

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

DEL 1	2
GRATISERBJUDANDEN OCH IT - UNDERLAG TILL ETT SEMINARIUM UTARBETAT AV DOCENT LENA OLSEN	2
1. INLEDNING	2
2. ALLMÄNT OM GÅVOR OCH BENEFIKA AVTAL PÅ IT-OMRÅDET	3
3. SKÄLEN FÖR GRATISERBJUDANDEN OCH DERAS ALLMÄNNA ÖNSKVÄRDHET	4
4. FREEWARE	5
4.1 DEFINITIONEN AV FREEWARE	5
4.2 DE RÄTTSLIGA KRAVEN PÅ GÅVOGIVAREN	5
4.2.1 Informationskrav	5
4.2.2 Kraven vad gäller marknadsföringen	9
4.2.3 Slutsatser	9
4.3 OBLIGATIONSRÄTTSLIGA REGLER	10
4.3.1 Allmänna frågor	10
4.3.2 Näringsidkares ansvar för fel och brist i programmet/operativ- systemet	12
4.3.3 Särskilt om konsumentaspekten	14
4.3.4 Andras ansvar för fel i gratis program/operativsystem	15
4.3.5 Påföljder vid fel	15
4.3.6 Anpassningar av programmet/operativsystemet	16
5. SHAREWARE	17
5.1 INLEDNING	17
5.2 TIDSBEGRÄNSAD SHAREWARE	17
5.3 ANVÄNDNINGSBEGRÄNSAD SHAREWARE	18
6. AVSLUTNING	18
DEL 2	20
SAMMANFATTNING AV SEMINARIEDISKUSSIONEN	20
1. SYNEN PÅ FREEWARE OCH LAGSTIFTNINGSBEHOVET	20
2. ADEKVAT AVTALSTYP OCH BEHOVET AV LAGSTIFTNING	23
3. KOMMERSIELLA GÅVOR OCH LAGSTIFTNINGSBEHOVET	27
4. TÄNKBAR ANSVARNIVÅ ANSVARNIVÅ	28
5. LAGSTIFTNINGEN SOM KUNSKAPSPROCESS	29
DEL 3	31
SLUTSATSER	31

Del 1

Gratiserbjudanden och IT - Underlag till ett seminarium utarbetat av docent Lena Olsen

1. Inledning

Gratiserbjudanden har av olika skäl blivit ett allt viktigare konkurrensmedel i kampen om kunderna. På nätet har de blivit så vanliga att 9 av 10 enligt en undersökning från Netsurvey inte vill betala för internettjänster.¹ Som skäl för detta angav 68 % av de som inte ville betala eftersom de ändå kan hitta det mesta gratis på någon annan webbplats. Många ansåg också att tjänster på Internet skall vara gratis. Ytterligare ett argument var dock också att det var besvärligt att betala på Internet. Enligt en kommentar har företagen köpt marknadsandelar genom att skänka bort tjänster med baktanken att man skall kunna ta betalt genom att addera mervärde, men att man sedan tvingas skänka bort också detta.

I en uppsats från 1997, Konsumenten och kommersiella gåvor, har jag berört kommersiella gåvor av olika slag i konsumentsammanhang, men utan någon direkt vinkling mot IT-området.² Min slutsats blev att rättsläget från en civilrättslig utgångspunkt ofta är svårbedömbart och att lagstiftning därför borde övervägas så att olika utbudsformer kartläggs och analyseras vad gäller de civilrättsliga konsekvenserna. Därefter har gratiserbjudanden diskuterats av Utredningen om konsumenträttigheter i IT-samhället i SOU 1999:106 Konsumenterna och IT. Utredaren föreslår där, med hänvisning till det stora utbudet av gratisprodukter på Internet, att frågan om reglering av konsumenternas rättigheter i samband med gratisprodukter bör övervägas närmare.³ Utredningen har därefter remissbehandlats. Konsumentverket stöder förslaget och anser att frågan kan komma att få stor betydelse för konsumenterna. Man hänvisar också till behovet av internationella riktlinjer på området. På näringsidkarsidan är emellertid motståndet kompakt. Flera argument anförs till stöd för detta. Den konsument som är i behov av felansvar och skadeståndssanktioner bör liksom nu hänvisas till produkter och tjänster som saluförs på kommersiella villkor. Det ifrågasätts också om den som ställer gratisprodukter till konsumenternas förfogande kan anses som näringsidkare.

I det följande skall gratiserbjudanden över nätet diskuteras närmare vad gäller eventuellt lagstiftningsbehov. De regler som aktualiseras är de näringsrättsliga/marknadsrättsliga krav som ställs på information och

¹ Se nättidningen Vision den 19 oktober 2000 på adress <http://vision-media.se/visionkat.vns?category=61&listcats=61&id=23454&cats=> . Undersökningen är dock inte presenterad (eller utförd) på ett helt tillförlitligt sätt med hänsyn till procentsiffrorna för de som svarat.

² Införd i Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok årgång 7 tillägnad Eschelsson, s. 293-309.

³ SOU 1999:106 s. 77

marknadsföring, de obligationsrättsliga reglerna främst vad gäller eventuellt felansvar samt övriga allmänna ersättningsprinciper som kan tänkas bli aktuella.

För att samla material har i september 2000 Stockholms Tingsrätts samtliga tvistemålsavdelningar kontaktats och ingen kunde dra sig till minnes några fordringsmål på området. Vad gäller hovrätter och HD har rättsbanken vid samma tid konsulterats utan att några rättsfall hittats av relevans för nu ifrågavarande problem. Hos Allmänna reklamationsnämnden (ARN) har det däremot uppkommit några problem med anknnytning till IT-området. Också vid Marknadsdomstolen (MD) har det uppkommit ärenden med en sådan anknnytning. Sammanfattningsvis kan dock sägas att det rättsliga materialet är minst sagt magert.

Såväl ovannämnda uppsats som utredningen behandlar situationen då erbjudandet givits av en näringsidkare gentemot en konsument. Näringsidkare är i princip den som handlar i sin yrkesmässiga verksamhet och konsumenten den fysiska person som handlar för eget bruk. Dessa överlåtelse har tidigare benämnts kommersiella gåvor. Andra partskonstellationer förekommer emellertid också. Näringsidkarens motpart kan naturligtvis också vara näringsidkare och erbjudandet kan självklart också ske av en privatperson utan någon kommersiell avsikt. Nedan kommer samtliga konstellationer beröras. Särskilt i samband med de civilrättsliga verkningarna kommer jag också att använda uttrycket förvärvaren som benämning för mottagaren av erbjudandet.

2. Allmänt om gåvor och benefika avtal på IT-området

Gåvor och andra benefika avtal kan, helt eller delvis, förekomma på en mängd olika sätt på IT-området. Man kan lämpligen skilja mellan produkter som levereras över nätet och vanliga lösa saker med anknnytning till IT. Mycket vanligt är också olika tjänster. Internet betraktas sålunda av ARN som en tjänst och överlämnandet av disketter från en säljare till en köpare med internetprogram ansågs inte utgöra ett köp utan ett avtal om tjänst. När disketten hade skadat konsumentens dator ansågs konsumentköplagens regler om produktskada kunna tillämpas analogt.⁴ Den närmare gränsdragningen mellan förvärv av olika slag samt tjänster är emellertid inte klar.

Bland de produkter som levereras över nätet kan nämnas gratiserbjudanden av såväl operativsystem (Linux) som vanliga program, freeware. En variant av gratiserbjudanden av program är också s.k. shareware, vilket går ut på att kunden utan kostnad får tillgång till ett program under vissa förutsättningar. Också information finns i riklig mängd på nätet, vilken kan hämtas hem direkt. Ibland har det informerande organet använt sig av särskilda program som innebär en gratis klientversion av pdf-läsardelen, såsom Adobe, vilken dock organet självt betalat för. Flera exempel finns på samma företeelse som t.ex. Quicktime. Till informationen kan kanske också räknas "varuprov" på

⁴ ARN 1999 ref 24

vanliga produkter, i synnerhet upplevelseprodukter som böcker eller film. Här blir självklart upphovsrättsliga regler av särskild betydelse.

Vad gäller vanligt lösöre kan billiga sådana varor utbjudas separat som presenter. Det kan röra sig om vanligt lösöre som erbjuds över nätet eller IT-produkter av olika slag utan sådan anknytning. Det vanliga torde dock vara att det utgör en del av ett förmånserbjudande och fungerar sålunda som lockvara till det som verkligen skall betalas. Detta kan vara ett erbjudande om hårdvaror. Särskilt vanligt torde dock vara abonnemangserbjudanden. Erbjudanden om deltagande i kundklubbar förekommer också. Erbjudandet går normalt ut på att lockvaran kan fås till ett väsentligt lägre pris, men i enstaka undantagsfall kan erbjudandet också gå ut på att lockvaran är gratis.

Vad gäller tjänster är det mer ovanligt att dessa är gratis. Det förekommer dock, kanske särskilt på informationssidan, där man kan abonnera på information eller uppdateringar.

Av betydelse är emellertid inte bara det faktum att produkten/tjänsten är gratis eller kan erhållas till starkt reducerat pris. Av betydelse för bedömningen är också det sammanhang i vilket erbjudandet ges. I ovan anförd uppsats har jag benämnt gåvor i relationen mellan näringsidkare och konsument för kommersiella gåvor. Det kan dock ifrågasättas om inte alla gåvor som erbjuds inom ramen för någon form av näringsverksamhet bör betecknas som kommersiella. Diskussionen av detta och de rättsliga konsekvenser som detta innebär förs vidare nedan.

För att möjliggöra en mer ingående diskussion har jag valt att begränsa diskussionen till "freeware" och "shareware".

3. Skälen för gratiserbjudanden och deras allmänna önskvärdhet

Ovan har berörts den vanligaste anledningen till att gratiserbjudanden blivit så vanliga på nätet. Företagen har därigenom köpt marknadsandelar som de hoppats skall betala sig genom möjligheten att i ett senare skede ta betalt för mer anpassade tjänster. Gratiserbjudandet används sålunda i stor utsträckning som marknadsföringsåtgärd. Andra skäl kan emellertid också finnas. Idé-mässigt finns en stark rörelse för ett fritt internet där det föreligger frihet att använda program för valfritt ändamål, frihet att undersöka hur programmet fungerar och ändra det för egna ändamål, frihet att skicka kopior vidare av programmet, mot betalning eller gratis samt frihet att förbättra programmet och sprida det vidare i förbättrad form.⁵ Det rör sig alltså om ett yttrandefrihetsrättsligt perspektiv och man kan här spåra ett altruistiskt motiv till gratiserbjudanden av olika slag.

