

Programvarulicensiering – en vägledning om licensavtal





Innehåll

1. Inledning.....	4
2. Upphovsrätt och datorprogram	6
3. Licensavtalet	11
4. Underhåll- och supportavtal	35
5. Öppen källkod	39
6. Källkodsdeponering.....	42
7. Licensförvaltning	45
8. Revision	46
9. Avtalens form och allmänna standardvillkor.....	48



1. Inledning

1.1 Bakgrund och syfte

Datorprogram och licensiering av programvara har en central roll i digitalisering av offentlig sektor. Myndigheter realiserar idag stora delar av sin it-miljö genom it-drift av olika datorprogramvaror. Stora upphandlingar, avrop och inköp görs årligen av olika typer av applikationer och datorprogramvaror för att tillgodose myndigheternas behov. Inköpen regleras i olika typer av licensavtal, många gånger utifrån leverantörens standardavtalsvillkor.

eSam har inom ramen för sitt it-avtalsarbete identifierat behovet av kunskap och vägledning på licensavtalsområdet. Diskussioner har förts om att ta fram ett avtalsvillkor för programvarulicensiering, såsom genomförts för it-konsulter-, it-drift- och it-supporttjänster¹. Mot bakgrund av den stora variationsrikedomen när det gäller licensmodeller, upplåtelseformer och kommersiella modeller har eSam istället valt att ta fram en vägledning för programvarulicensiering.

Syftet med denna vägledning är att belysa relevanta frågor kring programvarulicensiering. I första hand fokuserar vägledningen på licensavtalets nyckelregleringar men vägledningen behandlar också viktiga kringliggande frågor som underhåll, support, källkodsdeponering och licensrevision. Ambitionen är att öka kunskapsnivån på området och särskilt belysa frågor som är relevanta för offentlig förvaltning vid upphandling av programvarulicenser.

1.2 Målgrupp

Vägledningen är skriven för läsare som vill öka sin förståelse och insikt på området programvarulicensiering. Vi fokuserar på licensieringsfrågor som är relevanta för offentlig förvaltning och utgår från de förhållanden som normalt råder för en myndighet då en programvarulicens ska upphandlas. Vägledningen kan därför vara av intresse för verkssjurister, upphandlare, it-chefer, och personer som arbetar med licensförvaltning. Vägledningen kan i viss omfattning vara intressant även för privat sektor och då särskilt i roller där man arbetar mot offentlig förvaltning.

¹ <https://www.esamverka.se/stod-och-vagledning.html>



1.3 Omfattning och avgränsning

I centrum för vägledningen står licensavtalet, dess huvudsakliga regleringar och eventuella fallgropar där vägledningen tar utgångspunkt i att myndigheten agerar som licenstagare och upphandlar en programvarulicens. Vissa närliggande områden så som exempelvis källkodsdeponering, licensförvaltning och underhålls- och supportavtal för datorprogram behandlas i särskilda avsnitt. Det bör också noteras att vägledningen fokuserar på proprietär programvara, vilken kännetecknas av att rättighetshavaren, i detta fall licensgivaren, använder sin ensamrätt för att begränsa licenstagarens rätt att nyttja programvaran.² Vad gäller programvara baserad på öppen källkod (Open Source) behandlas detta mer övergripande i vägledningens avsnitt 5 nedan. Begreppen proprietär programvara och öppen källkod kan sägas utgöra motsatser till varandra, och läsaren bör vara medveten om att vad som sägs i denna vägledning avseende proprietär programvara många gånger inte är tillämpligt på öppen källkod.³

Som tidigare nämnts finns en stor variation vad gäller licensavtal och att uttömmande beskriva samtliga varianter, bestämmelser och regleringar är inte möjligt i denna vägledning. Syftet har snarare varit att skapa ett underlag som är praktiskt tillämpbart och användarvänligt. För att underlätta för praktikern, som ska granska eller upprätta licensavtalsbestämmelser, innehåller vägledningen rutor med frågor som har karaktären av en checklista. Det ska dock noteras att dessa frågor inte är uttömmande utan myndigheten bör givetvis vara vaksam på andra risker som kan förekomma.

Rättsliga områden som inte behandlas i vägledningen är, bland annat, det upphandlings- och konkurrensrättsliga regelverket. Avtalsstrukturer med ramavtal och avropsavtal behandlas inte heller. Vägledningen innehåller ett inledande och övergripande avsnitt om upphovsrätt där de centrala regleringarna för licensiering av datorprogram behandlas. Vägledningen behandlar inte hela det upphovsrättsliga regelverket, istället har ett urval gjorts och endast de för vägledningen mest relevanta bestämmelserna redovisats. I det avslutande avsnittet finns hänvisningar till standardavtal på licensavtalsområdet som kan användas som referensmaterial i avtalsarbetet, oavsett avtalsstruktur, för vidare vägledning.

För den läsare som önskar en mer översiktlig genomgång över området programvarulicensiering finns det ett avsnitt om programvarulicensiering i eSams It-avtal – en vägledning om it-tjänsternas avtal⁴ (utgiven april 2020). Innehållet i denna vägledning ska inte uppfattas som råd i det enskilda fallet utan som en orientering inom

² Arrhed, Lars, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, Uppgåva 1:1, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016. s.193.

³ Se Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s. 193.

⁴ eSam, <https://www.esamverka.se/download/18.1d126bc174ad1e6c39c4e0/1588230902739/V%C3%A4gledning%20it-avtal%20200414%20.pdf>, [2021-05-12].



programvarulicensområdet som syftar till att skapa större förståelse för licensavtalets möjligheter och risker.

1.4 Medverkande

Arbetet med att ta fram denna uppdaterade vägledning har genomförts av eSams juridiska expertgrupp. Ledamöter i expertgruppen är Johan Bålman, ordförande, Charlotta Aggevall, Malgorzata Drewniak, Elin Hallström, Tina Hård, Erik Janzon, Gustaf Johnssén, Jan Sjösten, Nina Stierna, Ann Svensson, Gunnar Svensson, Christina Wikström och Jens Västberg. Adjungerade ledamöter i expertgruppen är Eva Maria Broberg Lennartsson, Linn Kempe och Maria Sertcanli. Adjungerade ledamöter står inte formellt bakom ställningstaganden i vägledningen. I arbetet har en referensgrupp med särskilt kompetens inom området deltagit.

2. Upphovsrätt och datorprogram

2.1 Historik

Diskussioner kring det immaterialrättsliga skyddet för programvara har förts sedan 1950-talet. Från början var det patentskyddet som stod i fokus och förespråkare för patentskydd menade att datorprogram kunde utgöra ett nytt tillvägagångssätt för att definiera och fysiskt utföra maskinella funktioner. Andra ansåg att datorprogram var intellektuella förfaranden som skulle falla in under upphovsrätten.⁵ På 1980-talet rådde det en samsyn i EU om att upphovsrätten var den lämpligaste skyddsformen för programvaran och detta kom senare att resultera i direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram, idag direktiv 2009/24/EG om rättsligt skydd för datorprogram i kodifierad version. Genom antagandet av direktivet kunde EU uppnå ett enhetligt upphovsrättsligt skydd för datorprogram.⁶ Sverige införlivade en reglering om datorprogram år 1989 och när datorprogramdirektivet antogs medföljde ett flertal ändringar i den svenska lagstiftningen.⁷ Utvecklingen i EU har medfört att det upphovsrättsliga regelverket har förändrats de senaste åren och det kan konstateras att EU:s praxis och doktrin har haft en inverkan på den svenska upphovsrätten.⁸

2.2 Programvarans skydd

Datorprogram omfattas av upphovsrätt enligt 1 § 2 p. upphovsrättslagen ("URL") och utgör ett litterärt verk (förutsatt att övriga förutsättningar i paragrafen är uppfyllda).

⁵ Wolk Sanna, Datorprogramalster och upphovsrätten, Upplaga 1:1, Uppsala, iUSTUS förlag, s. 19.

⁶ Wolk, Datorprogramalster och upphovsrätten, s. 22–23.

⁷ Prop. 1988/89:85.

⁸ Wolk, Datorprogramalster och upphovsrätten, s. 34.



Begreppet datorprogram har vidgats och omfattar också datorprogrammets förberedande designmaterial (1 § tredje stycket URL).

Begreppet datorprogram är inte definierat i URL utan det ska tolkas och anpassas efter den tekniska utvecklingen för att undvika att det föråldras. Begreppet definierades 1978 i WIPO:s modellag om skydd för datorprogram på följande sätt.

”A ‘computer program’ means a set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result.”⁹

Definitionen är endast en beskrivning, och inte en legal definition, men har använts av EU-domstolen vid tillämpning av lagstiftningen. Tekniken har därmed beaktas när man har bedömt innehållet i begreppet datorprogram.¹⁰

2.3 Tolkning av upphovsrättsavtal

Inom avtalsrätten föreligger olika tolkningsprinciper. I URL finns det inga särskilda tolkningsregler men upphovsrättsliga tolkningsprinciper finns i praxis och doktrin. Dessa principer kallas för specialitetsgrundsatsen och specifikationsprincipen.

Specialitetsgrundsatsen innebär att förvärvaren endast har rätt till den förfoganderätt som uttryckligen framgår av avtalet. Specifikationsprincipen innebär en restriktiv tillämpning av omfattande och otydliga avtal till upphovsmannens förmån. Tanken bakom principerna är att upplåtelser och överlåtelser ska vara tydligt reglerade vilket medför en presumtion mot omfattande förvärv av nyttjanderättigheter.¹¹ Det kan därmed konstateras att det är viktigt att myndigheten kontrollerar förvärvets omfattning vid tecknande av programvarulicensavtal då innebörden av principerna är att avtalet tydligt måste reglera vilken programvara som myndigheten förvärvar en nyttjanderätt till och på vilket sätt programvaran kan nyttjas. Eventuella otydligheter i avtalet kommer att tolkas till licensgivarens fördel.

Principerna har förekommit i ett flertal domar från tingsrätter och hovrätter. Hovrätten har bland annat beskrivit principerna i ett mål om en symbol, “En svensk tiger” där domstolen uttryckte följande.

“... utgångspunkten vid tolkning av vad som avtalats är att de delar av upphovsrätten som inte har överlåtits eller upplåtits enligt vad som framgår av avtalet, anses ha stannat kvar hos upphovsmannen. Härutöver skall oklara upphovsrättsöverlåtelser tolkas restriktivt och till upphovsmannens fördel. Vid tolkningen skall dock inte bortses från

⁹ https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/120/wipo_pub_120_1978_01.pdf, s. Section 1.

¹⁰ Wolk, Datorprogram och upphovsrätten, s. 39–41.

¹¹ SOU 2010:24, s. 93–94.



allmänna avtalsrättsliga principer och ytterst är avtalets typ och syfte avgörande för prövningen av rättighetsförvärvs innehåll och omfattning.”¹²

2.4 Begreppet datorprogram

Användargränssnitt, programmeringsspråk och filformat är programelement av ett datorprogram och enligt EU-domstolen är inte dessa datorprogram i datorprogramdirektivets mening. EU-domstolen har begränsat skyddet av datorprogram till den litterära gestaltningen av ett datorprogramskod. Skydd uppstår därmed för utformning och struktur av programmet i dess litterära form och får betraktas som relativt snävt. Det upphovsrättsliga skyddet gäller däremot även för bearbetningar av tidigare program. Skyddet omfattar inte programmets funktion utan endast uppbyggnad av källkoden. Skyddsobjektet inkluderar samtliga uttryck som medför att koden kan mångfaldigas i olika datorspråk, innebärande källkod och objektкод. Skydd medges för alla datorprogrammets former så som käll- eller objektкод men även systembeskrivningar, flödesscheman etc. Skyddet omfattar dock endast utformningen av programmet, dvs. dess faktiska uttryck, och inte dess idé.¹³

2.5 Förberedande designmaterial

Enligt 1 § tredje stycket URL skyddas även förberedande designmaterial som datorprogram. Skyddet ges som ett litterärt verk och betraktas som självständigt innebärande att det förberedande designmaterialet ska utgöra ett ”eget program”. Begreppet förberedande designmaterial definieras inte legalt men normalt sett omfattar förberedande designmaterial de alster som skapas på utvecklingsstadiet av ett program. Det som skapas efter att programmet är klart brukar inte räknas som förberedande designmaterial.¹⁴ Det förberedande designmaterialet kan yttra sig i olika material så som exempelvis matematiska beräkningar och tekniska beskrivningar.¹⁵ Det ska dock noteras att klassificering av förberedande designmaterial förutsätter att materialet ska kunna skrivas om till källkod eller objektкод och att programvara därmed kan uppstå ur underlaget.¹⁶

Det kan alltså konstateras att datorprogram och förberedande designmaterial skyddas som skilda verk men de har samma skyddsplattform. Detta innebär att skyddet blir detsamma, oavsett kategorisering.

