies turn to escrow to protect their IP",
Bill Roberts
www.dsiescrow.com/whatsnew/ebusiness.html 2002-01-16

"Källkodsdeposition och några praktiska rättsfrågor"
Föredrag på Sundsvall 42 1998, Ingel Rabenius, VD, Deposit AB,
www.deposit.se/sundsvall.html 2001-01-16

"Skydda din IT-investering med digitala bankfack",
Rolf Oward, Combitech Network

"Källkodsdeposition – en självklar upphandlingsfråga",
Statskontoret, tidskriften Öppna System nr 3:1998

"Deposit releases are not uncommon, and each one tells a story",
www.dsiescrow.com/whatsnew/cip18.html 2001-01-16

"Keys to a reliable escrow agreement",
Richard Sheffield
www.dsiescrow.com/whatsnew/articleseries_1.html 2001-01-16

"Source code escrow – a pragmatic balancing act and a 'win win' solution"
David Carrick

"Source code escrow agreements – balancing the interests of users and vendors"
Eric S Freiburn, Esq.
www.dsiescrow.com/whatsnew/articleseries_2.html 2001-01-16

"IT-investeringar kräver helt nya skydd"
Tommy Svensson, Dagens Industri, 21 augusti 1998

"Please release me"
Case in point #3
www.dsiescrow.com/whatsnew/cip3.html 2001-01-16

"Deponera källkod när du säljer ditt program"
Mats Tindberg, International Data Group AB
<http://itbranschen.idg.se/skyddat/nr1699/expert.html> 2001-01-16

"Föredragskonform lagtolkning och patenterbarhet av uppfinningar som utnyttjar datorprogram"
Ulf Bernitz, JT 1990/91, s.479

12.5 Modellavtal

Deposit AB:s avtalsmodell 1 "Depositionsavtal för källkod m.m."
Finns på www.deposit.se

Stockholms Handelskammars "Modell för depositionsavtal - Deposition 2000"
Finns på www.chamber.se

Escrow Europes "Escrow agreement"
Finns på www.escroweurope.com

12.6 Elektroniska källor

www.deposit.se

www.chamber.se

www.dsiescrow.com

www.escroweurope.com

www.program-transformation.org

www.chillingeffects.org

12.7 Intervjuer och kontakter

P.g.a. sekretess kan flera av mina kontakter inte bli omnämnda I denna uppsats. Övriga personer som jag har haft kontakt med och som svarat på frågor, ställt upp på längre intervjuer eller på annat sätt hjälpt mig med detta arbete är:

Thomas Carlsson på Winbas AB, Göteborg.
Programutvecklare och licensgivare.

Ingvar Carlsson på EAB Kungsmaskiner, Göteborg.
Licenstagare till Winbassystem.

Tommy Svensson, jurist på Deposit AB, Stockholm.

Per Hammarstrand, Stockholms Handelskammare.

13. BILAGA – DEPOSIT AB:S RAMAVTAL