⁵ Dessa tankar grundas på Stallmans skapelse Gnu Public Licence, GPL – se vidare Mikael Pawlos artikel "Det fria Internets fader?" - <http://www.algonet.se/~mpawlo/dn01.html> och även <http://www.gnuheter.com>

Från ett samhällsekonomiskt perspektiv är gratiserbjudanden naturligtvis en fördel för många brukare, åtminstone ur ett kortsiktigt perspektiv. Någon mer fördjupad diskussion är visserligen inte möjlig inom ramen för det här arbetet men enligt min mening kan gratiserbjudanden också starkt ifrågasättas från en konkurrensrättslig synpunkt eftersom endast de största och starkaste företagen kan överleva i ett sådant klimat. I den mån gratiserbjudandena görs av en marknadsaktör med dominerande ställning på marknaden kan det betraktas som missbruk av denna ställning att sänka priserna under produktionskostnaden. Det rör sig ju då om underprissättning och faller under konkurrenslagstiftningen. På sikt är det inte lyckat om antalet aktörer decimeras starkt med sannolika drastiska prishöjningar som följd. Samma tveksamhet gäller då erbjudandena inte vänder sig till konsumenter utan till näringsidkare av olika slag. Det är heller inte lyckligt om det överhuvudtaget inte går att bedriva kommersiell verksamhet över nätet på grund av alla enskilda dataentusiaster. Såväl konsumenter som andra näringsidkare behöver specialiserade varor och tjänster.

Det bör emellertid också finnas möjligheter för människor att göra en insats för sina medmänniskor, dvs som gåvor traditionellt har betraktats.

Det anförda leder till slutsatsen att gåvor, som för givaren närmast motiveras från en marknadsföringsgrund, är mindre skyddsvärda än då avsikten är altruistisk. Detta bör rimligtvis spela in vid den juridiska analysen och vidareutvecklingen av regelsystemet.

4. Freeware

4.1 Definitionen av freeware

Svenska Datatermgruppen använder i sin ordlista, version 18, termen gratisprogram i stället för freeware. Med gratisprogram avses program som får spridas fritt och användas utan kostnad. Det är alltså gratis. Erbjudanden om freeware kan, om de kommer från näringsidkare, innebära en del av en marknadsföringsstrategi, så att gratis programvaror ställs till förfogande för enskilda eller kommersiella intressenter. Sedan kan det behövas som uppstår av anpassningar av programvara eller kundens system nyttjas kommersiellt. Ett sådant förfarande kan vara diskutabelt från en konkurrensrättslig synvinkel även om det som regel torde vara acceptabelt förutsatt att det inte rör sig om missbruk av dominerande ställning.

4.2 De rättsliga kraven på gåvogivaren

4.2.1 Informationskrav

Ett viktigt problem när det gäller erbjudanden över nätet är att uppfatta och bedöma vem erbjudandet kommer ifrån, vilka villkor som gäller och om det sålunda verkar seriöst. Denna fråga har diskuterats inom EG-rätten och i två direktiv har särskilda informationsregler av betydelse för

IT-området föreskrivits. Det gäller dels direktivet 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal, dels direktivet 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden, det s.k. e-handelsdirektivet. Det är inte klart i vilken utsträckning dessa regler gäller ifråga om gratiserbjudanden.

Det grundläggande direktivet är e-handelsdirektivet. Det har till syfte att bidra till att den inre marknaden fungerar väl genom att säkerställa den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster, artikel 1. Härmed avses ”tjänster som vanligtvis utförs mot ersättning på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare”.⁶ Direktivet förefaller vara tillämpligt på benefika tjänster med kommersiella bakgrund.⁷

Den information som skall lämnas framgår av artikel 5. Medlemsstaterna skall sålunda se till att behöriga myndigheter och tjänstemottagaren enkelt, direkt och stadigvarande har tillgång till den information om tjänsteleverantören som framgår av den fortsatta bestämmelsen. Tjänsteleverantören kan sålunda enligt artikel 2 vara en fysisk eller juridisk person som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster men också etablerad, dvs. utövar näringsverksamhet med hjälp av ett fast driftsställe under obestämd tid. Information vad gäller den geografiska adressen behöver sålunda bara ges om tjänsteleverantören är etablerad. Tjänstemottagaren är också definierad som varje fysisk eller juridisk person som av yrkesmässiga eller andra skäl använder informationssamhällets tjänster.

I samband med kommersiella meddelanden skall särskild information lämnas, i den mån meddelandet ingår i en informationssamhällestjänst, artikel 6. Bland annat skall det kommersiella meddelandet vara klart identifierbart som sådan och den fysiska eller juridiska person för vars räkning meddelandet sänds skall också vara klart identifierbar. Av stor betydelse för tolkningen är hur man definierar kommersiella meddelanden. Detta görs i artikel 2(f). Vad som avses är varje form av meddelande som syftar till att direkt eller indirekt främja avsättningen av varor eller tjänster eller öka anseendet på bl.a. sådana enheter som idkar närings- eller yrkesverksamhet. Med en sådan definition skulle också meddelanden rörande gratisprodukter kunna utgöra kommersiellt meddelande.

Direktivet är på väg att bli implementerat i svensk rätt - Ds 2001:13 E-handelsdirektivet – genomförande av direktivet 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster. De informationskrav som stadgas i förslaget gäller, till skillnad från

⁶ Direktiv 2000/31/EG om elektronisk handel artikel 2(a) med hänvisning till direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter och ändrat genom direktiv 98/48/EG, artikel 1.2

⁷ Jfr Ds 2001:13 s. 63. Direktivet sägs sålunda vara tillämpligt på ”tjänster utan kostnad för mottagarna, i den mån de utgör näringsverksamhet. Som exempel kan nämnas tillhandahållande av information eller kommersiella meddelanden online eller tillhandahållande av sökmöjligheter samt åtkomst till och hämtning av data.”

distansavtalslagen, även gentemot andra än konsumenter. Den information som skall lämnas rör namn, adress, e-postadress, organisationsnummer registreringsnummer för moms samt behörig tillståndsmyndighet. Dessutom skall information ges om priset. I vilken utsträckning detta också kommer att gälla gratistjänster är ännu oklart. Några krav ställs inte på information om den ifrågavarande produkten.

Vad därefter gäller distansavtalsdirektivet, vilken implementerats i svensk rätt genom lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal, krävs för informations-skyldigheten att det rör sig om ett distansavtal, artikel 4. Distansavtalen definieras i artikel 2 som "avtal om varor eller tjänster som ingås mellan en leverantör och en konsument inom ramen för ett system för distansförsäljning eller erbjudande av tjänster på distans, organiserat av leverantören". Det centrala är att det vid avtalslutet endast används en eller flera tekniker för distanskommunikation. Också den svenska lagen är avgränsad på motsvarande sätt, se 1 § 1. Det förtjänar att påpekas att rena gåvor inte betraktas som något avtal överhuvudtaget i engelsk rätt.⁸ Det är därför tveksamt om direktivet är tillämpligt på rent benefika avtal. Samma tveksamhet gäller också för den svenska lagen.⁹

Direktivet är tillämpligt när det gäller förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter, dvs. fysiska personer som handlar för ändamål som ligger utanför hans näringsverksamhet, affärsverksamhet eller yrke. Gåvan måste alltså ha sin upprinnelse i kommersiell verksamhet. Den svenska lagen är också bara tillämplig på avtalsrelationer mellan näringsidkare och konsumenter. En gåva som givits utanför näringsverksamhet täcks sålunda inte. Konsumentbegreppet är vidare i den svenska lagen än i direktivet. Det omfattar fysiska personer som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet.¹⁰

Frågan i vad mån erbjudanden om gåvor täcks av direktivet framgår inte klart. I rubriken till lagen används bara begreppet avtal och frågan berörs inte heller i preambeln. Avgörande skulle kunna vara tolkningen av begreppet gåva och i svensk rätt får man nog anse att åtminstone en fullbordad gåva är ett avtal.¹¹ Vid vilken tidpunkt ett avtal föreligger kan dock knappast vara avgörande eftersom informationsskyldigheten enligt direktivet artikel 4 inträder redan i god tid innan ett distansavtal ingås.

En annan aspekt är emellertid också av betydelse, nämligen avtalsföremålet som sådant. Här är det också skillnader mellan direktivet och lagen. Lagen är tillämplig på lös egendom och det kan knappast råda något tvivel om att freeware är lös egendom. Direktivet, däremot, är

⁸ Beträffande kravet på consideration Zweigert & Kötz An introduction to Comparative Law 3 uppl. 1998 s. 390ff

⁹ I propositionen nämns dock gåva uttryckligen som en av de avtalstyper lagen/direktivet gäller för, prop. 1999/2000:89 s. 23

¹⁰ Herre, J "Den ömkansvärde konsumenten" i Festskrift till Karnell 1999 s. 299

¹¹ Det är intressant att se att lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal inte är tillämplig på hemförsäljningsavtal om det pris konsumenten sammanlagt skall betala understiger 300 kr, 4 §. Någon motsvarande regel finns dock inte för distansavtal.

tillämpligt på distansavtal rörande varor och tjänster. Såsom framgår av de svenska förarbetena till lagen är begreppet varor på intet sätt väldefinierat i ett europeiskt perspektiv.¹² Det är oklart i vad mån man kan tala om "goods" när det gäller egendom som enbart har en digital form och som levereras över nätet. I den mån det inte rör sig om "goods" är det enligt ett EG-rättsligt synsätt istället fråga om tjänst. Som framgått används tjänstebegreppet i princip i den betydelse det har i fördraget, art. 50(1). Vad som avses är sålunda prestationer som normalt utförs mot betalning och som inte omfattas av någon av de andra kategorierna varor, kapital och personer.

Den information som skall ges innefattar enligt såväl direktiv, artikel 4, som lag, 9 §, bl.a. leverantörens identitet (dennes adress är dock endast nödvändig enligt lagen), varans eller tjänstens väsentliga egenskaper, pris samt ångerrätt.

Direktivet stadgar inga sanktioner vad gäller näringsidkarens bristande information.¹³ Enligt den svenska lagen är det marknadsföringslagens regler om förbuds- och informationsförelägganden som skall tillämpas, 12 §. Den i lagen föreskrivna informationen skall anses utgöra sådan information som är av särskild betydelse enligt 4 § 2 st marknadsföringslagen.

Som framgått finns också möjlighet att ålägga informationsskyldighet enligt marknadsföringslagen 4 § 2 st och 15 §§. (Lagens allmänna tillämpningsområde berörs nedan.) Marknadsföringslagen är i och för sig tillämplig oavsett om reklamen riktas till konsumenter eller näringsidkare. Informationsålägganden kan dock bara ske i den mån det gäller information som är av särskild betydelse från konsumentens synpunkt. Det är i princip Marknadsdomstolen som meddelar sådant åläggande även om Konsumentombudsmannen också kan göra det i fall som inte är av större vikt, 21 §. Det finns också några mer specificerade informationsregler i den s.k. katalogen. Enligt 13 § är sålunda "en näringsidkare, som vid marknadsföring erbjuder köparen att förvärva ytterligare produkter utan ersättning eller till ett särskilt lågt pris" skyldig att lämna tydlig information bl.a. om erbjudandets beskaffenhet. Detta gäller dock endast i samband med förmånserbjudanden. Några fastare regler för när detta skall ske i samband med freeware finns inte. Av stor betydelse för åtminstone Konsumentombudsmannens agerande torde dock vara "De nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet" även om den inte är bindande. Den omfattar i enlighet med rubriken handel och marknadsföring över nätet och de fall där det kan antas att näringsidkaren via sin marknadsföring har för avsikt att påverka utbud och efterfrågan på den nordiska marknaden, p. 1.¹⁴ Ståndpunkten innehåller i p.2 och 3 vissa rekommendationer när det gäller näringsidkarens upplysningskyldighet. Så bör information om

¹² Prop. 1999/2000:89 s. 23f.