¹² Svea hovrätt, 2007-05-02, mål T 9659-05.

¹³ Wolk, Datorprogramalster och upphovsrätten, s. 47-50.

¹⁴ Wolk, Sanna, Det upphovsrättsliga programskyddets gränser, NIR 3/2011, s. 298.

¹⁵ Lagkommentar till Upphovsrättslagen, 1 §, Anders Olin.

¹⁶ Wolk, Datorprogramalster och upphovsrätten, s. 54-55.



2.6 Källkod och objektкод

I sammanhanget kan nämnas att när man talar om koden till en programvara så avses antingen källkod eller objektкод. Dessa begrepp är inte definierade i URL och i Sverige har det noterats att sådana definitioner riskerar att föråldras i takt med teknisk utveckling.¹⁷ Med källkod avses instruktioner skrivna i ett programmeringsspråk. Det är i källkod som programmerare skriver och utvecklar datorprogrammet. Men källkoden kan inte direkt köras i en dator, utan måste först kompileras via ett annat program till objektкод som datorns processor kan läsa. Objektкод benämns därför också maskinkod.

År 1983 samlade regeringen en arbetsgrupp för att ta fram förslag på definition på begreppet källkod. Regeringen försökte bland annat skapa ett generellt och tidlöst begrepp och arbetet resulterade i följande.

”... utformningen av en serie av 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.”¹⁸

Objektkoden består endast av ettor och nollor och är därmed inte direkt läsbart för en människa. Programvaran tillhandahålls i form av objektкод som licenstagaren kan köra på sin dator och källkoden blir vanligen kvar hos licensgivaren utom räckhåll för licenstagaren. Det går att reversera kompilieringsprocessen men det är ett tidskrävande arbete med osäker utgång. Både källkod och objektкод omfattas av upphovsrätt enligt URL.

2.7 Datorprogram och lagstiftning

En licens till ett datorprogram medför en rätt att nyttja ett upphovsrättsligt skyddat verk. Hur dessa nyttjanderättigheter ser ut och utformas skiljer sig från fall till fall och kan normalt sett regleras fritt mellan parterna. Nedan följer en redogörelse för URL:s centrala regler avseende licensiering av programvara.

Som huvudregel gäller att parterna fritt kan avtala om förutsättningarna för att erhålla och nyttja en licens till datorprogram. Det finns dock några tvingande regleringar i URL som är värda att nämna som gäller oavsett vad parterna kommit överens om i licensavtalet. I 2 kap 26 g URL finns tvingande regleringar i andra, fjärde och femte stycket och bestämmelsen i 2 kap 26 h URL är tvingande i dess helhet. I 2 kap 26 g § andra stycket URL framkommer att den som har rätt att använda ett datorprogram har

¹⁷ SOU 1985:51 s. 86.

¹⁸ SOU 1985:51 s. 87.



rätt att använda datorprogrammet för att framställa säkerhetsexemplar om detta är nödvändigt för den avsedda användningen av programmet. I fjärde stycket anges att användaren även ska kunna undersöka och prova programmets funktion förutsatt att det sker inom ramen för de behandlingar av programmet som parten har rätt att utföra. Slutligen anger femte stycket att användaren får använda och förfoga över sammanställningar¹⁹ på det sätt som är nödvändigt för att hen ska kunna använda sammanställningen för dess avsedda ändamål.²⁰ Lagstiftningen är tvingande och ska gälla till förmån för den som har förvärvat en rätt att nyttja datorprogrammet. Upphovsmannen ska därigenom inte kunna förhindra att den som har en användarrätt kan nyttja datorprogrammet så som planerat. Licenstagare, köpare och uthyrare är exempel på personer som kan inneha en rätt att använda programvaran. Rättigheterna följer med vid eventuella vidareöverlåtelser av programmet.²¹

I 2 kap 26 h § URL stadgas att den som har rätt att använda programmet har en rätt att återge datorprogrammets kod eller översättning av kodens form för att få den information som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga mellan det licensierade programmet och annat program.²² Att översätta kodens form kallas även för dekompilering. Det finns inte en enhetlig standard för programvaror vilket resulterar i att datorprogram många gånger inte kan samverka eftersom gränssnitten inte är anpassade efter varandra. Ett alltför omfattande upphovsrättsligt skydd skulle kunna hindra teknisk och ekonomisk utveckling vilket har medfört att lagstiftaren har reglerat frågan. Licenstagarens rättigheter är dock inte obegränsade utan paragrafen innehåller ett flertal förbehåll. Återgivning av ett datorprogramms kod eller översättning av kodens form är endast tillåten om åtgärderna krävs för att få den information som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga mellan programmet och ett annat program. Åtgärderna måste utföras av en person som har rätt att använda programmet²³. Vidare ska informationen inte ha varit lätt åtkomlig för de personer som har rätt att använda programmet och dekompileringen får endast ske på de delar av programmet som kräver samverkansförmåga. Det sistnämnda medför exempelvis att en konkurrent till licensgivaren inte kan testa en programvara med syfte att skapa ett nytt datorprogram. Dekompilering av ett helt program får inte ske utan rättshavarens samtycke. Bestämmelsen i 2 kap 26 h URL innebär en begränsad rätt för licenstagaren att göra ingrepp i programvaran med ett flertal förbehåll. Ytterligare begränsningar för att använda informationen finns i 2 kap 26 h andra stycket. Informationen får inte användas för något som utgör intrång i upphovsrätten. Det är inte klarlagt huruvida rätten att

¹⁹ Med sammanställning avses digital sammanställningar/databaser, för att läsa mer om begreppet sammanställningar och dess innebörd se prop. 1996/97:111 s 33–38.

²⁰ URL 2 kap 26 g §.

²¹ Wolk, Datorprogramalster i upphovsrätten, s. 127.

²² URL 2 kap 26 h §.

²³ Alternativt någon som för hens räkning har fått rätt att utföra åtgärderna.



dekompilera även gäller i förhållande till hårdvara eller om den endast gäller för samverkan från ett datorprogram till ett annat.²⁴

Som ovan nämnts råder det som utgångspunkt avtalsfrihet. De fåtal tvingande regleringar som finns i URL har redogjorts för kort ovan. URL innehåller dock några få dispositiva bestämmelser som är värda att nämna i sammanhanget. I 2 kap 26 g § första stycket URL får den som har förvärvat en rätt att använda ett datorprogram framställa exemplar av programmet och göra ändringar i programmet som är nödvändiga för att hen ska kunna använda programmet för dess avsedda ändamål.²⁵ Bestämmelsen syftar till att tillse att förvärvaren kan använda programmet inom ramen för en normal användning. Bestämmelsen är dispositiv och det är vanligt att licensavtalet reglerar frågan om antal exemplar genom att begränsa programinstallationer och programanvändare.²⁶ I 2 kap 26 g § tredje stycket anges att exemplar som framställs med stöd av första stycket inte får utnyttjas för andra ändamål än de som anges och inte efter rätten att utnyttja programmet har upphört.

Det kan även nämnas att URL reglerar upphovsrätt till datorprogram som har skapats av arbetstagare. Om datorprogrammet har skapats som ett led i arbetstagarens arbetsuppgifter eller efter instruktion av en arbetsgivare, övergår upphovsrätten till arbetsgivaren, om inget annat har avtalats.²⁷ En programmerare som anställts för att utveckla ett datorprogram, överlåter alltså som utgångspunkt sin upphovsrätt till arbetsgivaren i takt med att programmeraren utför sina arbetsuppgifter. Detsamma gäller inte för anlitade uppdragstagare vilket innebär att det är viktigt för myndigheten att säkerställa att rättigheterna till programvaran regleras i avtalet mellan uppdragstagaren och myndigheten.

Ref. 000001

3. Licensavtalet

3.1 Allmänt om licensavtal

I ett licensavtal regleras under vilka förhållanden en innehavare av upphovsrätt till programvara – i avtalet ofta kallad licensgivare - upplåter rätten att använda och nyttja dennes programvara. Nyttjanderätt upplåtes genom en licens till en vanligen betalande part, en licenstagare.

Det förekommer dock att programvara tillhandahålls vederlagsfritt. ”Freeware” eller gratisprogram är något av en mer ideellt utvecklad licensform. Det är ett program som

²⁴ Wolk, Datorprogramalster i upphovsrätten, s. 135–138.

²⁵ URL, 2 kap 26 g § 1 st.

²⁶ Wolk, Datorprogramalster i upphovsrätten, s. 128–130.

²⁷ URL 40 a §.



får distribueras och kopieras fritt, utan kostnad, under obegränsad tid och obegränsat antal gånger. Upphovsrättshavaren kan dock kräva att dennes ideella rätt ska respekteras, vilket exempelvis kan innebära att denne ska nämnas vid ett nyttjande av programvaran.²⁸ Vidare förekommer situationer där enklare versioner av programvara tillhandahålls utan ersättning och att licenstagaren får använda en programvara under en inledande period utan att utge ersättning.

Genom ett licensavtal upplåts nyttjanderätt till programvara med viss funktionalitet och angivna egenskaper, ofta tillsammans med dokumentation till programvaran, såsom manualer och instruktioner, vilka behövs för nyttjandet. Programvaran och dokumentationen benämns i licensavtalet vanligen gemensamt med definitionen ”licensobjektet”. Definitionen licensobjektet förekommer sedan löpande i avtalstexten och det är till licensobjektet (och i definitionen ingående delar) som licenstagaren erhåller nyttjanderätt.

En datorprogramvara kan genom programmering skapas på många olika sätt och i många olika sammanhang. Allt ifrån den enskilde programmeraren som kodar på egen hand till situationen med det stora multinationella bolaget som med hjälp av tusentals medarbetare skapar omfattande programvaror för affärssystem eller kontorsstöd. Licensavtalen varierar på samma sätt i sin utformning och omfattning. Från det lilla enkla upplåtelseavtalet på några sidor, till omfattande, svåröverblickbara och standardiserade licensavtalsvillkor från globala programvarubolag.

Datorprogramvara kan delas upp i olika kategorier utifrån var i it-miljön som programvaran används, som exempel kan nämnas;

- Programvara för användarnära-operativsystem
- Programvara för nät-/serveroperativsystem
- Applikationsprogramvara som stödjer viss arbetsuppgift
- Programvara till verksamhetssystem

Datorprogramvara kan även delas in i olika kategorier utifrån vilken affärsmodell som programvaruföretaget valt för licensen.

- Standardprogramvara där ändringar i programvara och licensvillkoret i princip inte är möjliga.

²⁸ Lindberg Agne, Westman Daniel, Praktisk IT-rätt, Upplaga 3:1, Stockholm, Norstedts Juridik. 2001, s. 412



- Standardprogramvara där vissa justeringar av programvara och licensvillkor kan göras av särskilt köpstarka upphandlare.
- Datorprogramvara där viss kundanpassning görs i programvaran och där licensvillkoren kan anpassas till kundens krav.
- Datorprogramvara som utvecklas för kunden och där kunden kan ha stort inflytande på utformning av programvaran och villkoren i licensavtalet.

Vi avser att i detta avsnitt om licensavtalet behandla gemensamma frågor för licensavtal i allmänhet. Vi är väl medvetna om att licenstagarens möjligheter att påverka licensgivarens villkor många gånger är begränsade och att det i sådana fall mer är fråga om att hitta en annan programvara och licensgivare med mer acceptabla villkor. Syftet med avsnittet är att belysa relevanta frågeställningar både då myndigheten har möjlighet att ställa mer långtgående krav men också när förutsättningarna är mer begränsade.