¹³ Herre, Nordisk implementering av distansavtalsdirektivet, TemaNord 1998:532 s. 54

¹⁴ Se vidare ståndpunkten vad gäller fallen när marknadsföringen kan anses vara riktad till den nordiska marknaden.

näringsidkarens namn, fysiska adress, etableringsform och eventuell e-postadress vara lättillgänglig för konsumenterna. Näringsidkaren bör också vid handel och marknadsföring i tydlig och överskådlig form lämna sådana relevanta upplysningar som behövs för att konsumenten skall kunna bedöma den marknadsförda produkten och eventuella erbjudanden. Exempel på upplysningar är produktens/förmånens viktigaste egenskaper, pris samt hur konsumenten skall kunna kontakta näringsidkaren före beställning. De nu nämnda kraven gäller inte när gåvogivaren är privatperson. De är också än mer diskutabla när gåvoerbjudandet vänder sig till andra näringsidkare.

4.2.2 Kraven vad gäller marknadsföringen

Förutom informationskraven ställs också krav på marknadsföringen som sådan. Marknadsföringslagen (1995:450) är tillämplig när näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter, 2 §. Lagen bör alltså vara tillämplig åtminstone i kommersiella sammanhang när näringsidkaren använder sig av gratisprodukter eller -tjänster som marknadsföringsmetod. Marknadsföring skall enligt 4 § i st. överensstämja med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Det innebär bl.a. att den skall vara vederhäftig. Vid bedömningen av marknadsföringen av gratiserbjudanden har särskild betydelse tillagts omständigheten i vad mån konsumenten skall utge någon motprestation eller ej. I enlighet med den praxis som Marknadsdomstolen (MD) ger uttryck för skall näringsidkaren inte beteckna något som gåva när konsumenten eller annan förvärvare fått bidra med åtminstone någon motprestation.¹⁵ Detta innebär att uttryck som "Gratis" eller "O:-" inte får användas om förvärvaren skall fullgöra någon form av motprestation. Det fall att gratisprodukten förekommer kopplat till ett köp berörs i marknadsföringslagen (MFL) som förmånserbjudanden enligt 13 §. I andra fall, när kommersiella tjänster och produkter på annat sätt kopplas till gratisprodukter finns ingen sådan informationsskyldighet, vilket är diskutabelt.

Det är inte bara vilseledande faktiska uppgifter som kan förbjudas enligt marknadsföringslagen. Förbud mot marknadsföring vari näringsidkaren underlåtit att ge viss information är också tänkbart.¹⁶ Reklam varigenom näringsidkare underlåter att förse en köpare med information enligt 13 § kan alltså också förbjudas och näringsidkaren kan åläggas att utge marknadsstörningsavgift enligt 22-28 §§ samt skadestånd enligt 29-30 §§.

4.2.3 Slutsatser

Det är diskutabelt i vad mån de nämnda direktiven och lagen om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal är tillämpliga på gåvor. Någon närmare utredning om gåvor som marknadsförings-

¹⁵ Se nu senast MD 2000:7 med hänvisning till tidigare avgöranden.

¹⁶ Jfr MD 2000:7 yrkande 1 a.

instrument har inte gjorts i Sverige. Det kan emellertid antas att regelverket till stora delar är tillämpligt åtminstone i samband med kommersiella gåvor av olika slag. Diskussion kan ändå uppkomma när det kommersiella utnyttjandet inte är direkt organisatoriskt anknutet till den digitala gratisprodukten. Veterligen har dock de marknadsrättsliga informationskraven inte utnyttjats av Konsumentverket (KOV) för att få fram information från företagares sida om gratisprodukter. Sådana åtgärder bör enligt min mening vidtas.

I allmänhet är de krav som ställs i lagstiftningen riktade mot näringsidkare som gåvogivare. Som regel faller sålunda gåvor av privatpersoner respektive juridiska personer utanför näringsverksamhet utanför och täcks inte av lagstiftaren.

Vad gäller informationens innehåll ställs de mest omfattande informationskraven på näringsidkare som riktar sig mot konsumtionsmarknaden. Information om varans egenskaper och användning krävs sålunda uttryckligen bara i det rättsförhållandet. De särskilda kraven på näringsidkares information om ett förmånserbjudandes beskaffenhet och värde gäller dock gentemot ”köpare”.

4.3 Obligationsrättsliga regler

4.3.1 Allmänna frågor

De obligationsrättsliga reglerna rör endast kontraktsförhållandet mellan parterna. De prövas i allmän domstol eller i en sådan reklamationenämnd som Allmänna reklamationsnämnden. Centrala frågor som kan uppkomma är i vad mån gratiserbjudanden på nätet är bindande så att kunderna kan kräva dem fullgjorda, respektive om gåvomottagaren kan göra kontraktsbrottspåföljder gällande t.ex. vid fel på freeware-produkten.

Avgörande för ett fullgörelsekrav är i vad mån erbjudandet kan sägas vara bindande. Av stor juridisk betydelse är här självklart lagen (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva. Enligt 1 § är en sådan utfästelse bindande om utfästelsen gjorts i skuldebrev eller annan urkund eller omständigheterna vid dess tillkomst utmärka att den var avsedd att komma till allmänhetens kännedom. Oavsett vilket torde i allmänhet krävas att utfästelsen har en bestämd adressat eller åtminstone är så pass klar till sin utformning att den är ägnad att väcka mottagarnas tillit.¹⁷ Finns utfästelsen däremot i ett direktadresserat meddelande som t.ex. vid ”spamming” kan man tänka sig att saken kom i ett annat läge. Då uppstår emellertid problem med rekvisiten i övrigt i 1936 års lag. Det är sålunda svårt att förutse någon situation där ett bindande löfte om gåva kan anses föreligga.¹⁸

Allmänt sett krävs för en gåva att det sker en överlåtelse som innebär en förmögenhetsöverföring, helt eller delvis utan vederlag, att detta skett

¹⁷ André, Marknadsföringsansvar 1984 s. 215ff

¹⁸ I SOU 1999:106 s. 74 anses det vara oklart om ett erbjudande om gratisprogram på internet kan anses vara bindande för gåvogivaren.

frivilligt och med avsikten att göra mottagaren en tjänst eller visa honom en vänlighet, dvs. gåvoavsikt, samt att mottagaren samtyckt till detta. Vidare har aktualiserats frågan om mottagarens insikter och i vad mån detta skall tillmätas betydelse.¹⁹ Som en särskild kategori med oklara rättsverkningar är de s.k. blandade gåvorna. Problemet är att det som regel är omöjligt att dela upp gåvan så att erlagt penningbelopp kan sägas hänföra sig till viss del och gåvan en annan. En möjlighet skulle dock kunna vara att tillämpa de regler som i olika hänseenden verkar vara de mest tillfredsställande. Ett annat sätt att lösa problemet är att göra en helhetsbedömning av vilken sorts avtalstyp det närmast kan anses vara fråga om och fullt ut tillämpa relevanta regler.

Huvudregeln för gåvogivares ansvar vid fel eller brist i gåvan anses vara att gåvogivaren inte alls svarar.²⁰ Undantag görs dock om gåvogivaren gjort sig skyldig till ond tro eller svek. Den nämnda huvudprincipen är mycket förmånlig för den näringsidkare som i och för sig utan kostnad för konsumenten skänker denne egendom. När det därför gäller kommersiella gåvor mellan näringsidkare och konsumenter har det i ovan nämnd uppsats ansetts att den förstnämnde helt undgår ansvar endast om denne kan visa att någon gåvoavsikt inte föreligger.²¹ Det kan enligt min mening presumeras att gåvoavsikt inte föreligger när gåvan sker till konsumenter inom ramen för näringsidkarens näringsverksamhet, men självklart kan en sådan presumtion motbevisas.

När det gäller de obligationsrättsliga konsekvenserna av freeware måste man dock under alla omständigheter diskutera vilka avtalstyper som kan vara aktuella. En första fråga är om freeware skall betraktas som en överlåtelse, en upplåtelse eller en tjänst. I samband med licensavtal talas sålunda inte sällan om upplåtelse. Enligt min mening rör det sig knappast om en tjänst om inte andra åtgärder kopplas till den digitala produkten. Det bör dock erinras om att e-handelsdirektivet ju handlar om informationssamhällets tjänster. Detta kan komma att få vidsträckt betydelse för den allmänna begreppsbyggnaden. Vad därefter gäller valet mellan upplåtelse och överlåtelse är det klart att den digitala produkten inte behöver lämnas tillbaka, vilket tyder på att det inte rör sig om upplåtelse. Å andra sidan kan kanske vissa licensvillkor gå ut på att användningen av produkten är tidsbegränsad. I sådana fall ligger naturligtvis upplåtelse tanken närmast till hands. Finns inga sådana begränsningar ligger enligt min mening överlåtelse reglerna närmast till hands även om det finns begränsningar av immaterialrättsligt slag i förvärvarens förfoganderätt.

Nästa fråga som uppstår är i vad mån förvärvet skall betecknas som gåva eller som köp. Har ingenting betalats för den digitala produkten kan

¹⁹ Se Olsen Konsumenten och kommersiella gåvor Juridiska fakulteten i Uppsala Årsbok 1997 s. 301 m. hänvisningar till Eschelsson Om begreppet gåva enligt svensk rätt 1897, Bengtsson Om gåvobegreppet i civilrätten SvJT 1962 s. 692, dens. Särskilda avtalstyper I 1976 s. 37, Hellner Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 1 hft Särskilda avtal 1996 s. 249

²⁰ Hellner a.a. s. 249; skadeståndsskyldigheten i samband med freeware diskuteras av Pawlo, Fri programvara i svensk rätt i Lov & Data nr 65 (1/2001), s. 13ff. Se också nätadressen <http://www.algonet.se/~mpawlo/gnugpl/gnugplsv.html>

²¹ Jfr Olsen a.a. s. 302

förvärvet knappast betecknas som köp, ens om parterna är näringsidkare och konsument. I svensk rätt förefaller man dock inte automatiskt ha betecknat ett förvärv som gåva när det inte är köp. Det finns som framgått särskilda förutsättningar för att gåva skall föreligga och det är bara i de fallen som de särskilda ansvarsreglerna bör vara tillämpliga. Är dessa förutsättningar inte uppfyllda bör man i stället, åtminstone i viss mån, kunna använda köplagen som källa för analogier. Så kan särskilt vara fallet när det rör sig om kommersiella gåvor, i synnerhet mellan näringsidkare och konsument.

En sista fråga i det här sammanhanget är om analogien främst bör göras med den allmänna köplagen eller om konsumentköplagen bör kunna användas. När det gäller kommersiella gåvor utanför konsumentområdet bör det självklart bara vara fråga om den allmänna köplagen. När det gäller kommersiella gåvor mellan näringsidkare och konsument är frågan mer diskutabel och jag återkommer till den diskussionen nedan. I det här sammanhanget skall bara anmärkas att lagen som sådan är begränsad till lösa saker och är överhuvudtaget inte anpassad för andra typer av egendom. Den gäller t.ex. inte för elektrisk kraft.²² Den allmänna köplagen gäller däremot generellt för all egendom som inte är fast. Detta talar enligt min mening för att KöpL är säkrare att använda som källa för en analogi jämfört med KKL.

4.3.2 Näringsidkares ansvar för fel och brist i programmet/operativsystemet

Som framgått har brist på gåvoavsikt ansetts kunna presumeras när det gäller gåvor av näringsidkare gentemot konsument. Också i andra fall när näringsidkare inom ramen för sin näringsverksamhet ställer freeware till kundens förfogande kan enligt min mening bristande gåvoavsikt presumeras. Från näringsidkarhåll har som framgått ifrågasatts om den som skänker varor överhuvudtaget skall betraktas som näringsidkare. Detta måste enligt min mening fastställas med traditionella i huvudsak objektiva metoder. Det är klart att freeware förekommer och att också näringsidkare står bakom sådana produkter. Slutsatsen blir att gåva i traditionell mening som regel inte kan sägas föreligga när näringsidkare inom ramen för sin näringsverksamhet ställer freeware till förfogande för andra.

Problem kan uppkomma för kunden. Skulle programmet/operativsystemet vara relativt dåligt eller kanske till och med oanvändbart skulle detta kunna medföra skada för förvärvaren även om han inte behöver betala något till den som ställer egendomen till förfogande. Det kan t.ex. ta tid att tanka hem ett program etc. Ju mer omfattande det är desto längre tid kan det röra sig om. Vidare torde endast experten snabbt kunna bedöma om det rör sig om rena skräpet eller om det rör sig om en bra digital produkt som dock har vissa brister. Det rör sig alltså om en tidsinvestering av den som förvärfvar egendomen, oavsett om förvärvaren är konsument eller näringsidkare/representant för denne. Som framgått

²² Utredningen om konsumenträttigheter i IT-samhället menar konsumentköplagen inte är tillämplig på den här typen av förvärv, SOU 2000:106 s. 74.

ovan kan det också diskuteras om gratiserbjudanden är ett önskvärt konkurrensmedel eftersom det bygger på en underprissättning. Yttrandefrihetsargumentet väger enligt min mening inte annat än undantagsvis tungt som normalmotivering till näringsidkares kommersiella gåvor. Övervägande argument talar sålunda enligt min mening för ett ansvar för näringsidkaren som går längre än ett ansvar för ond tro och svek.

Man kan då ställa frågan på vilken nivå domstol eller lagstiftare bör lägga sig. Från konsumenthåll har framkastats att det bör finnas någon form av strikt ansvar för vissa gratisprodukter.²³ Genomgången av felreglerna i ovannämnd uppsats visar enligt min uppfattning att felansvaret enligt gällande rätt starkt påverkas av det erlagda priset för varan.

Vid en bestämning av var ansvaret bör ligga är flera nivåer tänkbara. I den äldre köplagen gjordes en distinktion mellan fel i bestämt gods respektive leveransavtal så att säljaren svarade i det första fallet för culpa respektive utfästelse och svek medan han i det andra svarade strikt.²⁴ Normalansvaret enligt den nu gällande köplagen (1990:931) är kontrollansvar. Köparen är dock alltid berättigad till skadestånd om säljaren varit vårdslös, 27 § 4 st. Culpaansvar medför också full skadeståndsskyldighet. Däremot är regleringen av utfästelsen i dess gamla form borta, bortsett från att egendomen naturligtvis skall överensstämja med avtalet.

Att tillämpa kontrollansvaret kan enligt min mening vara att gå för långt eftersom kunden ju faktiskt inte betalar något och ett strikt ansvar av äldre konstruktion bör bara införas om de praktiska problemen tydligt pekar på att en sådan lösning är den enda utvägen. Där är vi enligt min uppfattning inte nu. Att bygga ett ansvar på culpa stämmer i och för sig med såväl utomobligatoriska som inomobligatoriska förhållanden. Det är dock enligt min uppfattning mindre lämpligt i den här typen av totalt avindividualiserade förhållanden där det inte finns någon som helst personlig kontakt mellan parterna. Det är ju förvärvaren som har bevisbördan för culpa och det enda han vet är ju (förhoppningsvis) vari felet ligger. Ett culpaansvar kan till och med te sig för omfattande eftersom det kan tänkas omfatta alla tänkbara fel och brister.

Köplagen innefattar ytterligare en ansvarsgrund som ligger på en ganska låg nivå. Det gäller fall när det finns en befintligt-skick-klausul, vilken bygger på tidigare praxis rörande köp på auktion.²⁵ Trots att lagen är dispositiv har det alltså ansetts att en säljare inte helt skall kunna undgå ansvar för fel i varan. Det rör sig alltså om en lägsta nivå på ansvaret. Det kan vara lämpligt att diskutera hur detta ansvar skulle passa in på nu ifrågavarande egendom.

1. Enligt 19 § skall säljaren svara för fel trots ett allmänt förbehåll såsom "befintligt skick" om "varan inte överensstämmer med

²³ Jfr Sveriges Konsumentråd i remissammanställningen till utredningen SOU 1999:106 Konsumenterna och IT.

²⁴ Lag (1905:38 s. 1) om köp och byte av lös egendom §§ 42 och 43

²⁵ Prop 1988/89:76 s. 91

sådana uppgifter om dess egenskaper eller användning som säljaren har lämnat före köpet och som kan antas ha inverkat på köpet”. Bestämmelsen innebär alltså ett ansvar för uppgifter om varan. Ansvaret bortfaller dock i den mån näringsidkaren kan sägas ha rättat uppgifterna i tid.²⁶ En näringsidkare som vill ställa freeware till människors förfogande skall alltså inte kunna gå ut och säga att varan har vissa egenskaper som den inte har. Det krävs dock enligt min mening en viss bevislättning i vad mån uppgifterna inverkat på köpet. Allmänna reklamationsnämnden har i vissa avgöranden använt en objektiv metod och menat att det kan antas att uppgiften inverkat på köpet. Ett motsvarande angreppssätt torde vara nödvändig också här.

2. Förutom det ovan nämnda uppgiftsansvaret finns i KöpL 19 § också ett visst ansvar för upplysningar som säljaren borde ha gett. Lagen föreskriver här att det rör sig om underlåtna upplysningar ”om ett sådant väsentligt förhållande rörande varans egenskaper eller användning som han måste antas ha känt till och som köparen med fog kunde räkna med att bli upplyst om..”. Ansvar föreligger dock bara om den underlåtna upplysningen inverkat på avtalet. Upplysningsskyldigheten gäller inte sådana förhållanden som köparen själv borde ha upptäckt vid en normal granskning. En sådan princip borde kunna vara tillämplig också i samband med gratisprogram etc. över nätet. Omgivningen skulle alltså kunna förvänta sig att bli upplyst om i vilken grundläggande miljö det är tänkt att programmet skall kunna användas, hur stort utrymme det kräver för att kunna fungera samt dess allmänna funktion. Det faktum att ett program etc. inte är färdigutvecklat ännu bör ju kunden också få veta.
3. Enligt KöpL 19 § 1 st 3. ansvarar säljaren också om ”varan är i väsentligt sämre skick än köparen med hänsyn till varans pris och övriga omständigheter med fog har kunnat förutsätta”. Enligt förarbetena rör det sig här om fall när det är ett uppenbart missförhållande mellan varans skick samt varans pris och övriga omständigheter.²⁷ Här är det dock uppenbart att en förvärvare som inte betalat någonting för varan bör kunna kräva avsevärt mindre än en köpare som betalat ett normalt pris. Något bör han dock kunna kräva eftersom han trots allt tvingats vara uppkopplad på nätet under ”leveranstiden” och sålunda ådragit sig viss utgift för att ta hem program etc. Fel och brister i kommersiellt anpassade delar bör näringsidkaren självklart ansvara för enligt allmänna regler.

4.3.3 Särskilt om konsumentaspekten

En aspekt som bör diskuteras närmare är det fall då det faktiskt rör sig om en konsument som förvärvat freeware från en näringsidkare. Som redan framgått är konsumentköplagen inte tillämplig på digitala varor.

²⁶ Prop 1989/90:76 s. 92

²⁷ A.prop. s. 93

Detta kan emellertid komma att ändras. Enligt det förslag som lagts fram av Utredningen om konsumenträttigheter i IT-samhället, föreslås sålunda att en översyn skall göras ifråga om konsumentköplagens tillämpningsområde, så att konsumenten har samma skydd vid förvärv av digitala produkter som vid köp av lösa saker.²⁸ Mot den bakgrunden kan det därför vara intressant att jämföra konsumentköplagens regler om befintligt skick-klausuler i 17 § med motsvarande bestämmelse i 19 §. Den förstnämnda bestämmelsen reglerar bara situationen när varan är i sämre skick än köparen haft fog att räkna med. Det anses dock att i princip samma regler som köplagen gäller med hänsyn till de tvingande reglerna om uppgiftsansvar i 16 § 2 st 2 p. samt 18 och 19 §§ respektive upplysningsskyldigheten i 16 § 3 st. 2.²⁹ En viktig skillnad är dock att det enligt KöpL 19 § 3 krävs att varan är väsentligt sämre medan det enligt KKL räcker med att varan är sämre. Allmänt sett är regleringen rörigare i KKL än i KöpL. Det är svårare att bestämma en lägre nivå för givarens ansvar än den nivå som KKL ligger på. Enligt min mening kan det vara så att den lagreglerade nivån är för sträng. Praxis skulle kanske i det läget välja att betrakta även kommersiella gåvor enligt traditionella regler. Detta kan, jämfört med den lösning som presenterats här, vara till nackdel för konsumenterna.

4.3.4 Andras ansvar för fel i gratis program/operativsystem

Den föreslagna lösningen för näringsidkares ansvar kan däremot ifrågasättas när det gäller enskilda som satt digitala produkter på nätet. Här kan man tänka sig att utgångspunkten är den motsatta, nämligen att det finns en gåvoavsikt. Kan det dock visas att den enskilde i själva verket har anknytning till någon form av affärsverksamhet och att det sålunda rör sig om kommersiella gåvor i näringsverksamhet omkastas utgångspunkten igen.

I nu ifrågavarande fall finns det i huvudsak inga rättspolitiska argument som talar för ett särskilt ansvar. Tvärtom. Detta skulle kunna dämpa uppfinningsglädjen och lusten vilket varit en mycket viktig drivfjäder när det gäller utvecklingen av internet. Framgår det dessutom klart att det inte rör sig om någon näringsverksamhet bör mottagaren knappast heller ha anledning att förvänta sig någon kvalitet. Yttrandefrihetsargumentet bör också i den hör typen av fall väga tyngre. I sådana fall bör mottagare sålunda själv få bära förlusten i samband med felet förutsatt att givaren inte gjort sig skyldig till ond tro eller svek.