De flesta programvarubolagen upprättar egna licensavtalsvillkor för sina programvaruprodukter och andra avtalsdokument som produktbeskrivningar som då utgör bilagor till licensavtalet. Licensavtalsvillkoren är vanligen skrivna så att de gynnar licensgivaren, det vill säga upplåtarvänliga. Dessa programvarubolag är i varierande omfattning villiga att göra förändringar i sina standardvillkor. Mindre och medelstora svenska och nordeuropeiska programvarubolag är i regel mer benägna än större globala programvarubolag, särskilt sådana med anglosaxisk rättstradition, att acceptera ändringsförslag från licenstagaren. Det kan dock noteras att även de anglosaxiska programvarutillverkarna kan ändra avtalsvillkor om efterfrågat inköp av licenser är av tillräckligt stor volym och kommersiellt intresse.

Att säkerställa en formellt korrekt nyttjanderätt till programvara, applikationer och system är idag kritiskt för de flesta organisationer. Ett beslut om att upphandla och implementera en programvara i en myndighets verksamhet får ofta konsekvenser över längre tid. Licensförhållanden blir många gånger en varaktig avtalsrelation där särskilt licenstagaren är beroende av att upplåtelsen är korrekt reglerad och licensgivaren löpande kan förmås fullgöra sina åtaganden. Om omfattningen av nyttjanderätten anges felaktigt i upphandlingen kan det leda till att myndigheten blir bunden till ett licensavtal och tvingas utge ersättning för licens och underhåll för programvaran som myndigheten inte har användning för. Omständigheterna gör att licensavtalets innehåll och utformning ofta blir av stor vikt för licenstagarens verksamhet.²⁹

Licensgivarens främsta prestation är att tillhandahålla det som avtalats, vilket i ett programvarulicensavtal består av själva programvaran och tillhörande dokumentation,

²⁹ Se Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 426.



t.ex. manualer och annat. Licenstagarens huvudprestation är att betala licensavgiften.³⁰ Programvaran tillhandahålls vanligen genom att licensgivaren översänder en licensfil eller genom att licenstagaren får möjlighet att ladda ned programvaran från webben.

Alla datorprogram kan förväntas innehålla fel och brister, s.k. buggar som uppdagas först efter att programvaran används på visst sätt. En programvara behöver också löpande uppdateras för att anpassas till en föränderlig omgivning, till exempel förändrade tekniska krav eller nya lagkrav. Programvarubolagen tillhandahåller därför löpande nya versioner eller releaser av programvaran. I vissa sammanhang kan nya uppdateringar ingå i licensavtalets licensavgift men i många fall behöver licenstagaren teckna ett underhållsavtal för att få tillgång till nya versioner och releaser av programvaran. Licenstagaren väljer därför ofta att teckna ett avtal om underhåll och support, i samband med att licensavtalet ingås. Ett underhållsavtal anses ofta vara särskilt angeläget om licensen avser ett verksamhetskritiskt system. Licenstagaren tar en signifikant risk om underhållsavtal inte tecknas då omgivningen som tidigare nämnts kan förändras på många sätt och av orsaker licenstagaren inte kan påverka. Att inte ha rätt till en uppdatering som exempelvis kompenserar för en hastigt uppdagad säkerhetsbrist kan innebära att systemet, åtminstone för viss tid, kan behöva stängas ned. Frågor kring underhåll- och supportavtal belyses närmare under avsnitt 4 nedan.

I detta avsnitt lyfter vi fram några av licensavtalets nyckelregleringar. Med hänsyn till vägledningens begränsningar i utrymme har vi gjort ett urval av de regleringar som vanligen förekommer i licensavtal och licensavtalsvillkor. Det bör i sammanhanget noteras att licensavtalets samtliga delar måste granskas och analyseras inför ett inköp av programvara och att det i många sammanhang krävs expertkunskap på området för att fullt ut förstå funktioner som programvaran innehåller i förhållande till verksamhetens behov och tolka den rättsliga innebörden av licensavtalets regleringar.

3.2 Upplåtelsens omfattning

3.2.1 Allmänt om upplåtelsen

Licensavtalets reglering om vilken rätt till programvaran som upplåts, den s.k. upplåtelsen, slår fast licensavtalets yttre ram och under vilka förutsättningar programvaran får användas. Klausulen är därför helt central och kan sägas utgöra hjärtat i licensavtalet.³¹ Oftast är det inte tal om någon generell upplåtelse, utan en upplåtelse av programvara vars användning är förenad med tydliga begränsningar och förbehåll. Det

³⁰ Se Levin Marianne, Hellstadius Åsa, Lärobok i immaterialrätt, Upplaga 12, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019, s. 557–558; Arrhed, Lars, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, Upplaga 1:1, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016, s.193.

³¹ Arnerstål, Stojan, Licensavtalets anatomi, Upplaga 1, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019, s. 79.



är, för båda parter, mycket viktigt att på ett tydligt sätt klargöra förutsättningar och villkor för upplåtelsen av licensobjektet.

Vid granskning av ett licensavtal eller formulering av reglering om upplåtelsen av programvara är det av största vikt att man förstår myndighetens behov. Det första som bör fastställas inför en upphandling av programvarulicens är därför vilka behov myndighetens verksamhet har vad avser programvarans användning och nyttjande under avtalstiden. Här blir ett antal aspekter relevanta och ett samarbete krävs mellan sakkunniga inom juridik, it, inköp/upphandling, säkerhet och ansvariga inom verksamheten. Myndighetens behov behöver identifieras och kraven formuleras genom att licenstagarens framtida användning av programvaran inventeras.

Licensavtalet kan tillåta nyttjande av datorprogramvaran på ett antal olika sätt – exempelvis kan licensen gälla per unik användare eller så kan en licens upplåtas för hela licenstagarens organisation. Licensen kan komma med vissa förbehåll, det vill säga begränsningar för användningen av programvaran. Det kan exempelvis handla om geografiska begränsningar eller inom vilket område licensen får användas eller ramar för vilka ändringar och modifieringar som licenstagaren har rätt göra. Utöver detta ska också frågan om intern eller extern verksamhet regleras – det vill säga om licenstagaren ska ha rätt att låta andra än licenstagaren nyttja programvaran, exempelvis annan myndighet eller koncernbolag. Begränsningarna överlappar vanligen varandra och kvar blir den begränsade nyttjanderätt som licensen omfattar, exempelvis en licens för tjugo samtidiga användare, inom myndighetens ekonomiorganisation, som har rätt att nyttja programvaran inom Sverige.

Målet är att säkerställa att alla för verksamheten relevanta aspekter beaktas i licensavtalet. Detta gäller den funktionalitet som licensobjektet måste ha för att uppfylla verksamhetens behov, upplåtelsens omfattning i stort och licensmodellen.

3.2.2 Upplåtelsens begränsning i tid

Rätten att nyttja programvaran kan begränsas i tid men det förekommer också att en i tid obegränsad nyttjanderätt upplåts, en så kallad ”evig licens” eller ”perpetual license” som den ofta benämns på engelska. Om ingen tid anges i licensavtalet, och licensen inte är evig, är utgångspunkten att licensen gäller till dess att licensavtalet löper ut.³²

Tidsbegränsade licensavtal avseende verksamhetskritisk programvara löper vanligen i längre perioder, med långa förlängningsperioder och begränsade möjligheter för licensgivaren att säga upp licensavtalet. För licenser till verksamhetskritiska system är det viktigt för licenstagaren att denne kan kontrollera licensavtalets löptid eftersom

³² Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 426.



programvaran behöver ersättas med en annan programvara som uppfyller verksamhetsbehovet. En sådan process med upphandling, anpassning och implementering kan ofta ta många månader i anspråk. Man bör därför noggrant kontrollera regleringar i licensavtalet avseende löptid och uppsägningstid då en programvara upphandlas.

Tidigare var det vanligt med en enda licensavgift, vilket gav en licens utan tidsbegränsningar. Idag är det vanligare att licenstagaren löpande betalar för rätten att nyttja licensen. En annan modell är att själva licensen innebär en evig nyttjanderätt (eng, perpetual license), men att licenstagaren i praktiken löpande måste ingå support- och underhållsavtal för att få tillgång till uppdateringar och felrättningar av programvaran (se avsnitt 4). Varje uppgradering och ny version av programmet faller då under ett och samma licensavtal som den ursprungliga licensen.³³

Licenser för standardprogramvara kan också upplåtas med kortare löptider där licenstagaren exempelvis äger rätt att säga upp en användarlicens med kort uppsägningstid, så som trettio dagar, då en medarbetare lämnar sin anställning. I det nämnda fallet löper licenstagarens övriga användarlicenser vidare i enlighet med licensavtalet.

För avtal som löper tills vidare har licenstagaren i normala fall ensamrätt att säga upp avtalet med en viss uppsägningstid. Licensgivaren har i normalfallet rätt att säga upp avtalet endast vid i avtalet specifikt angivna situationer så som avtalsbrott. I licensavtalet bör det regleras hur avtalet förlängs och vad som händer vid en utebliven uppsägning.³⁴ Det bör tillsammans med verksamhetsplanerare klargöras om det finns ett behov av en licens som löper över en längre tid eller viss tid, samt vilken tidsfrist som är lämplig för förlängning.³⁵

³³ Magnusson Sjöberg, Cecilia (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, Upplaga 4, Studentlitteratur, Lund, 2021 s. 472.

³⁴ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 426

³⁵ I sammanhang bör särskilt behov och krav utifrån bevarande och arkivering beaktas.



Upplåtelsens begränsning i tid är av stor betydelse och följande frågor bör beaktas:

- Under vilken tidsperiod avser myndigheten att nyttja programvaran?
- Har den tid som myndigheten behöver programvaran för bevarande och arkivering beaktats vid uppskattning av tidsperioden ovan?
- Överensstämmer avtalstiden för licensavtalet, inklusive förlängningar med myndighetens behov ovan?
- Finns det möjlighet att säga upp hela eller delar av licensavtalet på sätt att kostnad undviks om myndighetens behov förändras och programvaran inte längre behövs?
- Kan myndigheten helt styra avtalstiden genom att säga upp licensavtalet vid lämplig tidpunkt eller har licensgivaren också rätt att säga upp licensavtalet?
- Om licensgivaren givits rätt att säga upp licensavtalet, ligger tidpunkten för licensavtalets upphörande tillräckligt långt bort och är uppsägningstiden tillräckligt lång för att myndigheten ska ha en möjlighet att upphandla och implementera en ny programvara?

Ref. 000001

3.2.3 Licensobjektets omfattning och funktion

För att fastställa nyttjanderättens omfattning måste kontraktetsföremålet identifieras. Det är därför nödvändigt att licensavtalet innehåller en utförlig beskrivning av vilket program som licensen avser, vilken funktion programvaran har, prestanda, samverkansmöjligheter med andra program, vad som omfattas av begreppet programvara och vilken tillhörande dokumentation som ingår i upplåtelsen.

Licensupplåtelse kan se ut på olika sätt, men i många fall upplåts en standardprogramvara, som genom vissa moduler eller add-ons kan anpassas efter licenstagarens behov. Vanligt är också att programvaran paketeras med olika innehåll, omfattning och funktionalitet i olika programprodukter där priset varierar med innehållet.



För licenstagaren är det ofta viktigt att inte bara ett datorprogram, utan även dokumentation och manualer omfattas av upplåtelsen.³⁶ Dokumentationen ska vara tillräckligt omfattande och finnas tillgänglig för licenstagarens tillgodogörande. Avtalet bör reglera på vilket sätt dokumentationen tillhandahålls och att uppdateringar görs i takt med datorprogrammets utveckling. Licenstagaren bör föreskriva villkor för nyttjanderätten avseende hela lösningen, det vill säga standardprogramvaran och dokumentation inklusive anpassningar och implementation så att helheten kommer licenstagaren till del.³⁷

Gällande licensobjektets funktionalitet bör leverantörernas licensbeskrivningar granskas nogga för att kontrollera att licensobjektets funktioner matchar licenstagarens behov. Inte sällan finns olika varianter av programvaran eller olika moduler med varierande funktionalitet. Om myndigheten i en upphandling angivit särskilda krav bör kravspecifikationen också utgöra en bilaga till licensavtalet.³⁸

3.2.4 Begränsning av geografiskt område

Vissa licensupplåtelser innehåller begränsningar kopplade till ett visst geografiskt område. Det innebär att licensen endast får nyttjas inom det angivna området – till exempel inom Sverige. Upplåtelsen kan också vara begränsad till en specifik plats, exempelvis i verksamhetens lokaler på viss angiven adress, s.k. ”site”-licenser. Dessa är mer ovanliga idag men har historiskt varit vanliga vid upplåtelse av licens för stordatorer.