4.3.5 Påföljder vid fel

Även om man i och för sig skulle kunna betrakta varan som behäftad med fel i enlighet med KöpL 19 § är det ju inte alldeles klart vilka remedier detta skulle kunna leda till.³⁰ Som framgått av ovannämnd uppsats är det inte helt lätt att åstadkomma några remedier för förvärvaren inom ramen

²⁸ A. utredning s. 75

²⁹ Jfr Herre, Konsumentköplagen. En kommentar. 1999 s. 221

³⁰ Betr. Begreppet remedium – se Olsen, Borgenärens val vid kontraktsbrott, 1997, s 42

för köprätten.³¹ Ett avgörande i Allmänna reklamationsnämnden visar på svårigheterna när det gäller omleverans respektive avhjälpande. Fallet gällde en konsument som köpt ett modem för PC med uppkoppling till nätet med vilken produkt ingick ett faxprogram utan särskilt kostnad. Modemet fungerade inte med konsumentens Mac så hon fick ett annat modem med vilket inte följde ett faxprogram. Hon fick visserligen ett nytt faxprogram av säljaren men köparen fick det aldrig att fungera. I ARN krävde hon därför att säljaren skulle rekommenderas att leverera ett nytt fungerande faxprogram. ARN anförde bland annat, förutom att ändamålet med köpet inte varit att förvärva ett faxprogram, också att köparen i efterhand uppgraderat operativsystemet. Det ansågs därför oskäligt att säljaren skulle ”anpassa faxprogrammet alternativt [köparens] datautrustning så att faxprogrammet fungerar oklanderligt”. Avgörandet väcker en mängd frågor. Att uppgradera köparens datautrustning bör det överhuvudtaget inte kunna bli frågan om för säljaren utan avhjälpandet bör ske enbart på den ifrågavarande varan eller så att en ny vara levereras till köparen. Det bör också krävas mer bevisning från köparens sida vad som egentligen var felet med faxprogrammet, men det även också finnas klara uppgifter från säljaren vilken slags datamiljö vad gäller operativsystem, som programmet är anpassat för. Avgörandet visar dock att det kan vara svårt att åstadkomma den enda påföljd för felet i varan som skulle ge förvärvaren någon egentlig kompensation. Skadestånd skulle dock kunna tänkas för den tid förvärvaren varit uppkopplad. Rör det sig om en konsument kan man också tänka sig ersättning för fritidsförlust.³² I vad mån någon sådan ersättning skulle kunna utgå i kommersiella sammanhang är mer diskutabelt.

4.3.6 Anpassningar av programmet/operativsystemet

Denna situation är nästan bara aktuell när det rör sig om en kommersiell gåva och näringsidkaren bedriver ekonomisk verksamhet för att anpassa programmet/operativsystemet till förvärvarens förhållanden och behov. Fel och brister i detta arbete måste näringsidkaren självklart svara för enligt allmänna regler.

Något om skadeståndsprinciperna vid produktskada i samband med freeware

I samband med de obligationsrättsliga reglerna har talats om konsekvenserna när själva programmet eller operativsystemet inte fungerar. Fråga kan emellertid också uppkomma om tillämpliga regler när mottagarens egendom i övrigt drabbas av skada. Även här skulle traditionella principer för gåva, dvs. ansvar för ond tro respektive uppsåt, kunna göras gällande. Alternativa regler skulle dock kunna vara reglerna för produktansvar, dvs såväl produktansvarslagen (1992:18) som

³¹ A.a. s. 304ff.

³² Se härtill Olsen, Skadestånd vid förlust av semester och annan rekreation, i Festskrift till Sigeman s. 315 samt Herre, Konsumentköplagen. En kommentar. 1999 s. 34off.

traditionella principer som ansvar för culpa respektive utfästelse.³³ Produktansvarslagen torde dock inte vara tillämplig i samband med freeware respektive shareware eftersom lagen bara gäller för produkter, dvs. lösa saker, 2 §.³⁴ Däremot kan nämnas att Utredningen om konsumenträttigheter i IT-samhället föreslog att produktansvarslagen bör ses över vad gäller tillämpningsområde. Detta kan dock vara lättare sagt än gjort med tanke på att lagen bygger på ett EG-direktiv, 85/374/EEC.

Vad gäller culpa och utfästelse förefaller man hamna åtminstone delvis på samma nivå som ovan rekommenderats.³⁵ Vad som saknas här är ett ansvar för uteblivna upplysningar, i den mån detta inte kan betraktas som vårdslöst, samt eventuellt ett ansvar för en viss lägsta standard, i den mån detta överhuvudtaget skulle vara tänkbart i samband med produktansvar. Ytterligare frågor som uppstår rör mottagarens bevisbörda.³⁶

5. Shareware

5.1 Inledning

Enligt Svenska datortermgruppen definieras spridprogram (shareware) som program som får användas fritt men som användaren förväntas betala en avgift för vid upprepad användning. I praktiken brukar termen shareware användas för två grupper av fall. Till en början kan programvaran ställas till förvärvarens disposition under en viss kortare tid. Överskrids tiden skall förvärvaren betala för produkten. Betalning kan utgå såväl i form av ett engångsbelopp, som löpande. I det sistnämnda fallet ingår som regel uppgraderingar som görs i programvaran. Betalningssättet visar stora likheter med köp respektive med köp förenad med fortlöpande tjänster. Den andra huvudgruppen av begränsningar i användningen av shareware är att användningen avses ske för privat bruk och inte i kommersiella sammanhang. Dessa olika förutsättningar bör ha helt olika rättsverkningar. Det finns därför anledning att titta närmare på dessa.

5.2 Tidsbegränsad shareware

Tidsbegränsad shareware vänder sig till såväl kommersiella som privata förvärvare. Det faktum att användning får ske gratis under en viss tid bör enligt min mening betraktas som en period under vilken förvärvaren får

³³ De regler om produktansvar som finns i konsumentköplagen är ju som framgått inte tillämpliga eftersom "freeware" och "shareware" inte kan betraktas som varor.

³⁴ Jfr också SOU 1999:106 s. 115

³⁵ Se t.ex. NJA 1968 s. 268 (ogräsmedlet) och NJA 1985 s. 641 (den förorenade bensinen).

³⁶ I ARN 1999-6600 uppstod fråga om det faktum att datorn slutade att fungera berodde på fel i datorn eller i ett modem som konsumenten köpt på annat håll. Någon garanti beträffande datorn förelåg inte och därför ålåg det konsumenten att visa att det förelåg ett fel i datorn redan vid leveransen. Detta ansågs konsumenten inte ha visat. Det faktum att det förelåg en försäkring medförde ingen ändrad bedömning.

undersöka varan och sätta sig in i dess funktioner och användbarhet. Det skulle kunna jämföras med öppet köp av varor i allmänhet. En juridisk konsekvens som denna möjlighet för med sig bör vara att förvärvaren inte efter det att han betalar för varan kan göra gällande fel som han borde ha upptäckt under den tid programmet gratis stod till hans förfogande, KöpL 20 §. I övrigt bör reglerna vara desamma som för vanlig program- och operativsystemvara som mot betalning ställs till förfogande för intresserade förvärvare.

5.3 Användningsbegränsad shareware

Shareware som alltså är fri från kostnad under förutsättning att det inte används kommersiellt är svårare att klassificera. Man skulle möjligen kunna se villkoret så att det verkligen finns en gåvoavsikt gentemot enskilda oavsett om utgivaren av varan är en näringsidkare eller en enskild. I sådant fall skulle ansvaret i princip följa de traditionella kraven vad gäller ond tro och svek i förhållande till enskilda, medan allmänna kontraktuella regler gäller för den kommersiella delen, där ju också betalning utgår.

6. Avslutning

Som framgått uppstår stora rättsliga problem i samband med sådana väl avgränsade IT-företeelser som freeware och shareware. En viktig aspekt i sammanhanget, vilken också torde ha legat bakom utvecklingen är önskemålet om en stark yttrandefrihet över nätet. Det finns emellertid också andra samhällsintressen som är viktiga att tillgodose, bl.a. att det finns rättsliga förutsättningar för en ekonomiskt effektiv marknad samt att enskilda inte drabbas för hårt om det av någon anledning går snett. Ytterligare en omständighet som kanske också bör beaktas in sammanhanget är det sjunkande marknadsvärdet på den nya ekonomin.

De former för freeware som författaren av denna skrift främst har beaktat är

- 1) "altruistisk" freeware,
- 2) kommersiell freeware i förhållandet mellan näringsidkare, samt
- 3) kommersiell freeware i förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter.

Vad gäller den första gruppen är det oklart i vilken utsträckning den omfattas av informationslagstiftningen. Det kan enligt min mening vara en olägenhet om inga informationskrav kan göras gällande. När det gäller den andra och tredje kategorien förefaller informationskrav kunna göras gällande. Några åtgärder vad gäller näringsidkares information till konsumenter har dock ännu inte krävts från konsumentföreträdare.

Vad därefter gäller de obligations- och ersättningsrättsliga konsekvenserna bör de klassiska reglerna, dvs. ansvar för svek och ond tro, i princip vara tillämpliga på altruistiska gåvor. Vad gäller kommersiella gåvor har i annat sammanhang förordats lagstiftning. Inom en bred IT-rättslig ram har samma uppfattning kommit till uttryck i betänkandet (SOU 1999:106) av Utredningen om konsumenträttigheter i IT-

samhället. I samband med kommersiell freeware bekräftar de här beskrivna reglerna, eller bristen på regler, som framkommit såväl i samband med de obligationsrättsliga reglerna som ersättningsprinciperna för produktansvar, enligt min mening denna tes. En lämplig anknytningspunkt kan vara säljarens ansvar då avtalet innehåller en "i-befintligt-skick"-klausul. Skulle KKL anpassas till att gälla också för digitala produkter utgör näringsidkares ansvar för fel i gratisprodukter något som särskilt måste utredas och regleras.

Del 2

Sammanfattning av seminariediskussionen

Diskussionen kom att röra sig kring fem grupper av frågeställningar, nämligen

1. synen på freeware och lagstiftningsbehovet,
2. adekvat avtalstyp och behovet av lagstiftning,
3. kommersiella gåvor och lagstiftningsbehovet,
4. tänkbar ansvarsnivå samt, slutligen,
5. lagstiftningen som kunskapsprocess.

1. Synen på freeware och lagstiftningsbehovet

Deltagare: Skall rättsordningen se positivt eller med skepsis på freeware? Min första reaktion är en motfråga: skall rättsordningen överhuvudtaget behandla freeware och i så fall varför?

Deltagare: Det måste rättsordningen. *Legatio justitia* kallas det om domaren vägrar att döma.

Deltagare: Det kan mycket väl vara så att man i den delvis nya miljö som IT erbjuder får anledning att se över befintliga regelverk, därför att de generellt inte fungerar lika bra för alla de nya användningar som verktyget möjliggör. Det är inte ovanligt. Skulle man genom regleringen kunna främja verktygsutvecklingen? Är det så att freeware bör främjas och är det i så fall något man ska tänka på inom juridiken.

Lena Olsen (LO): Själv tycker jag att det finns argument mot en alltför tillåtande, accepterande attityd till freeware, och de ligger främst inom konkurrensområdet. Det är väldigt lätt om man har ekonomiska resurser att konkurrera ut andra så att marknaden riskerar att bli osund. Det finns ingen anledning att stödja en marknad som lätt kan bli osund, som inte kan dra in pengar.