Syftet bakom dessa begränsningar kan vara både kommersiell och legal karaktär, exempelvis om programvaran har restriktioner i form av krav på export- eller importtillstånd. En anledning till att licensgivaren vill använda sig av en geografisk begränsning kan därför vara att förhindra nyttjande i vissa länder som har sanktioner kopplade till sig och vara en nödvändig förutsättning för att licensgivaren ska kunna ingå licensavtalet.³⁹ En annan viktig fråga är att lagkrav som träffar programvaran kan variera i olika länder och ställa olika krav på programvarans funktionalitet.

För licenstagaren blir det här viktigt att säkerställa att licensen täcker det geografiska område för vilken programvaran avses användas. Frågan om geografisk begränsning får också betydelse för utformningen av underhålls- och supportavtalet, där tjänsternas geografiska spridning och supportorganisationens språkkunskaper får betydelse.

³⁶ Se Rosén, Jan, Upphovsrättens avtal, Upplaga 3. Norstedts juridik, Stockholm, 2006, s. 264; Magnusson Sjöberg (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, 2021 s. 472.

³⁷ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016. s.213

³⁸ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 414, Perméus, Anders & Lindberg, Daniel, IT-avtal: en kommentar till IT-branschens standardavtal, Jure, Stockholm, 2013 s. 380.

³⁹ Magnusson Sjöberg, Cecilia (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, 2021 s. 473, Arnerstål, Licensavtalets anatomi, 2019, s. 92.



3.2.5 Exklusiva och icke-exklusiva licenser

De flesta programvarulicenser för standardprodukter är icke exklusiva, vilket innebär att licensgivaren får upplåta motsvarande programvarulicens till flera licenstagare. Med detta sagt är det däremot inte omöjligt att reglera en exklusiv rätt för licenstagaren att använda en programvara. Exklusiviteten kan exempelvis begränsas till ett visst geografiskt område eller till en viss bransch. Det är även möjligt att licensen är exklusiv med undantag av exempelvis ett urval av andra befintliga licenstagare som finns uppräknade på en bifogad lista till licensavtalet.⁴⁰

3.2.6 Rätten att göra ändringar och annat nyttjande

Licensavtalet innebär som sagt inte att licenstagaren övertar upphovsrätten till programvaran, utan att licenstagaren får rätt att nyttja programvaran enligt vissa förutsättningar och med vissa begränsningar.

Att licensgivaren fortfarande har äganderätt till licensobjektet tydliggörs också vanligen genom att licensgivaren förbehåller, att den rätt som inte uttryckligen är föremål för upplåtelsen blir kvar hos upphovsrättsinnehavaren. Regleringen ger uttryck för den så kallade specifikationsprincipen. Nyttjanderätten tillhör inledningsvis den som skapat datorprogrammet och övergår således endast till annan om så uttryckligen eller underförstått avtalas.⁴¹

En av de viktigaste frågorna gällande upplåtelsen är om det finns något behov för licenstagaren att modifiera, ändra, kopiera eller vidareutveckla programvaran. Saknas sådan reglering får licenstagaren inte utföra ändringar, utöver vad som gäller enligt URL.

Som tidigare redogjorts för i avsnitt 2.7, stadgas i 2 kap 26 g och h §§ URL vissa rättigheter för den som förvärvat rätt att använda ett datorprogram. I 2 kap 26 g § första stycket framgår att denne får framställa sådana exemplar och göra sådana ändringar i programmet som är nödvändiga för att programmet ska kunna användas för dess avsedda ändamål, en rättighet som kan avtalas bort enligt paragrafens sista stycke. Det föreligger också en rätt att, om det är nödvändigt för den avsedda användningen av programmet, framställa säkerhetsexemplar av programmet. Exemplaren som framställs med stöd av 26 g § andra stycket URL måste vara nödvändiga och får inte utnyttjas för andra ändamål eller användas när rätten att utnyttja programmet har upphört.⁴²

Bestämmelsen kan med andra ord inte åberopas som stöd för att göra andra ändringar i programmet eller för framställning av flera exemplar.⁴³ Frågan om passiv lagring togs

⁴⁰ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016. s. 200.

⁴¹ Se Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016. s. 107, 198.

⁴² Rosén, Upphovsrättens avtal, 2006, s. 274.

⁴³ Olsson, Henry, Rosén, Jan, Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar, Juno 2018, 26 g§ [2021-05-12]



upp i ett mål i Högsta domstolen (HD) år 2018. HD menade att en bruks- eller säkerhetskopia av en licensierad programvara som tagits fram under licensavtalets löptid, men behållits en tid efter licensavtalets utgång utan att användas, inte var att anse som en olovlig exemplarframställning eller ett upphovsrättsintrång.⁴⁴

Av 26 h § URL framgår en rätt att återge datorprogrammets kod eller översättning av kodens form för att få nödvändig information för att uppnå samverkan mellan det licensierade programmet och annat program. Licenstagaren har genom detta rätt att dekompileta datorprogrammet, exempelvis för att uppnå samverkansförmåga mellan ett oberoende skapat program och programvaran.⁴⁵

Om licenstagaren ska ha möjlighet att ändra i programvaran måste detta således specificeras. Det kräver också i praktiken att licenstagaren får tillgång till källkoden. Det är inte heller ovanligt att licensavtalet innehåller förbud för licenstagaren att modifiera, ändra eller genom så kallad ”reverse engineering” dekompileta, undersöka eller analysera programvarans maskinkod, på ett sätt som går utöver den tvingande regleringen i 26 h § URL.⁴⁶ Det är värt att notera att en reglering som inkräktar på licenstagarens rättighet enligt 26 h § URL blir utan verkan. Rätten att göra ändringar och modifieringar av programvaran bör också klargöras inför frågan om licensgivaren ska ansvara för fel om modifieringar genomförts av licenstagaren.

3.2.7 Intern och externt nyttjande av programvaran

Licenstagaren behöver också reflektera över nyttjandet av programvaran och ta höjd för om även andra utanför myndighetens verksamhet behöver få tillgång till licensobjektet. I det normala fallet upplåtes licenser för eget bruk, vilket innebär att licenstagaren och dennes anställda får rätt att nyttja licensobjektet i sin verksamhet. Eftersom licenstagaren i många fall behöver låta personkategorier i gränslandet, t.ex. revisorer och konsulter nyttja programvaran behöver nyttjanderätten också omfatta sådana personkategorier. Om externt nyttjande är nödvändigt för licenstagarens tilltänkta användning av licensobjektet, t.ex. genom att programvaran också ska få användas av en annan myndighet behöver licensavtalet innehålla en sådan nyttjanderätt alternativt en rätt för licenstagaren att upplåta nyttjanderätt till annan part. Det bör noteras att nyttjanderätten normalt begränsas till licenstagarens interna verksamhet och tillstånd exempelvis kan krävas för att myndigheten ska kunna låta annan part drifta eller förvalta programvaran för myndighetens räkning.⁴⁷

⁴⁴ NJA 2018 s. 725.

⁴⁵ Rosén, Upphovsrättens avtal, 2006, s. 274.

⁴⁶ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016. s. 201.

⁴⁷ Magnusson Sjöberg (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, 2021 s. 473.



Här kan också det kallade UsedSoft-målet⁴⁸ nämnas, och EU-domstolens uttalande avseende rätten att överlåta vidare en kopia av ett program som laddats ner från internet och som överlåtits med en i tiden obegränsad nyttjanderätt, eftersom spridningsrätten till programmet kan anses konsumerad. Värt att notera är däremot att även om spridningsrätten för licensgivaren har konsumerats är ändå licensavtalets regler gällande antal programinstallationer eller antal programanvändare fortfarande giltigt.⁴⁹

3.2.8 Licensmodell

Upplåtelsen kan vara strukturerad på en mängd olika sätt. Licensen kan vara kopplad till ett visst antal servrar, processorer, enheter, användare, geografier eller andra enheter. Tidigare var huvudregeln att ett licensavtal var kopplat till en specifik processor, där hårdvaran och programvaran såldes samtidigt. Programvaran fick endast användas på den specifika hårdvaran om inte leverantören uttryckligt angett annat. Även om licensmodellen kan förekomma är de flesta programvaror inte kopplade till en viss specifik dator.⁵⁰ I dag är licensmodellen ofta kopplad till användare, organisation, kapacitet eller transaktioner. Licensmodellen kan också ha ett nära förhållande till vilken ersättningsmodell (se avsnitt 3.4) som används och licenstagaren bör se till dessa i relation till varandra. Exempelvis kan en modell som innebär rätt till ett evigt nyttjande av en verksamhetslicens visa sig kostsam i längden om ersättningen är kopplad till varje enskild transaktion.

Nedan redogörs för några vanliga licensmodeller för programvarulicenser.

Användarlicens

Idag är det vanligt med användarlicenser av olika slag. En användarlicens innebär att licensen endast gäller för en viss angiven användare. Licensformen kallas också för ”singellicens” eller ”stand alone” och är en vanligt förekommande licensform.⁵¹ Det förekommer också att olika varianter av samma programvara upplåtes till olika typer av användare, till exempel för ”super-users” inom licenstagarens it-avdelning och för vanliga användare inom myndighetens organisation.

En annan variant av användarlicens är den där parterna utgår från antalet samtida användare för programvaran. Licensmodellen är fördelaktig om programvaran används kortare stunder, på olika tider, av många användare eller om nyttjande sker av personal som arbetar vid olika tider på dygnet.

⁴⁸ EU-domstolens mål C-128/11 (UsedSoft)

⁴⁹ EU-domstolens mål C-128/11 (UsedSoft) punkt 66–71, se även Wolk, Datorprogramalster och upphovsrätten, s. 89

⁵⁰ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s 415 f.

⁵¹ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016. s. 200.



Ibland kan man stöta på begreppet volymlicenser, vilket inte är något annat än ett ord för rabatter som licensgivaren ger till licenstagaren om licenstagaren köper ett visst minsta antal singellicenser.⁵²

Verksamhetslicens

En verksamhetslicens kallas också för en företagslicens eller en enterprise licens och innebär typiskt sett att licensen är upplåten till en viss utpekad juridisk person och att det i princip är fritt för alla inom den verksamheten att installera och nyttja licensen för internt bruk. Licensformen kan också kombineras med andra begränsningar, exempelvis geografiska begränsningar till vissa lokaler och verksamhetsorter, eller begränsningar avseende antalet användare. Licenstagaren får då inom ramarna själv installera och fördela de exemplar av programvaran som licenstagaren behöver för sin verksamhet.⁵³

Nätverkslicens

En nätverkslicens innebär att licensen är upplåten till viss hårdvara eller visst nätverk. Då utgångspunkten är att endast licensgivaren har rätt att framställa kopior av sin programvara, blir följderna att en licens ska vara kopplad till en dator. Om alla inom samma nätverk ska få tillgång till programvaran krävs också att det i avtalet uttryckligen framgår att det rör sig om just en nätverkslicens.⁵⁴ Licensmodellen brukar även innehålla preciseringar av vilken användning som är tillåten, exempelvis hur många användare som ska få tillgång till programvaran.⁵⁵

Användningen av en nätverkslicens kan mätas på två olika vis – antingen genom hur många användare som ska ha tillgång till programvaran, eller genom att koppla användandet till antalet samtidiga användare. Vid den förstnämnda spelar det inte någon roll hur många användare som nyttjar programvaran, utan endast hur många som har behörighet till programvaran. I det andra alternativet är det centralt hur många arbetsstationer som samtidigt använder programvaran. Det blir då viktigt att definiera vad ett användande innebär, men i regel omfattas exekvering av datorprogrammet i datorns RAM-minne eller en varaktig installation av programvaran på datorns hårddisk.⁵⁶

Kapacitetslicens

Ett annat alternativ är att rätten upplåts i förhållande till en viss kapacitet så som en viss mängd data per tidsenhet.

⁵² Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016. s. 200.

⁵³ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 411.

⁵⁴ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 415 f.

⁵⁵ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016. s. 200

⁵⁶ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 416



3.2.9 Fallgröpar vid reglering av upplåtelsen

Även om större förändringar inte är planerade är det för licenstagaren värt att reflektera över vad som skulle hända om verksamheten i framtiden ändras. Det är givetvis svårt att ta hänsyn till samtliga eventualiteter, men genom att reflektera över nyttjanderättens ramar och begränsningar kan de största fallgröparna identifieras.

Som exempel kan nämnas att om licensen har en geografisk begränsning på så vis att den är kopplad till en adress, bör licenstagaren reflektera över vad som händer om verksamheten flyttar till nya lokaler. Är licensen kopplad till ett specifikt antal användare, en lång avtalstid och stora fasta avgifter, bör man överväga en reglering som möjliggör justering av licensen vid händelsen att personalstyrkan ökar eller minskar kraftigt under en period.



Licensupplåtelsens förutsättningar och begränsningar är några av de viktigaste reglerna i licensavtalet. Följande bör kontrolleras och regleras i avtalet:

- Finns en tydlig angivelse av vad som ingår i licensobjektet? Notera särskilt att dokumentation bör omfattas av begreppet.
- Har ett separat underhållsavtal träffats eller omfattar licensavtalet även de underhållstjänster som myndigheten behöver?
- Omfattas nya versioner av licensavtalet? Ska ersättning utges för att nya versioner ska erhållas
- Vilka begränsningar finns i nyttjanderätten till programvaran vad gäller exempelvis geografiskt område, varaktighet, exklusivitet och på vilket sätt licenstagaren kan använda programvaran?
- Finns det behov för licenstagaren att göra ändringar i programvaran och har detta reglerats i avtalet?
- Vilken licensmodell tillämpas i licensavtalet, är det den optimala modellen för verksamhetens behov och vilka kostnader innebär den för myndigheten?
- Har hänsyn tagits till eventuella förändringar inom verksamheten inom den närmsta framtiden i förhållande till begränsningarna i nyttjanderätten?

Ref. 000001

3.1 Leverans och installation

Inför leveransen av programvaran har licensgivaren en av sina viktigaste uppgifter – att leverera licensobjektet i rätt tid och till rätt plats. Avtalet bör reglera leveranstidpunkten, leveransvillkor, eventuellt installationsarbete, vilka förberedelser som licenstagaren ska vidta, samt förutsättningar för licenstagarens acceptans, exempelvis säkerhetsgranskning av programvaran.⁵⁷ Att fastställa vilken datainsamling som licensgivare genomför när licenstagaren nyttjar programvaran, eller får tillgång till vid support och underhållsärenden är exempel på aspekter som en sådan säkerhetsgranskning skulle kunna omfatta.

⁵⁷ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 419 samt exempelvis ENISAs cybersäkerhetscheman eller annan kontrollmekanism.



I licensavtalet bör avtalad leveransdag, det vill säga den dag som parterna kommit överens om att licenstagaren ska få tillgång till licensobjektet, anges på ett tydligt sätt. Om ingen leveransdag avtalas bör köplagens (1990:931) regler träda in och leverans ska därmed ske inom skälig tid från avtalstillfället.⁵⁸

Beroende på licenstagarens tekniska kunskap och kapacitet kan det i avtalet regleras ett ansvar för licensgivaren att bistå licenstagaren med installationen. Licensgivaren ansvarar endast för detta om så uttryckligen har avtalats, varför det blir viktigt att noga beskriva detta åtagande. Ett annat alternativ är att reglera en skyldighet för licensgivaren att bistå licenstagaren när denne utför installation av programvaran.⁵⁹ Om licensgivaren ska utföra installationen bör det i avtalet säkerställas att installationstjänsten ska utföras med omsorg, på ett fackmannamässigt sätt samt med för ändamålet lämpliga och kvalificerade medarbetare. Installationstjänsten bör även genomföras enligt de metoder och standarder som är normalt förekommande inom branschen. Det är här även viktigt för licenstagaren att reflektera över om, och i så fall i vilken utsträckning, licensgivaren via en installationstjänst kommer att få tillgång till sekretessreglerade uppgifter, genom åtkomst till it-miljön direkt, kunskap om den, eller till informationssystem som hanterar sekretessuppgifter. Detta kan exempelvis ske genom leverantörens åtkomst till it-miljön eller genom att leverantören erhåller kunskap om it-miljön eller det informationssystem som hanterar de sekretesskyddade uppgifterna. Här bör även reflekteras över eventuella överföringar till tredje land om leverantören får tillgång till personuppgifter. För närmare vägledning avseende dessa frågor hänvisas till eSams Outsourcing 2.0 En vägledning om sekretess och dataskydd.⁶⁰

Efter leveransen och installationen bör licenstagaren undersöka att programvaran uppfyller de krav som ställts. Bedömningen bör ske under en på förhand avtalad leveranskontrollperiod. I första hand bör kontrollen ske med utgångspunkt i avtalets kravspecifikation, om sådan finns, eller enligt ett testprotokoll som också förekommer i vissa avtal. Om kravbeskrivning helt saknas bör licenstagaren kontrollera att programvaran kan användas på det sätt som licenstagaren avsett.⁶¹

Om faktiskt startdag inträffar efter den avtalade startdagen är leveransen att betrakta som försenad. Vid denna situation bör påföljder som vite, hävning eller skadestånd aktualiseras.⁶²

⁵⁸ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 419.

⁵⁹ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 419.f.

⁶⁰ <https://www.esamverka.se/download/18.1d126bc174ad1e6c39c4db/1576749838091/Outsourcing%202.0%20sekretess%20och%20dataskydd%202019.pdf>

⁶¹ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 420.

⁶² Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 421–422.



Det är viktigt att licenstagaren inte enbart genomför kontroller vid installationstillfället utan också beaktar att en programvara vanligen löpande utvecklas av licensgivaren under avtalstiden och programvaran under denna (ofta långa tidsperiod) kan förändras avseende säkerhet och informationsinsamling.

Licensobjektet ska levereras i rätt tid och till rätt plats. Följande bör kontrolleras och regleras i licensavtalet:

- Har avtalad startdag reglerats på ett tydligt sätt?
- Hur ser licenstagarens förutsättningar inför installationsarbetet ut? Överväg i vilken utsträckning licensgivaren behöver vara delaktig eller ansvara för installationen av programvaran.
- Kommer licensgivaren genom en eventuell installationstjänst få tillgång till sekretessreglerade uppgifter, och i så fall vilken typ av sådana?
- Är lämplig leveranskontrollperioden avtalad? Vad händer om fel upptäcks och kommer avsaknad av svar från licenstagaren att klassas som ett godkännande?
- Vilken skyldighet har licensgivaren för att åtgärda fel i programvaran som upptäcks under leveranstest? Finns rimliga sanktioner om skyldigheten inte fullgörs?
- Hur kontrollerar parterna säkerheten i programvaran före installation?

Ref. 000001

3.2 Ersättning

Licenstagaren ska ersätta licensgivaren genom att betala en licensavgift. Hur ersättningsmodellen ser ut kan som med mycket annat i licensavtalet variera men vanligen följer ersättningsfrågan den licensmodell som parterna valt.

Programvarubolagen bestämmer normalt vilken licens- och ersättningsmodell som de vill använda på marknaden.

Ersättningen kan exempelvis utgöras av en engångssumma vid avtalets undertecknande eller vid leveransen. Ett annat alternativ är att ersättning betalas löpande under avtalsperioden. Det är inte ovanligt med en kombination av engångsavgift och löpande avgift till exempel beroende på antal användare eller transaktioner.

Om licenstagaren betalar för sent ska dröjsmålsränta enligt räntelagen utgå om inte annat har avtalats. Vid licensiering av programvara är licensavgiften vanligtvis inte resultatberoende och de belopp som ska erläggas fastställs redan vid avtalstillfället. Om



avtalet ska löpa över en längre tid kan licensavgiften knytas till ett lämpligt index. Hänsyn bör även tas till om licensgivaren har hemvist utanför Sverige då valutafrågan bör beaktas i ersättningsregleringen. Annan ersättning som licenstagaren kan behöva erlagga är exempelvis för installationshjälp, utbildning, uppdateringar och underhåll.

Notera att ersättningsmodellerna kan kombineras och har en koppling till vilken licensmodell som valts och på vilket sätt licensfilen erhållits.

3.3 Upphovsrätt och immaterialrättsintrång

Som tidigare redogjorts för i avsnitt 2 tillhör upphovsrätten till programvaran den som skapat koden som dataprogrammet baseras på. Licenstagaren är beroende av att licenstagaren verkligen innehar samtliga nödvändiga rättigheter till licensobjektet – annars riskerar licenstagaren att själv begå immaterialrättsintrång vid användning.

3.3.1 Immaterialrättsligt fel

I praktiken kan immaterialrättsligt fel förekomma i två olika situationer – antingen har licensgivaren agerat återförsäljare av en programvara som ägs av tredje man och vidare upplåtit programvaran på ett sätt som denne inte har haft rätt till. Den andra situationen är att licenstagaren uppgett att denne äger upphovsrätten till programvaran, vilket senare visat sig inte stämma.⁶³

Det kan vara problematiskt att fastställa vem som har upphovsrätten till en programvara då ofta ett stort antal utvecklare har inkorporerat egna bidrag till programvaran. En viktig fråga för licensgivaren blir således vem som har upphovsrätten till en programvara och vem som kan påtala intrång i upphovsrätten. Det är även möjligt att licensgivaren har baserat programvaran på upphovsrättsligt skyddat material som denne egentligen inte har rätt att använda. Oavsett om beställaren kände till intrånget eller inte kan ovanstående leda till att licenstagaren tvingas betala ersättning till upphovsrättsinnehavaren, och tvingas upphöra med sitt nyttjande av programmet. Licensavtalets felklausuler fokuserar ofta på programvarans funktion och inte immaterialrättsliga aspekter. I regel innehåller licensavtalen därför specifika klausuler för immaterialrättsliga intrång där licensgivaren garanterar att denne innehar alla immateriella rättigheter till licensobjektet som krävs för att upplåta licensen enligt licensavtalet.⁶⁴

Med anledning av ovanstående blir det viktigt för licenstagaren att i licensavtalet reglera ansvarsfrågan vid immaterialrättsintrång. Situationen som vill undvikas är att licenstagaren genom sitt nyttjande av licensobjektet blir anklagad för intrång, eftersom

⁶³ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 424.

⁶⁴ Se Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s. 114.



licensgivaren inte haft rätt att licensiera programvaran. Licensgivaren ska ansvara för att denne äger eller har inhämtat samtliga nödvändiga godkännanden från alla berörda rättighetsinnehavare som krävs för att få licensiera programvaran. Detta ska ses som ett minimikrav i licensavtalet. Licensgivaren bör stå fullt ansvarig för att licenstagarens användning inte innebär något intrång.

3.3.2 Påföljd vid immaterialrättsligt intrång

Licenstagare bör vid immaterialrättsintrång som beror på licensgivaren kunna göra gällande de sedvanliga felpåföljderna, se avsnitt 3.6.2. Vid immaterialrättsliga fel bör det regleras en skyldighet för licensgivaren att hålla licenstagaren skadelös för kostnader som denne drabbats av på grund av att programvaran gör intrång i tredje mans rätt.⁶⁵

Ett vanligt villkor är att licensgivaren vid påstående om immaterialrättsintrång ska ha rätt att träda in och föra tvisten i licenstagarens ställe, eller biträda licenstagaren.

Inträdanderätten kan ses som ett legitimt önskemål från leverantören som annars inte hade haft insyn eller kontroll över de kostnader som beställaren upparbetar i den intrångsprocess som leverantören slutligt ska bekosta.⁶⁶ Det ska även finnas ett åtagande för licensgivaren att ersätta licenstagaren för de ersättningar och skadestånd som licenstagaren genom förlikning eller dom kan bli skyldig att utge.

Det bör i licensavtalet regleras att om det genom rättegång eller förlikning slagits fast att ett intrång föreligger eller om det enligt licensgivarens egen bedömning är troligt att sådant intrång föreligger, ska licensgivaren på egen bekostnad tillförsäkra licenstagaren rätt att fortsätta använda licensobjektet, efter licenstagarens godkännande ersätta den del av licensobjektet som utgör intrång med motsvarande programvara vars användning inte innebär intrång, ändra licensobjektet så att intrång inte föreligger, eller som ett sista alternativ, återta licensobjektet och ersätta licenstagaren med ett belopp motsvarande värdet på licensobjektet.