Deltagare: Det beror på ur vems perspektiv man ser det. Freeware som sådant är utslag av en experimentlusta som man riskerar att ta död på. Man kan också se frågan ur slutanvändarens perspektiv. Det är klart att för en slutanvändare som är missinformerad när varan plockas hem - som har förväntningar som är helt andra än det som man levererar - är det inte särskilt kul. Men jag tror ändå att det totalt sett är oerhört värdefullt att kunna gå ut och prova i praktiken. Jag tror att det för konkurrensen är suveränt att de möjligheterna finns. Tillräckligt många entusiaster finns det. Man kan se själv när man reglerar t.ex. vilka vägar som gångtrafikanterna ska få gå. Ibland stämmer det inte med den enklaste vägen att gå och då går man inte på gångvägen utan då gör man en liten stig oavsett om det står "Beträd ej gräset" på en skylt. På något sätt känns det som om det vore bättre att låta folk trampa upp stigen och sedan lägga gången. Det är lite grand vad jag ser här och att det blir lite fri konkurrens gör inget. Det kommer att lösa sig vilka som kommer att bli slutanvändarnas bästa alternativ.

Deltagare: Det är väldigt många olika situationer i vilka freeware är aktuella. Om man ser till hobbyutvecklarna på nätet så är de entusiaster som utvecklar programvaror och lägger ut dem i olika forum på nätet. Det är en sort. Men det finns också någonting som har väldigt nära koppling till en kommersiell programvara, om man tar kopplingen mellan AdobeAcrobat och AcrobatReader som ett exempel. Det är en förutsättning för att Adobe skall kunna sälja sitt huvudprogram att konsumenterna får gratis tillgång till det. Det programmet säljer de till någon helt annan, mellan kommersiella aktörer. Men en förutsättning är att man ger fri tillgång till alla användare till själva läsaren. Det är väldigt olika situationer.

Deltagare: Det finns många varianter av freeware. Jag själv laddar oftast ner sådana, när jag är ute och letar efter program som man senare vill köpa. På detta sätt får jag först en fullgod vara, men sedan om man inte betalar inom viss tid så fungerar det inte längre. Det är ju i viss betydelse en freeware som man har fått nedladdad på vissa villkor och köper jag den sedan under den bestämda tiden så har jag ju fått den vara som jag begär. Sedan är det också så att det inte är så vanligt med reklamationer. Det beror på att det än så länge är ungdomar som håller på att ladda ner. Dessa är oftast kunniga och säger istället att den skiten vill jag inte ha och så stänger de av. Men de som inte är kunniga de kan råka riktigt illa ut. Då laddar man ner någonting och så ser man hur det kraschar, det händer ganska ofta de som är okunniga.

Deltagare: Finns den här sortens skador och missnöjda användare? Hur pass stort är problemet idag?

LO: Att döma av domstolspraxis så skulle problemet troligen praktiskt taget vara obefintligt, det kanske vår vän här från Konsumentverket vet bättre än vad jag gör. Men åtminstone vid den rundringningen som jag gjorde på Stockholms tingsrätt visade det sig att det där överhuvudtaget inte förekom några fordringsanspråk på den här grunden. Nu har jag inte upprepat den rundringningen, jag har inte hunnit göra det nu och den tidigare rundringningen gjorde jag i höstas, så något kan ju ha kommit upp sedan dess. Jag tvivlar på att det har skett en så revolutionerande utveckling. Jag hann i alla fall göra en koll med allmänna reklamationsnämnden och så vitt jag kunde se över nätet nu så fanns det inga frågor just på gratisprodukter. Utifrån den synvinkeln skulle det vara ett icke existerande problem.

Deltagare: Från konsumentverkets sida ser vi mer till riskerna att det kan bli problem. Och när det gäller just marknadsföring som du och jag själv jobbar med är det sällan gratis när man börjar granska erbjudandet. Man binds upp till någon slags abonnemang även om varan, eller vad det nu är för något, kan kosta en krona. Det är sällan det verkligen är "free" så att säga.

Deltagare: Finns det någon anledning att reglera det här? Du sa själv att genom att reglera så får man ett mer städat nät, det blir bättre ordning på internet. Men jag menar skall vi gå in och reglera och se till att få ordning på internet då kanske vi skall se till att det blir ordning i pressen och så vidare, så det tycker jag leder lite för långt.

Deltagare: Jag tror också att lagstiftning kanske skulle uppmuntra användningen, men risken finns att den här nyfikenheten och söklusten skulle fortsätta att finnas hos enskilda individer som då kan bli skyldiga gentemot företag för enorma belopp. Det får jag inte riktigt ihop.

Deltagare: Vi har gått in på freeware från flera utgångspunkter, för det är så olika situationer. Du har en akademisk institution som släpper ifrån sig något i vanlig glädjeyra i förhoppning om att få synpunkter tillbaka. Du har situationer där freeware används som någon form av promotion för andra produkter. Du har situationer där man släpper ut det för att få tillbaka erfarenheter och synpunkter och kunna vidareutveckla och sedan i något läge säga stopp nu är det inte gratis längre - nu så blir det kommersiellt. Du har förmodligen flera andra situationer och det som jag läser ut ur Lenas papper är att hon är ute efter den här kommersialiserade situationer. Det är den som är ett huvudintresse, det är den problematiken du fokuserar på., snarare än det här första gänget som släpper ut freeware som de små glada amatörerna utbyter.

Deltagare: Det är sådana här som Linux som ställer till det, som inte upphör att vara det glada amatörgänget utan ?

LO: Det kommersiella draget kan framgå så att det finns ett sammanhang med freeware. Företaget ger service för att hjälpa till på olika sätt mot betalning och ger information om hur man skall kunna använda sig av det, hur man når det o.s.v. De har fortsättningstjänster som de ställer till förfogande. Om det inte finns något samband mellan den som har rättigheterna till Linux och det här företaget så är det självklart helt kommersiellt. Finns det ett samband så blir det kommersiellt i den delen.

Deltagare: Det är intressant just det här du pekar på att det glider gärna mot det kommersiella hållet till slut. Jag hörde att IBM har gjort en jättesatsning på Linux nu, man har investerat miljarder och åter miljarder för att göra produkter som stödjer Linux. Det kommer att få kommersiell betydelse.

Deltagare: Att se IT som ett verktyg - den metaforen håller ett gott stycke, men det är mer än så för det är också som några har sagt en ekologi, det skapar ett nytt ekosystem för näringskedjor och annat. Man har beskrivit det som mindscapes, att folks attityder ändras till hur de tänker och agerar och förväntar sig, så det är en ganska komplex miljö man rör sig in i. Freeware är så att säga ett exempel på den här glidningen mot det kommersiella, ett exempel på att miljön för de här traditionella rättsreglerna med sin ganska klara distinktioner mellan köp, gods, kommersiellt och gåva, de håller inte riktigt fullt ut längre.

Deltagare: Det här kompliceras väl något av det faktum att man ofta försöker konstruera de här avtalsuppläggen så att freewaren distribueras på en CD, som du får installera med freeware licens villkor eller säljaren kan i manualen ha pekat på en websida där du skulle ha tankat ner programvaran från någon annan än säljaren.

LO: Det var ett avgörande i allmänna reklamationsnämnden som rörde just en sådan skiva. Den hade förstört konsumentens hårddisk och där

fann man att det rörde sig om en tjänst, i och med att det här med internet och det faktum att det kom på en CD-skiva, det ändrade inte den omständigheten. Det rörde sig alltså inte om ett köp, men däremot så finns ju de här reglerna om produktansvar i konsumentköplagen och då gjorde man ett analogislut med de reglerna. Näringsidkaren ansågs alltså ha det ansvaret, för denna skiva.

Deltagare: Det skulle alltså vara rena produktansvarsskador då, så att säga.

Deltagare: Det är väl inte fråga om freeware om man tar och köper en dator och får man en cd-skiva med en massa olika program till. Det är ju en del av ett koncept för att kunna använda den här datorn på bästa sätt.

Deltagare: När det gäller nätet idag, det som finns på nätet, det skall vara gratis. Folk vill att det som finns där ute skall vara gratis, det är inget snack om annat. Det är näst intill hopplöst att marknadsföra grejer och sälja saker och ting på nätet, eftersom det skall vara gratis. Jag tror att man skall ha det i åtanke också om man skall börja pilla i den här regleringen.

Deltagare: Jag tror att man till viss del skall ge branschen och kvalitetskontroller en redig chans lösa det här och se vad kan vi göra, för vi vill ju alla egentligen ha en seriös stämpel på branschen. Sen kan man hantera undantagen och inte hantera den stora massan. Viktiga saker är att ta hand om de som inte sköter sig och försöka guida de som försöker sköta sig.

2. Adekvat avtalstyp och behovet av lagstiftning

Deltagare: Du började hela presentationen med att hänvisa till överlåtelse av vara och sedan hamnade vi på olika vägar fram i gåva och vi resonerade köplagen och så vidare. För mig, det lilla jag har sett av freeware, både professionellt och även privat, det är ju att du nästan alltid är tvungen att gå med på någon sorts villkor. I dessa fall flyttar man över på någon annan rättsligt område, t.ex. hyra eller immaterialrättslig licensupplåtelse? Då är min fråga helt enkelt, är vi inne på något annat rättsområde än det vi diskuterar här då?

LO: Enligt min uppfattning så rör det sig om just köp eller gåva av lös egendom. Även om det är begränsningar i möjligheten att nyttja det, så spelar det ingen roll eftersom det rör sig om en vara enligt köplagens mening som övergår på motparten men den skall icke lämnas tillbaka. Det finns begränsningar men det finns det ju vid många andra produkter också. Man får inte göra vad som helst med böcker, med skivor, man kan kanske inte lägga ut dem på nätet och fritt förfoga över dem genom att låta andra ta del av dem. Det finns begränsningar också där, även om vi inte är alldeles klara över reglerna.

Deltagare: Du menar alltså att man i princip köper ett exemplar genom att man ladda ner det och att det därför faller in under det som vi bestämmer oss för? Jag bara försöker se det rättsliga sammanhanget.

LO: Jo, köplagen är inte direkt tillämplig när det rör sig om gåva. Då kan man ställa sig frågan varför tar jag överhuvudtaget upp köplagen, när den nu inte är direkt tillämplig. Det beror på att köplagen av gammal hävd har mycket stark ställning som källa för analogier. När det inte finns andra regler, så går man gärna till köplagen för att se hur har man löst den typen av situationer där. Det är också viktigt att köplagen som regel är möjlig att avtala bort.

Deltagare: Om man nu binds upp mot någon form av abonnemang eller om man får det här gratis och får motprestera något annat, då är det väl inte fritt utan då är det ju någon form av köp helt enkelt. Köplagen gäller ju även när vederlaget är t.ex. tjänster. Är inte det här typiskt ett sådant område där man kan få någon form av freeware eller shareware, just för att man vid användningen presterar något som är till ekonomisk fördel för den som släpper ut det här. Det skulle vara ganska smakfullt om någon seriös aktör hade släppt ut en freeware och när den används så sabbas hela mottagarens burk och man måste installera om allting och det kostar en massa pengar. Det låter ju inte som om det är alldeles uteslutet att man skulle kunna hamna i ett resonemang där man använder köplagen. Lös egendom omfattar ju tveklöst även sådana här typer av objekt.

Deltagare: Jag bara undrar. Jag har en klient för tillfället som håller på att bygga sitt system på diverse olika freeware och jag känner att det för det första känns rätt otäckt, för man vet inte ens vad allt är, det är bland annat Linux men även mycket annat. En sak som vi har funderat på är det här med licenser, även för Linux, de här GNU-licenserna. Vid ett köp kan man ju inte ta tillbaka produkten, men med en licens skulle man kunna säga att tyvärr men vi har ändrat oss. Vi vill inte licensiera det här gratis längre.