⁶⁵ Magnusson Sjöberg (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, 2021 s. 474.

⁶⁶ Se Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s. 116.



Det är mycket viktigt att licensgivaren har rätt att upplåta licensobjektet till licenstagaren. Följande bör kontrolleras och regleras i avtalet:

- Finns ett åtagande där licensgivaren garanterar att denne innehar alla nödvändiga rättigheter till programvaran för upplåtelsen?
- Säkerställ att eventuellt intrång undantas från ansvarsbegränsningen.
- Licensgivaren bör stå fullt ansvarig för att licenstagarens användning i sig inte innebär något intrång.
- Finns något åtagande för licensgivaren att stå för eller själv föra licenstagarens talan vid en rättslig process gällande immaterialrättsintrång?

3.4 Avtalsbrott och sanktioner

Som alla avtal bör även licensavtalet reglera vad som utgör ett avtalsbrott, och vilka sanktioner som licenstagaren har rätt att vidta om motparten inte uppfyller sina avtalade åtaganden.

3.4.1 Ansvaret för fel

Licensgivarens ansvar för fel i programvaran är historiskt väldigt begränsat. Värt att notera är att felavhjälpning i många fall sker genom underhåll och exempelvis kan åtgärdas i efterkommande release. Ingen programkod är perfekt och alla datorprogram innehåller därför någon form av fel och brist. Licensgivaren är därför vanligen ovillig att garantera att inga fel föreligger i programvaran. Med anledning av detta används ofta en något mjukare reglering om att licensobjektet i allt väsentligt ska uppfylla specifikationen. På denna punkt finns en avvikelse från de övriga it-avtalen där det ofta stadgas att fel föreligger om tjänsten avviker från specifikationen.⁶⁷ Dock bör man skilja på att programvaran ska fungera felfritt och att viss funktionalitet helt saknas. I den senare situationen bör licensgivaren anses ha ett ansvar att åtgärda detta, och man bör med framgång kunna göra gällande fel som licenstagare. Den primära skyldigheten för licensgivaren blir vanligen åtgärda avtalsbrottet med att skyndsamt tillhandahålla den funktionalitet som saknas. Om så inte sker bör andra sanktioner som skadestånd kunna göras gällande. Supporttjänster inkluderar ofta felrättningar till kunden, medan underhållsåtagandet bland annat innebär strukturerade bugg- och felrättningar,

⁶⁷ Magnusson Sjöberg, (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, 2021, s. 474.



uppdateringar och nya funktioner.⁶⁸ Se avsnitt 4 för en mer omfattande redogörelse av underhålls- och supportavtal.

Det är inte heller ovanligt att leverantören vill bifoga en skrivning om vad som inte ska anses utgöra fel, så som brister i programvaran som uppstått på grund av att licenstagaren modifierat programvaran, att programvaran nyttjats på annat sätt än avsett av licensgivaren eller fel som uppstått på grund av användning av hårdvara eller mjukvara som inte är licensgivarens.

3.4.2 Påföljder vid fel

Avtalet bör inkludera vilka påföljder som kan aktualiseras vid avtalsbrott och försening. I övriga it-avtal är vanligt förekommande påföljder; åtgärdande av fel, prisavdrag, skadestånd, hävning och förtida upphörande. Det är sedvanligt att licensgivaren vill införa en frist för reklamation och att licenstagaren endast får göra gällande vissa påföljder om reklamation sker inom angiven tid. Här bör licenstagaren vara uppmärksam så att fristen inte är för kort, samt att den börjar gälla från dess att licenstagaren uppmärksammat felet i programvaran.

Branschpraxis är att mindre fel löses genom nästa uppdatering eller genom en ”work-around”. Om licensgivaren begår ett kontraktsbrott av allvarligt slag, exempelvis tillhandahållit en programvara som i princip är obrukbar, är främst hävning av avtalet eller skadestånd de felpåföljder som brukar aktualiseras av licenstagaren. Vid större fel kan licensgivaren ha en skyldighet att avhjälpa felet eller leverera ny felfri programvara om så avtalats, men notera att förekomsten och hanteringen av buggar och mindre fel oftast regleras genom ett underhållsavtal, se avsnitt 4.

Av allmänna kontraktsrättsliga regler följer att ett kontraktsbrott måste vara väsentligt för att hävning ska kunna ske. Hävning kommer i fråga främst vid väsentligt fel i programvaran där kravspecifikationen får ses som vägledande, eller vid en väsentlig försening, eller att så pass allvarliga fel föreligger att licensobjektet är i det närmsta obrukbart. Det är också möjligt att i avtalet fastställa eller exemplifiera vissa situationer som är att anse som väsentligt fel. Om licenstagaren är känslig för brister gällande programvarans säkerhet och större avvikelser i licensobjektets funktionalitet kan en reglering införas som stadgar att avvikelser av nämnda slag ska anses utgöra ett väsentligt fel.

För rätt till skadestånd krävs i regel att licensgivaren varit oaktsam, men om licensgivaren garanterat eller lämnat annan uttrycklig utfästelse rörande visst förhållande kan ansvaret

⁶⁸ Magnusson Sjöberg (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, 2021 s. 488.



antas vara strikt, och något oaktsamhetskrav föreligger inte i dessa situationer.

Om licensgivaren ges rätt att häva licensavtalet vid licenstagaren väsentliga avtalsbrott bör en rimlig frist införas så att licensgivaren erbjuds möjlighet att byta till en annan programvara innan licensavtalet och rätt att nyttja programvaran upphör.

Vad avser påföljder för fel i programvaran behöver inläsningseffekten beaktas. Licenstagaren kan vanligen inte enkelt byta till en annan programvara vilket skapar en inläsningseffekt. Licenstagaren är därför beroende av att licensgivaren vidtar åtgärder som gör att licenstagaren fortsatt kan använda licensobjektet. Det mer omfattande åtagandet för fel från licensgivaren hamnar av nämnda skäl vanligen i ett underhållsavtal där licensgivaren åtar sig att åtgärda fel, genom åtminstone tillfälliga lösningar, s.k. ”work around”, inom vissa angivna tidsramar.

3.4.3 Ansvarsbegränsning

De licensavtalsvillkor som tillhandahålls av programvaruleverantörerna idag innehåller vanligen långtgående ansvarsbegränsningar. Licensavtalet är den it-avtalstyp där det är svårast att skapa balanserade avtalsvillkor med ett beloppsmässigt ordentligt ansvarstagande från licensgivarens sida.

Som tidigare nämnts bör licensgivarens ansvar för intrång i tredje mans immateriella rättighet inte begränsas, då det är en grundläggande förutsättning för licensavtalet att licensgivaren innehar nödvändiga rättigheter för att få licensiera programvaran.

Det är vanligt att licensgivaren endast vill medge ett ansvar för direkta skador, och att indirekta skador såsom, produktionsbortfall, kostnader för anlitan av konsult, kostnader för utrustning och liknande kostnader eller förluster inte ska inkluderas. Av allmänna kontraktsrättsliga principer har tidigare ansetts följa att en drabbad part alltid har rätt till ersättning för direkta och indirekta skador om dessa berott på att motparten agerat grovt vårdslöst eller uppsåtligt.⁶⁹ I ett HD-avgörande från 2017 (NJA 2017 s 113), avseende en konsument som anlitat en besiktningsman, uttalade dock HD att tillämpligheten av en långtgående ansvarsbegränsning inte bör dras mellan friskrivning för grov respektive vanlig vårdslöshet utan att en mer nyanserad helhetsbedömning med utgångspunkt i generalklausulen mot oskäliga avtalsvillkor i 36 § avtalslagen bör företas.⁷⁰

En leverans av ett licensobjekt som inte uppfyller avtalade krav kan, om licensgivaren ansvarar fullt ut, innebära ett skadeståndsansvar med belopp som kan överstiga kontraktsvärdet. Även indirekta skador i form av t.ex. produktionsbortfall,

⁶⁹ Permés, Lindberg, IT-avtal: en kommentar till IT-branschens standardavtal, 2013, s. 381.

⁷⁰ Jfr. Bernitz, Standardavtalsrätt (s. 116 ff.), Christina Ramberg, Avtalsrätt, (s. 283 f.).



tredjepartsskador och uteblivna intäkter kan uppgå till belopp som inte alls står i proportion till programvarans pris. De direkta skadorna kan bli betydande om licenstagaren häver avtalet och kräver licensgivaren på merkostnaden för en ny dyrare upphandling. Det förekommer även att licenstagaren utfäster att den endast tar ansvar för skador som uppstått på grund av försumlighet av licensgivaren eller dess anställda. Vidare är det inte ovanligt att det förekommer en beloppsgräns för vilken summa licensgivaren maximalt ansvarar för.

Slutligen kan ett licensavtal även innehålla en force majeure-klausul där ett antal ansvarsbefriande omständigheter listas.

Följande bör kontrolleras och regleras i avtalet:

- Finns begreppet ”Fel” definierat i licensavtalet? Hur förhåller sig definitionen ”Fel” till myndighetens kravställning och till licenavtalets licensbeskrivning?
- Vilka påföljder har licenstagaren rätt att göra gällande med anledning av ”Fel” i programvaran?
- Om licensgivaren har en skyldighet att åtgärda ”Fel” finns rimliga tidsramar för åtgärdandet?
- Kontrollera vad som krävs av licenstagaren för att åberopa avtalsbrott, finns det exempelvis formkrav, krav på dokumentation och en tidsfrist att förhålla sig till?
- Vilka sanktioner har licenstagaren rätt att vidta vid licensgivarens avtalsbrott?
- Kontrollera ansvarsbegränsningen, finns det en beloppsmässig begränsning och är det i så fall på rimlig nivå i förhållande till det ansvar som myndigheten kan komma behöva utkräva? Kontrollera att immaterialrättsintrång inte omfattas av ansvarsbegränsningen.

Ref. 000001

3.5 Avtalets upphörande

Som tidigare sagts har licenstagaren i normala fall ensamrätt att säga upp avtalet med en viss uppsägningstid vid avtal som löper tills vidare, alternativt rätt att välja att inte förlänga licensavtalet.⁷¹ Ett licensavtal kan i regel inte sägas upp av licensgivaren om inte

⁷¹ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 426.



licenstagaren slutar betala licensavgiften eller om licenstagaren har begått något annat allvarligt avtalsbrott. Anledningen till detta är att man vill skydda licenstagarens investering och inte riskera att bli av med en viktig stödfunktion i organisationen.⁷²

Oavsett anledning innebär upphörandet av ett licensavtal i regel att parternas förpliktelser enligt avtalet upphör. Därmed upphör också samtycket till användning av licensobjektet, om inte annat uttryckligen framgår av avtalet. Licenstagarens användning måste därför upphöra.⁷³ Licensavtalet bör tydligt reglera vad som händer vid avtalets upphörande. Utöver licenstagarens upphörda användning är det vanligt förekommande med ett åtagande för licenstagaren att radera eller skicka tillbaka programvaran till licensgivaren. En annan fråga är om licensavgiften ska betalas tillbaka eller inte. Vissa avtal innehåller en reglering om återbetalningsskyldighet, vilken kan variera beroende på varför avtalet upphör – exempelvis att återbetalning ska ske vid licenstagarens uppsägning, av avtalet.⁷⁴

3.6 Lagval och forum för tvistlösning

Vid händelse av en framtida tvist är det för båda parternas intresse viktigt att förutsättningarna för tvistlösning, lagval och forum har reglerats. Avtalstolkningen bör ske med bakgrund av svensk rätt och ett avtalsvillkor som stadgar att utländsk rätt ska gälla kan vara riskabelt för myndigheten – särskilt om hänvisningen gäller lagar som myndigheten inte har möjlighet att ta del av. Med anledning av programvarulicensernas i många gånger utländska bakgrund, är det däremot inte omöjligt att licensgivaren föreslår ett forum som ligger utanför Sverige, som exempelvis USA. Det säger sig nästan självt att en närmare geografisk plats är att föredra och att myndigheten bör verka för tvistlösning i svensk domstol, samt undvika skiljedomsförfarande. Att licensgivaren föreslår en plats som ligger utanför landets gränser behöver däremot inte ses som något som i sig förhindrar tecknandet av licensavtalet.

Vid frågor gällande forum och tvistlösning kan det vara lämpligt att låta en jurist se över avtalets skrivning, vilket naturligtvis också kan gälla för andra väsentliga regleringar i licensavtalet.

⁷² Magnusson Sjöberg (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, 2021 s. 475.

⁷³ Arnerstål, Licensavtalets anatomi, 2019, s. 226.

⁷⁴ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 428.



3.7 Övriga regleringar specifika för Licensavtal

3.7.1 Revision

Licensgivaren har i regel ett intresse att kontrollera att den upplåtta programvarulicensen nyttjas i enlighet med avtalet. På grund av detta vill licensgivaren ofta i avtalet öppna upp för att kunna utöva kontroll av licenstagarens nyttjande genom regleringar för revision. Formerna för revisionen bör noga anges i avtalet. Hur många revisionstillfällen, vilka resurser som ska avsättas, vem som ska bära kostnaderna och hur ingripande revisionen får vara är exempel på vad som bör regleras. Licenstagaren bör vara vaksam på allt för aggressiva revisionsregleringar och istället verka för mer balanserade sådana där rätten till revision inte kan göras gällande allt för frekvent, men bör också vara medveten om att licensgivare ofta värderar revisionsvillkoren högt. En annan aspekt som inte bör glömmas är frågan om vilken information som licensgivaren får ta del av i revisionen och huruvida denna är belagd med sekretess. För det fall en revision visar eventuell underlicensiering bör licenstagaren säkerställa att underlicensieringen inte innebär att denne går miste om all rätt att nyttja den övriga licensen, som är korrekt betalda, i enlighet med licensavtalet.

3.7.2 Konkurs

En fråga som kan uppstå är vad som händer om licensgivaren plötsligt går i konkurs och inte längre kan tillhandahålla licensobjektet, uppdateringar och support. Om licensgivaren försvinner och det föreligger fel i licensobjektet kan detta få till följd att licenstagaren inte längre kan nyttja sin investering. I licensavtal hanteras detta ofta genom källkodsdeponering, vilket innebär att licensgivaren regelbundet ska lämna uppdaterade versioner av källkoden till en oberoende tredje part. Denne har till uppgift att lämna ut källkoden om exempelvis licensgivarens konkurs skulle inträffa. Även om detta givetvis innebär en trygghet för licenstagaren, kan det i praktiken leda till svårigheter då det kan vara svårt för licenstagaren att efter ett övertagande av källkoden själv uppdatera eller rätta ett felaktigt dataprogram.⁷⁵

Om konkurs finns med som utlämnandegrund för källkodsdeponering finns det en risk att konkursförvaltaren motsätter sig ett utlämnande om det rör sig om en omfattande nyttjanderätt, exempelvis en exklusiv sådan. Sakrätten kan med andra ord stå i konflikt med licenstagarens nyttjanderätt till licensobjektet och exempelvis Stockholm handelskammare uppger på sin hemsida att de inte kan lämna en laglig garanti för utlämnande av källkod med anledning av rättsosäkerhet gällande denna konflikt.⁷⁶

⁷⁵ Magnusson Sjöberg (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, 2021, s. 475.

⁷⁶ Stockholms handelskammare <https://chamber.se/tjanster/deponeringstjanster> [2021-06-12].



3.7.3 Tillhandahållande av programvaran över tid

Det är av stor betydelse för licenstagaren att licensgivaren åtar sig att tillhandahålla programvaran med tillhörande dokumentation, underhåll och support över tid. Licenstagaren vill inte ingå ett licensavtal med en licensgivare vars programvara, system eller applikation är i slutet av sin livstid, s.k. ”end-of-life” programvara. Programvarubolagen väljer vanligen att i detta skede begränsa investeringarna i programvaran och allokera resurser för utveckling, underhåll och support till andra verksamheter. Licensavtalet bör därför innehålla ett formellt åtagande om att fortsatt tillhandahålla programvaran med tillhörande dokumentation, underhåll och support, samt en informationskyldighet om framtida avsikter att avveckla programvaran. Om licensgivaren bryter mot åtagandet är det i många fall rimligt att licenstagaren får tillgång till källkoden via en källkodsdeponering för att på så sätt på egen hand utveckla och underhålla programvaran. Mer om avtal om källkodsdeponering framgår av avsnitt 6.

3.7.4 Återförsäljare och distributörer

Komplicerade flerpartsförhållanden kan uppstå mellan den som ursprungligen har utvecklat den licensierade programvaran och den som innehar rätt att upplåta nyttjanderätt. Utvecklaren av programvaran kan licensiera programvaran till en återförsäljare som sedan har rätt att tillhandahålla licensen till licenstagare inom en bestämd jurisdiktion. Om sådana flerpartsförhållanden föreligger måste myndigheten tillse att det av licensavtalet tydligt framgår vem som är motpart och säkerställa att denna part har rätt att upplåta nyttjanderätten. Vidare bör det säkerställas att den verkliga avtalspartnern omfattas av en offentlig upphandling så att myndigheten i enlighet med upphandlingslagarna kan avropa licensen från företaget. Det är viktigt att återförsäljaren som upplåter nyttjanderättigheten till myndigheten tar fullt ansvar för licensavtalets fullgörelse.

Ref. 000001

4. Underhålls- och supportavtal

4.1 Allmänt om underhålls- och supporttjänster till programvara

En myndighet som köper en licens till en programvara bör överväga tillkommande behov av underhåll och support. Framför allt behöver behovet av underhåll beaktas eftersom programvaran normalt behöver uppdateras, utvecklas och felrättas löpande för att vara användbar i myndighetens verksamhet. Underhållstjänsten omfattar vanligen tillhandahållande av ny version, löpande uppdateringar och s.k. ”buggfixar” i



programvaran. Nya versioner kan till exempel innehålla ny funktionalitet och åtgärdande av fel eller säkerhetsbrister.

Det finns ingen enhetlig terminologi för underhållstjänstens ingående delar som versioner, releaser, uppdateringar. Programvaruleverantören fastställer vanligen en plan för programvarans underhåll och vilka nya versioner, uppdateringar och andra underhållstjänster företaget avser att tillhandahålla över tid. Denna utfästelse blir av stor betydelse för licenstagaren eftersom underhållstjänsten normalt behövs för att programvaran ska kunna användas under en längre tidsperiod. Om leverantören förbehåller sig rätten att upphöra med tillhandahållande av underhållstjänsten måste denna omständighet beaktas och utvärderas av myndigheten. Ett alternativ i en sådan situation kan vara att licenstagaren genom ett avtal om källkodsdeponering erhåller tillgång till källkoden den dagen licensgivaren väljer att upphöra med tillhandahållande av underhållstjänsten. Det kan även förekomma att licensgivaren lägger till extra kostnader eller ställer krav på inköp av nya licenser om myndigheten inte tecknar ett underhållsavtal inledningsvis men väljer att komplettera beställningen i ett senare skede.

Uppmärksamhet bör fästas vid denna typ av regleringar och myndigheten bör särskilt tillse att det finns en god planering för underhåll av programvaran och överväga eventuella uppsägningar och dess konsekvenser.

Även supporttjänster är många gånger centrala för nyttjande av programvara. Generellt kan sägas att supporttjänsten kan vara av olika slag, dels teknisk support avsedd för myndighetens it-tekniker, dels användarsupport tänkt för medarbetare i verksamheten som använder tjänsten. Det finns normalt olika ingångar till support i första linjen och därefter en eskaleringsprocess i flera nivåer där mer kvalificerade supporttekniker kopplas in för mer komplicerade fel eller frågor. Supporttjänstens tillhandahållande kan också vara avgörande för programvarans användbarhet och resonemanget ovan avseende åtagande för underhållstjänster från leverantören kan även appliceras på supporttjänster. Här är det också viktigt att parterna tar hänsyn till vilken information som får hanteras hos leverantörer och underleverantörer vid supportärenden.

Det är vanligt förekommande att underhåll och support regleras tillsammans i ett avtal men det kan även förekomma att underhåll och support regleras i separata avtal. Om åtagandena regleras separat tar vanligen supportavtalet upp brådskande felrättningar och löpande stöd till kunden och underhållsavtal reglerar ofta uppgraderingar, tillgång till nya versioner och planerade felrättningar.⁷⁷ Ibland kan det även förekomma att särskilda regleringar om underhåll återfinns i licensavtalet.

⁷⁷ Magnusson Sjöberg (red.), Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället, 2021 s. 487–488.



4.2 Underhållsavtal

I underhållsavtal regleras leverantörens åtagande avseende den underhållstjänst som ska tillhandahållas. En viktig reglering i ett underhållsavtal är att definiera de underhållsobjekt som underhållet avser. Underhållsobjekten kan beskrivas i huvudavtalet men om flera olika underhållsobjekt är för handen kan de med fördel anges i en förteckning som bilaga till underhållsavtalet. Av central betydelse för underhållsavtalet är beskrivningen av den underhållstjänst som leverantören ska tillhandahålla. Många gånger görs det i en standardiserad tjänstebeskrivning som leverantören tillhandahåller där det beskrivs i vilken omfattning nya versioner ska tillhandahållas, när i tid så ska ske samt vilken funktionalitet som respektive version omfattar. Här bör också leverantörens ansvar för att tillhandahålla andra löpande uppdateringar regleras, så som exempelvis inom vilken tid en felrättning eller säkerhetsuppdatering ska tillhandahållas efter att en brist uppdagas.

4.3 Supportavtalet

Supportavtalet bör precis som underhållsavtalet reglera supporttjänstens innehåll i en tjänstebeskrivning och med angivande av de supportobjekt som supportavtalet omfattar. En central reglering är hur leverantören bemannar sin organisation vid tillhandahållande av support. Här är det viktigt för kunden att säkerställa att kunnig och erfaren personal har avdelats för uppgiften i supporttjänstens olika delar samt att supportavtalet reglerar frågor som svars- och åtgärdstid. Det förekommer att parterna överenskommer om att support ska tillhandahållas av dedikerade resurser och om supportavtalet omfattar support på plats, överenskommelse om supportpersonalens geografiska placering. Supportpersonalens geografiska placering kan även ha betydelse för dataskyddsfrågor då leverantörens tillhandahållande av support kan resultera i att personuppgifter överförs från Sverige till en annan jurisdiktion.

Rätten för leverantören att anlita underleverantör för supporttjänsten är kopplad till ansvar och kontroll. Som kund bör man säkerställa att leverantören tar fullt ansvar för underleverantören och att kontrollmekanismer finns för att säkerställa att underleverantören är lämplig för uppdragets utförande. Även i denna del behöver övervägande om regelverk kring sekretess och dataskydd särskilt beaktas.

eSam har tagit fram allmänna villkor för it-support som kan användas som avtalsvillkor till supportavtal för programvara. Till avtalsvillkoret finns en kommentar som innehåller en mer omfattande beskrivning av supportavtalets regleringar. Vid tillhandahållande av support kommer leverantörens anställda ofta nära organisationen som ska supporteras och kan då ta del av personuppgifter och information som skyddas av sekretess.



Rättsregler kring dataskydd, sekretess och säkerhet blir därmed viktiga att beakta. Vägledning kring dessa rättsliga områden finns i kommentaren till eSams Allmänna villkor för it-support samt Outsourcing 2.0 – en vägledning om sekretess och dataskydd.⁷⁸

4.3.1 Tillgänglighet och servicenivå.

Det förekommer att leverantören inte har några åtaganden vad gäller tillgänglighet och servicenivå i underhåll- och supportavtal. Från kundens perspektiv bör man i vart fall säkerställa att kritiska programvaror underhålls och supporteras i enlighet med det behov som finns. Särskilda nivåer kan fastställas i ett upprättat service level agreement ("SLA"). Ett SLA kan omfatta olika servicenivåer som svarstid, åtgärdsstid eller inställelsetid där leverantören åtar sig att svara, åtgärda problem eller inställa sig inom en viss angiven tidsperiod. Avvikelse från angivna åtaganden resulterar normalt i vite. Vitet utgör en fast kompensation och utgår vid avvikelse från garanterad servicenivå. Vitet bör vara av den storleksordning att det får påverkan på leverantörens agerande och prioriteringar. Vitet ökar vanligen i takt med storleken på avvikelsen upp till ett angivet maximalt belopp. Kommersiella aspekter bör beaktas i samband med utvärdering av vitesnivå. Vitets storlek är kostnadsdrivande och procentsats samt beräkningsunderlag bör granskas för att motverka de risker som vitet är tänkt att kompensera för. Specificeras inget i avtalet kommer leverantören endast behöva utföra underhåll inom skälig tid.