Deltagare: Den knepiga frågan är ju att det här är väldigt levande produkter, så att du kan få åtminstone två olika situationer. Den ena är dina rättigheter att vidareutveckla det du har och där klarar man inte riktigt det, gåvan är fullbordad. Vad är det då den licensen avser? Avser den även en möjlighet att få vidareutveckla på egen hand? Kan man kapa licensen helt och hållet per ett visst datum?

Deltagare: Om man tar GNU som exempel som varit uppe tidigare idag, så är det ju så att man förbinder sig att göra sin egen utveckling tillgänglig. Det ser man i väldigt många av de här open-source licenserna som finns, man gör sin egen prestation tillgänglig.

Deltagare: Jag ser utnyttjandet av freeware som en upplåtelse under någons upphovsrätt. Du köper inte ett exemplar utan du får en rätt att utnyttja någonting. I det fallet får du kanske dra analogier till vad som gäller för t.ex. lån eller hyra, det vill säga att det är ett annat område inom juridiken vi skall titta på och där är väl bestämmelserna väsentligen annorlunda.

Deltagare: Är det verkligen så att både regleringen för avtalslicenser och köplagen blir tillämplig samtidigt?

LO: Utredningen kom fram till att det som regel rör sig om köp av lös egendom.

Deltagare: Men var förutsättningarna uppsatta så att det är fråga om licensiering hela tiden och att man får klicka för att acceptera: du får inte någon cd-skiva hem, du får ingen fysisk sak, du får bara en avtalslicens att använda. Och med de villkor det är knutet till, skall den avtalslicensen prövas mot bakgrund av köplagen.

LO: Nyttjanderättssynen framfördes av en av experterna i utredningen. Trots det blev det den skrivning som det blev. För egen del så kan jag i och för sig se argument tala för en nyttjanderättssyn men jag kan ändå inte se att man skall lämna tillbaka egendomen efter det att man använt den, att nyttjanderätten är tidsbestämd eller gäller tills vidare. Utan det är ju bara det att man då inte får fortsätta möjligheten att utnyttja den till fullo utan att betala, till exempel får man inte tillgång till uppdateringar och dylikt. Det skulle jag se som verkan av det fall som du nämnde. För mig känns det här ändå som den mest naturliga lösningen, även om jag kan se att detta är ett problem. Enbart den här frågan skulle då vara en viktig sak för en utredning. Att se det som ett lån, ett lån i form av hyra, då skall man som sagt återställa och då finns det ju också en vårdplikt, man är skyldig att bevara den egendom som man har fått och inte förstöra den. Några sådana villkor finns det ju inte i de här licensvillkoren utan där finns ju tvärtom möjligheter att vidareutveckla det program/denna freeware som man har fått. Det tycker jag skulle tala för att det främst rör sig om ett köp eller att det närmast är köpet som vi kan jämföra med.

Deltagare: När du formulerar dig så här så associerar jag till möjligheterna för juristen att lägga helt olika modeller ovanpå samma verklighet. Låt oss säga att vi skickar en stränga med ettor och nollor för betalningar. Om vi kallar det för kontanter och e-pengar så är det helt plötsligt ett helt annat regelverk, jämfört med om man istället vill kalla det konton osv. Jag ser det här på samma sätt. Jag tror inte att utredningen kan sätta sig ned och säga att ja det här skall ses så här, utan utredningen måste först bena ut vilka förutsättningar som den som tillhandahåller den här typen av mjukvaror har satt upp när han tillhandahåller det. Är det verkligen så att men ovanpå upphovsrättslagens regler om licensiering dessutom lägger ovanpå köplagens regler och felsystem?

Deltagare: Man får skilja på de enkla licenserna som väl närmast är aktuella här. Jag är en bland många nyttjanderättshavare, ingenting mer. Det är alltså en begränsad nyttjanderättsupplåtelse, upphovsrätten är kvar hos den licensgivaren eller rättighetsgivaren. Det som motiverar att föra in det bland köprättens kategorier, det är ju vid totalöverlåtelse av samtliga rättigheter, då hela paketet övergår. Då får det anses att det är motiverat att föra in det under köplagens lös egendom. Men det är inte situationen här. I norsk domstol tvingades man konstatera att det är en slags hybridsituation. Man får försöka resonera ihop med rättsläget hämtade från olika fält, rättsordningen är ganska flexibel och man tillåter sådana hybridkonstruktioner. Vad det här resonemanget mynnar ut i är

att den här *de lege ferenda* diskussionen viktig, därför att det är ett väsentligt institut i branschen. Då är det ju inte bra med total rättsosäkerhet. När till exempel den som har gjort en utveckling överväger att släppa ut det som freeware för att få synpunkter och erfarenheter tillbaka, kan riskera att det blir en situation där någon aggressiv användare tycker att det här har ställt till ett helsike för oss och det här är i själva verket ett köp vore det ju hemskt upprörande för den stackare som råkar ut för sådant ersättningsanspråk. Så det finns definitivt, som jag tolkar diskussionen, ett behov att städa i de här tankekategorierna, både vad gäller gällande rätt, *de lege lata*, och när det gäller vart man egentligen strävar.

Deltagare: Precis. För mig känns det också naturligt att tänka i immaterialrättsliga banor, men om man försöker tänka den hybridsituationen och förstå hur man applicerar köp. Då tycker jag att det är just en viktig skillnad mellan programvaror och den klassiska immaterialrättsliga prestationen böcker. Skillnaden är att en programvara är så otroligt lätt att kopiera, själva framställningen är så billig så att på sätt och vis skulle man då kunna jämföra det med ett levande föremål som man kan kopiera utan andra kostnader.

LO: Jag tror också att det är väldigt viktigt att man håller isär vad de olika regelsystemen egentligen går ut på, vilka behov de är avsedda att tillgodose. Det immaterialrättsliga systemet reglerar när det är fråga om just rätten till denna egendom, hur den kan överlåtas och vilka möjligheter som finns för det. Köplagen däremot gäller förhållandet mellan parterna. Här kan det bli fråga om vilken rättighet som helst, bland de viktigaste frågorna är just om varan har levererats för sent eller inte alls, om det är fel i varan eller om det föreligger dröjsmål med betalning. Detta är ju de klassiska frågeställningarna inom obligationsrätten. Det är viktigt att komma ihåg att de här regelsystemen reglerar olika saker.

Deltagare: Vad man alltså är inne på är det som man i juridiskt finspråk kallar *naturale negotii*, att försöka se avtalstypen enligt dess egna förutsättningar. Vilka är freewares egna förutsättningar. Detta påminner lite om andra situationer, ta till exempel när down loading började bli möjligt och populärt för sådär femton till tjugo år sedan. Då var det också en fråga om man skulle ha rätt att down loada och hur man fick använda det down loadade och allt möjligt sådant där. Det löste man både genom lagstiftning och genom riktlinjer som industrin själv har utarbetat. Just SIDI kom ganska tidigt, alltså en sådan här branschorganisation för stora databastillhandahållare, med mycket detaljerade normer. Men man har också fått dem att titta på down loading i en del lagreglering som finns i upphovsrättslagen numera, man får inte göra digitala kopior av digitala förlagor med vissa undantag. Frågan är här om begreppet freeware är så centralt likartat med detta down loading begreppet, att det, för att uppmuntra och knuffa på likartade utvecklingar, vore bra med industristandarder för vad freeware är och hur det bör utnyttjas som koncept i branschen. Sedan fyller man på med lagstiftning där det finns anledning t.ex. där det är speciellt känsligt eller svårt att komma fram på andra vägar. Jag vet själv inte riktigt hur man skall uppfatta fenomenet.

Deltagare: Men där är det väl två olika områden. Om man tar just Linux, finns det väl ett företag som heter RedHat till exempel som tillhandahåller tjänster kring en viss produkt, Linux, som de egentligen inte äger några som helst rättigheter till. Alla som har bidragit till det har ju givit upp sina upphovsrättsliga krav. Så då blir det snarare fråga om fel i tjänst, jag köper en tjänst av RedHat, de lovar att inom två timmar så kan de ge assistans om mitt Linuxsystem går ner och sedan gör de inte det. Då får jag ett krav, fel i tjänst eller dröjsmål. Men då är ju tjänsten frikopplad från freeware.

Deltagare: Problemet blir väl också att i och med att utvecklingen går så snabbt så trycker man in det någonstans där det passar ganska bra precis som man gjorde i början med dataprogram när man tryckte in det i upphovsrätten. Det var inte för att det passade så fruktansvärt bra in i upphovsrätten, det var ju för att de ville ha ett skydd här och idag. Ibland passar det bara inte in exakt någonstans med de reglerna man har idag och då blir det kanske inte alltid smärtfritt.

Deltagare: Skall man tolka det så då att det vore ingen lämplig strategi att försöka renodla gåvobegreppet, att det här kan bara förekomma i rent altruistiska sammanhang? Så fort man har ett snitt av kommersialitet på det hela, då är det något annat.

Deltagare: IT kan ses som ett verktyg bredvid en massa annat och egentligen så är inte IT ett självändamål i sig. Då blir ju slutsatsen av det du säger att allt bör kunna inordnas under all redan befintlig lagstiftning. Vi kanske ställs inför någonting som är lite grann problemet med att ha ordet IT, vilket för många står för någonting svårt och förmodligen inte riktigt kan tolka. Det viktiga är kanske att vi får de här tolkarna som kan hänföra det till gåva, köp, lån, hyra eller vad det nu är snarare än att hitta på någon ny lagstiftning.

3. Kommersiella gåvor och lagstiftningsbehovet

Deltagare: Jag har suttit och tänkt. Problemet är väl om jag, som mottagare av denna gåva får antingen lägga ner oerhört lång tid för att överhuvudtaget kunna använda den eller att det på något vis förstör min dator och mina datorprogram, skall stå för det här själv eller om jag ska ha någon möjlighet att gå på den som har skänkt den. Då blir frågan: kommersiella gåvor, är det verkligen gåvor? Ges de inte med baktanken eller viljan att jag ska göra någonting?

LO: Jag diskuterade kommersiella gåvor mer allmänt i en uppsats. Ett exempel är hur man skall se förvärvet av en telefon som man betalat en krona för nominellt. Skall man vid tillämpning av köplagen se enbart denna krona som priset eller skall man också lägga till det som man betalar för abonnemang till någon annan. Det här är överhuvudtaget svårt och jag tycker nästan att det är de kommersiella gåvorna som helhet som egentligen behöver diskuteras.

Deltagare: Kan man dra en parallell också till fysiska värden, till exempel köp av en skjorta och med en slips på köpet? Då skulle man aldrig acceptera att slipsen är oanvändbar eller att den är trasig eller

något sådant, utan man förväntar sig att också slipsen skall vara i ett acceptabelt skick.

Deltagare: Jag har överhuvudtaget lite svårt att tro att kommersiella gåvor är gåvor, både när det gäller det här med gåvoavsikten, att det bara är av ren vänlighet som kommersiella näringsidkare lämnar ut någonting, och sedan det här samtycket från mottagaren. Från konsumentens sida som jag representerar måste krävas mycket information så att man vet vad man kan förvänta sig.

Deltagare: Vad är skillnaden mellan kommersiell gåva och reklam då? Om jag får en alldeles utomordentlig trevlig bläckpenna från ett företag som säljer papper och jag skriver med den där pennan och får bläck över hela min vita kjol.

LO: Enligt produktansvarslagen rör det sig ju otvivelaktigt om en produkt och en sakskada så ansvar bör vara möjligt.

Deltagare: Men skulle man då inte kunna dela upp det i den där äkta gåvan och reklam och sedan säger man att kommersiell gåva är reklam. Det är därför som jag tror att jag har svårt att se kommersiell gåva som en gåva, för jag tänker i termen reklam, marknadsföring. Köper du ett kilo papper så får du en penna på köpet. Då tänker jag i termen marknadsföring och att man måste ange värdet och begränsningar.

Deltagare: Bör kommersiella gåvor bedömas på annat sätt än gåvor i allmänhet, dvs den generella problematiken. Jag vet inte om du själv har någon kommentar vidare men det har sagts att kommersiell gåva är en oxymoron, det vill säga att det är något som inte går ihop helt enkelt. Jag vet inte om du Lena är beredd att komma till en likartad slutsats, att kommersiella gåvor egentligen inte borde existera. Utan det är bara de här som du kallar altruistiska gåvor.

LO: Samtidigt så gör du ju *de facto* det, i marknadsföring och de budskap som mottagarna får, så existerar de. Då tycker jag ändå att det finns anledning att diskutera fenomenet och det finns också anledning att se den argumentation som förs. Det måste ju rimligtvis vara någonting som man vill sälja med det och det kan ju vara så att man faktiskt går ganska långt så att det inte är mycket som mottagaren faktiskt betalar. I det läget behövs ett enhetligt begrepp för den här typen av förmögenhetsöverföringar där det finns någon form av nedsatt pris och det kan till och med vara så att det faktiskt är helt gratis i ett visst fall. Men frågan om gåvan skett i ett kommersiellt sammanhang egentligen är det intressant och att det kan vara ett för mottagaren fördelaktigt erbjudande. Man behöver fundera över de civilrättsliga, i snäv mening, konsekvenserna, hur det slår, vad det betyder, vad det medför för mottagarna.

4. Tänkbar ansvarsnivå

Deltagare: Köplagen tycker jag är ett intressant mönster för ett resonemang och jag tycker att den mycket väl ligger nära till hands för vår diskussion här, om på vilken nivå man överhuvudtaget skall lägga sig

på. Annars rör det sig ju om ond tro eller svek, dvs. i princip inget ansvar alls. Med tanke på de problem och risker som ändå uppstår för mottagaren, att det ändå är önskvärt och kanske också nödvändigt med en översyn av problemen och med en eventuell lagstiftning där man uttryckligen anknyter till köplagen. Fördelen med ett sådant ansvar är allmänt sett att det kan ge en grundtrygghet för mottagarna och i och med det så bidrar det till att öka förtroendet för nätet, öka möjligheterna för människor att också lära sig mera och bidra till utvecklingen av nätet.

Deltagare: Jag kan tänka mig ett lågt ansvar som det här som du pratade om befintligt skick. Jag vet inte om exakt det är det lämpligaste men då tror jag att företag kanske vågar använda det här på ett annat sätt än vad de gör. Om jag ser till min klient så är jag rätt fascinerad över att de faktiskt vågar använda freeware rakt av i sin produkt, som är deras enda produkt, och som hela deras företag bygger på. Skulle det finnas någon form, inte för strikt och för omständigt reglerat, av ansvar, åtminstone en låg tröskel, så tror jag att det uppmuntrar användningen av det faktiskt. Det kommer ju att främja konkurrensen givetvis, gentemot andra program

LO: Mina tankegångar har ju rört köplagens system, vilket jag ändå tycker har fördelar och ligger på en låg nivå. I köplagen finns också ett culpaansvar. Det bör vara ganska opraktiskt att använda i flertalet fall och skall man vara helt beroende av ett culpaansvar så skulle jag bedöma det som ganska meningslöst. Konsumenterna kommer aldrig att kunna styrka någon form av vårdslöshet. Jag tycker att det är en för låg nivå att gå på ond tro och svek och det är samma sak där, det är omöjligt att styrka. Det har i remissammanställningen från konsumenthåll föreslagits någon form av strikt ansvar men strikt fullt ansvar tycker jag personligen skulle vara att gå för långt. Det skulle inte vara bra för den utveckling, den dynamik som finns på området. Åtminstone inte i det här skedet i alla fall. Enligt konsumentköplagen är ju samtliga felregler tvingande, medan vi har den här miniminivån i 19§ köplagen. Min uppfattning är att den ger grund för den bästa lösningen.

5. Lagstiftningen som kunskapsprocess

Deltagare: Vi har ett problem. Vi talar om hardware och software, men jag har någonting annat som kallas "know-ware". Det är det största problemet, att veta hur och vad man skall göra. Det är egentligen kunskapsproblem alltihop det här. Vi behöver inga lagar om vi besatt all kunskap. Då skulle inte alla de här felen begås.

LO: Jag ser också ett lagstiftningsarbete som just en kunskapsprocess. Lagstiftningsarbetet inom EU, som har varit mycket intensivt på det här området de senaste tio åren, är ett tecken på att man helt enkelt måste jobba igenom det här. Man måste se problemen och man måste försöka hitta lösningar som skulle kunna vara användbara och som kanske skulle kunna hålla. Sedan kan man ändra. Men att överhuvudtaget få en kunskap om var vi är, rita upp en karta hur ser det ut, vart vi vill gå, är en förutsättning för att andelen riskbenägna personer som använder freeware skall öka i antal. Det är ju så man överhuvudtaget arbetat inom

EU på det här området. Man har velat öka förtroendet hos medborgarna för IT-sektorn. Jag ser det som en kunskapsprocess och ett behov av en kunskapsprocess.

Deltagare: Jag håller med dig att det är en stor och lång kunskapsprocess och frågan är vad som kommer först. Kommer lagstiftningen före kunskapen så att man har någonting att hålla sig i eller hur länge skall man vänta innan man slår till. Jag tror att man skall invänta de praktiska problemen.

Deltagare: Det här illustrerar ju rätt väl att när vi kommer ut på IT-området så hittar vi någon liten detalj som vi älskar att prata om och så gräver vi i den fast det är annat som är viktigare. Jag tycker att den här diskussionen om gåva, den kan inte på samma dag ens mäta sig med frågan om vara/tjänst. Det är många centrala författningar där du blir beroende av om det är lösöre, i betydelsen fysiska föremål som bara innefattas eller annat, och i vilken mån du, om det nu inte direkt innefattas, kan analogt tillämpa det här regelverket. Den typen av centrala frågor den tror jag inte att lagstiftaren kommer att ta upp. För det tar man inte politiska poäng och man kan inte säga ordet konsument. Men jämför man vilket värde det skulle ha för rättsordningen om den här typen av frågor blir lösta jämfört med den här lilla frågan om den här lilla snutten av programfilen du hittar på nätet och klickar på och får hem. Jag skulle tycka att det vore en av slutsatserna från det här mötet att det här bara illustrerar vikten av att ta itu med grundbegreppen på mer centrala områden, för om man gör det så kommer man även att få svar på många av de frågor som du ställer här.

Deltagare: Man kan beskriva IT på många sätt och jag har gjort det i många sammanhang. Just den här aspekten som du tar upp, brukar jag kalla för IT som katalysator. Det är ofta en liten fråga, men den triggar en väldigt stor rättslig diskussion. Det är intressant att använda det också strategiskt för att förbättra rättsordningen.

Del 3

Slutsatser

Diskussionen om freeware visar att det åtminstone bland deltagarna fanns lite stöd för särskild lagstiftning även om det också framhölls att lagstiftning kan vara positivt för kunskapsprocessen som sådan, för att hålla rent i branschen och som ett stöd för seriösa näringsidkare. För egen del anser jag också att det knappast finns någon påtaglig anledning idag att särreglera freeware.

Diskussionen visar vidare att begreppet ”kommersiella gåvor” inte trängt igenom. Det sammanfattar dock enligt min mening ett samhällsproblem som får allvarigare konsekvenser på IT-området på grund av vikten av ett allmänt förtroende för aktörerna på nätet.

Materialet visar dock att de kommersiella gåvorna i huvudsak är lagreglerade vad gäller kraven på den information som skall ges, åtminstone vad gäller konsumenter. Ytterligare problem kan komma att visa sig och reglerna måste också användas av konsumentföreträdare för att bidra till större klarhet om nuvarande reglers möjligheter och begränsningar.

Däremot visar materialet att de civilrättsliga motsvarigheterna till de marknadsrättsliga respektive näringsrättsliga informationsreglerna inte alls är beaktade när det gäller kommersiella gåvor av olika slag. Även här kan visserligen lagstiftningen ha större potential än vad jag fruktar. Problemet är dock att här finns ingen given konsumentorganisation som kan bidra till klargörandet av regelverket. Risken blir därför att människor under tiden tiger och lider samt att förtroendet för IT hålls tillbaka. Detta kan knappast vara lämpligt mot bakgrund av att EU har sett lagstiftning inom IT-området som ett led i processen att stärka människors förtroende för nätets möjligheter och pålitlighet. Det blir klarare för alla om ansvarsfrågorna är lösta i lagstiftningen.

När det gäller tänkbar ansvarsnivå ställer sig flera deltagare i diskussionen positiva till förslaget i del 1 och det faktum att förslaget bara gäller näringsidkar-konsumentförhållanden kan knappast innebära ett avgörande hinder för utvecklingen på IT-området. Vikten av ett allmänt förtroende för aktörerna på nätet måste då väga över. Ett sådant lagstiftningsförfarande kan vidare ses som ännu ett led i uppbyggandet av ett ”know-ware” på IT-området. Flera frågor måste ju då lösas juridiskt eftersom man måste ta ställning till såväl förhållandet mellan olika regelgrupper som i vad mån köplagen bör vara tillämplig på förvärv utan vederlag. Konsumentköplagen är också en viktig pusselbit. En sådan lagstiftning skulle även vara betydelsefull för ett klargörande av förhållandet mellan immaterialrätt och kontraktsrätt.

Utanför området för de kommersiella gåvorna faller de rent altruistiska gåvorna. Dessa kan ibland vara reglerade genom GNU-GPL-licenser, och den klassiska ansvarsgrunden vad gäller gåva förefaller här rimlig. Även

här kan det dock finnas ett behov av tydlig information vad det faktiskt är fråga om, t.ex. att produkten är under utveckling och att något ansvar inte kan bäras av avsändaren. Detta behov tillgodoses inte av lagstiftningen idag. Det är dock för tidigt att säga att detta utgör ett problem idag.

Vad gäller tillämplig avtalstyp framgår det av diskussionen att rättsläget är mycket förvirrat. Det är till en början viktigt att hålla isär de rättsliga problem som behandlas inom obligationsrätt respektive immaterialrätt. Vidare var diskussionen livlig i vad mån freeware i form av licensavtal närmast kan ses som en nyttjanderätt eller om det snarare rör sig om en överlåtelse. Det framstod som uppenbart att de strukturella problemen på intet sett kan betraktas som lösta. Ett närbesläktat problem är i vad mån köplagen kan användas som rättskälla även om man inte skulle anse att köplagen är direkt tillämplig.