4.3.2 Påföljder

Som ovan nämnt är vite en vanlig påföljd vid bristande support och underhåll. Leverantören har dock vanligen ett åtagande om att, på egen bekostnad, avhjälpa fel i den tillhandahållna support- eller underhållstjänsten med den skyndsamhet som omständigheterna kräver. Specifikationen blir vägledande för att bedöma bristen. Specificeras inte tjänsten i specifikationen får bristen tolkas mot vad som kan anses vara ett fackmannamässigt utfört arbete. Ofta ska leverantören avhjälpa fel inom skälig tid från kundens reklamation. Här får man beakta den tekniska komplexitet som felet medför men även felets allvarlighetsgrad. Inte sällan är ett bristande felavhjälpande förenat med en skyldighet att lämna ett skäligt prisavdrag som motsvarar felets omfattning. Har parterna kommit överens om en garanterad servicenivå är det inte ovanligt att kundens åtgärder begränsas genom exempelvis en förlorad rätt till skadestånd eller annan ersättning. Om felet är väsentligt och leverantören inte åtgärdar felet kan kunden ha rätt att säga upp avtalet. Som kund är det även viktigt att kontrollera

⁷⁸ <https://www.esamverka.se/stod-och-vagledningar.html>



eventuella reklamerationsfrister i avtalet. Om inte kunden gör sitt anspråk gällande inom angiven reklamerationsfrist förlorar kunden sin rätt till att göra sitt anspråk gällande.

Följande frågor kring underhålls- och supportavtal behöver övervägas

- Hur specificeras underhålls- och supporttjänsten? Har leverantörens åtagande tydligt angivits i en tjänstebeskrivning och finns avtalade servicenivåer?
- Är underhålls- och supportobjektet angivet korrekt?
- Hur hanteras förändring av underhålls- och supportobjekt över tiden? T.ex. om optioner nyttjas och ytterligare programvara eller användare tillkommer?
- Är underhåll och/eller support kritiskt för användningen av programvaror? Är avtalade servicenivåer tillsammans med servicenivåvite och övriga påföljder som kunden har rätt till, tillräckliga för att förmå leverantören att uppfylla sitt åtagande?

Ref. 000001

5. Öppen källkod

Öppen källkod (på engelska Open Source) är ett samlingsbegrepp för programvara som inte är proprietär. Med proprietär programvara avses en programvara som har utvecklats av en upphovsman och som vanligen distribueras med tillkommande restriktioner (i motsats till den öppna källkoden). Ett begrepp som används synonymt med proprietär källkod är stängd källkod.⁷⁹ Med programvara som har öppen källkod avses att upphovsmannen gör sin programvara tillgänglig för nedledning, användning och distribution under en licens med särskilda villkor. Licenstagaren kan genomföra ändringar i källkoden och på så sätt skapas en ny programvara. Öppen källkod är, till skillnad från proprietär programvara, skapad för att spridas, nyttjas och vidareutvecklas av andra.⁸⁰

Upphovsmannen kan välja mellan olika standardlicensvillkor för programvara med öppen källkod vilket medför att förutsättningarna för att använda öppen källkod kan vara välkända. Myndigheten ska dock notera att varierande villkor kan förekomma och varje villkor bör granskas separat. I vissa villkor tillåts det att programvaran blir

⁷⁹ Jämför Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s. 207.

⁸⁰ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s. 202.



proprietär medan det i andra villkor föreligger restriktioner som medför att källkoden förblir öppen. Normalt utgår ingen ersättning för nyttjanderätten men det kan förekomma avgifter för framställande av exemplar och för tillkommande tjänster så som installation, underhåll och support.⁸¹ Detta innebär att öppen källkod kan anskaffas som ett direktinköp, utan kostnad, och att eventuella tillkommande tjänster behöver upphandlas.

Den internationella organisationen the Open Source Initiative ("OSI") bildades 1998 för att främja användning av öppen källkod. Som ett led i arbetet har OSI tagit fram en definition av öppen källkod där de centrala delarna är;

- fri distribution av programvaran,
- inkludering och distribution av källkod med programvaran,
- rätt till att ändra och bearbeta källkoden för att sedan distribuera, källkoden vidare, och
- inkludering av alla nödvändiga rättigheter i licensen till programvaran.

Samtliga kriterier finns att tillgå på OSI:s webbsida, <https://opensource.org>. På webbsidan finns också hänvisningar till av OSI godkända licenser för öppen källkod och annan information på temat.

5.1 Varför öppen källkod?

Den gemensamma bakomliggande filosofin kring öppen källkod är att programvaran ska vara fri och tillgänglig för andra att vidareutveckla.⁸² Tanken är att utvecklarna med gemensamma insatser ska skapa datorprogram som sedan kan vidareutvecklas och nyttjas för valfria behov. Betydelsen av öppen källkod har vuxit sedan de första initiativen på 1970-talet och idag förekommer användning av öppen källkod i alla delar av samhället. Upplåtelseformen har inte bara varit framgångsrik ur ett utvecklingsperspektiv utan också kommersiellt, vilket t.ex. Linux, Android, Mozilla Firefox och OpenStack har visat, med en omfattande användning som generar stort behov av kompetens avseende installation, underhåll och support, som tillhandahålls av olika it-leverantörer.

⁸¹ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s. 202.

⁸² Pawlo, Mikael, "Något om fri programvara och öppen källkod – nya licenstyper för datorprogram", Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, NIR, Häfte 4, Årgång 71, 2002, s. 381.



Även inom offentlig förvaltning används öppen källkod där öppenhet, samnyttjande och standardisering lyfts fram som fördelar.⁸³

5.2 Risker med öppen källkod

Programvara med öppen källkod kan precis som en proprietär programvara spridas på ett sätt som strider mot villkoren i licensavtalet. Om programvaran används i strid med licensavtalet kommer detta leda till upphovsrättsintrång. Här görs inte någon skillnad mellan en licens som tillhandahålls för en proprietär programvara respektive med öppen källkod. Som ovan nämnts föreskriver specifikationsprincipen att eventuella otydligheter gällande upphovsrättsöverlåtelsen ska tolkas till fördel för den ursprunglige rättighetsinnehavaren vilket medför att förfoganden som inte har specificerats på ett tydligt sätt blir kvar hos rättighetsinnehavaren. Godtrosförvärv existerar inte inom upphovsrätten vilket medför att licenstagaren endast får de rättigheter som är tydligt angivna. Det blir därmed viktigt att kontrollera att användning av den öppna källkoden är tillåten inom ramen för avtalet.⁸⁴ En annan risk som ska beaktas är att ursprunget till den öppna källkoden inte alltid redogörs för på ett tydligt sätt. Upplåtelsen innehåller ofta inga garantier avseende programvaran, exempelvis om det vid ett senare tillfälle skulle visa sig att den öppna källkoden egentligen utgör proprietär programvara. Detta kan i sin tur medföra att resultat till en utveckling som är byggd på den öppna källkoden inte kan överlåtas. Här måste man särskilt fundera över rättigheter till resultat vid utveckling och vilka eventuella skyldigheter som användandet av tredje parts programvara kan medföra.⁸⁵ Myndigheten bör även fundera över vilket ansvar den licensierande parten tar om tredje parts programvaror innehåller bestämmelser som resulterar i att myndigheten inte kan använda licensen så som tilltänkt.

Ett villkor som inte sällan förekommer i licensavtal för öppen källkod är ”copyleft”. Detta villkor innebär, i dess striktaste form, en förpliktelse för den part som integrerar öppen källkod med proprietär eller egenutvecklad källkod, som medför att all distribution av sådan programvara måste ske på samma villkor som gäller för den öppna källkoden. Detta brukar kallas för copyleft-smitta. Sådan smitta medför att ensamrätten till proprietär programvara försvinner och källkoden blir, i dess helhet, att betrakta som öppen källkod.⁸⁶ Ett exempel på en licens som innehåller copyleft villkor är GNU-GPL. En part som licenserar en källkod under GNU-GPL kan inte vidareutveckla programvaran utan att tillhandahålla sin egen källkod. Programvaror som licenseras och

⁸³ DIGG, <https://www.digg.se/om-oss/nyheter/2019/digg-tar-policybeslut-kring-oppen-kallkod>, publicerad 15 maj 2019, [2021-05-12]. Notera även Kommissionens strategi för öppen källkod, https://ec.europa.eu/info/departments/informatics/open-source-software-strategy_sv [2021-06-16].

⁸⁴ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s. 204–205.

⁸⁵ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, 2001, s. 147.

⁸⁶ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s. 205–206.



distribueras under GNU-GPL kommer alltid betraktas som öppen källkod. Det förekommer olika copyleft villkor på marknaden och det ska noteras att vissa copyleft villkor medför färre krav på användaren av den öppna källkoden. Det rekommenderas därför att myndigheten går igenom varje enskilt villkor för att kontrollera innehållet i bestämmelsen.

Ur ett avtalsrättsligt perspektiv är det viktigt att komma ihåg att öppen källkod tillhandahålls utan att upphovsmannen tar ansvar för programvarans funktionalitet eller för fel i programvaran. Även supportsituationen är en annan där användaren får vända sig till en fristående it-konsult för support av programvaran och inte till upphovsmannen.

Det ska också framhållas att den avtalsrättsliga konstruktionen med öppen källkod inte har prövats enligt svensk rätt och att det bara finns några få internationella rättsfall avseende öppen källkod.⁸⁷

6. Källkodsdeponering

Licenstagaren har ofta ett intresse av säkra framtida tillgång till källkod då licenstagare som huvudregel inte har rätt att ta del av den. Detta är särskilt viktigt då källkoden ska användas för programvara som är kritisk för verksamheten. Myndighetens tillgång till källkod är ofta nödvändig för att möjliggöra ändringar i programvaran vilket kan bli av central betydelse om licensgivaren inte kan tillhandahålla programvaran vid någon tidpunkt under avtalsförhållandet.

Beroendeförhållandet som finns mellan licensgivare och licenstagare kan motverkas genom källkodsdeponering. Källkodsdeponering innebär att en oberoende tredje part förvaltar källkoden för att säkerställa att licenstagaren kan få tillgång till källkoden vid särskilda händelser, så som licensgivarens obestånd eller upphörande av prestation. Förvaltning av källkod ges genom aktiv och passiv deponering. I Sverige används främst passiv deponering. Detta innebär att depositarien endast tar hand om källkoden. Aktiv deponering innebär att depositarien, utöver att förvara källkoden, kontrollerar dess riktighet och funktionalitet.⁸⁸ Vilka händelser som ska resultera i ett utlämnande regleras i ett deponeringsavtal och kan variera från fall till fall.

⁸⁷ För mer information om öppen källkod rekommenderas boken "Open (Source) for business" skriven av Heather Meeker.

⁸⁸ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s. 207–208.



6.1 Deponeringsavtal

Källkodsdeponering regleras ofta genom ett deponeringsavtal. Källkodsdeponering utförs vanligen av en oberoende tredje part och erbjuds av flera privata aktörer. Sveriges Handelskammare är vanligt förekommande depositarier. I Sverige finns det elva regionala handelskamrar. Samtliga Handelskammare finns listade på <https://www.sverigeshandelskamrar.se>

Stockholms Handelskammare tillhandahåller modellavtal för att hantera källkodsdeponeringen. Källkodsdeponeringsavtalet är ett trepartsavtal mellan licensgivaren, licenstagaren och Stockholms Handelskammare. Vilka händelser som medger att depositarien lämnar ut källkoden till licenstagaren regleras i deponeringsavtalet. Några exempel på händelser som ger licenstagaren en rätt att få ut källkoden enligt Stockholms Handelskammares modellavtal är följande.

- Gemensam skriftlig instruktion om att källkoden ska lämnas ut.
- Icke avtalsenlig uppdatering av källkod och/eller tillhörande dokumentation.
- Licensgivares avtalsbrott (gäller för licens- eller underhållsavtal)
- Licensgivarens upphörande av verksamhet.
- Licensgivarens likvidation eller obestånd.

Det fullständiga avtalet återfinns här;

<https://www.chamber.se/kallkod/deponeringsavtalet>

6.2 Risker med källkodsdeponering

Att använda sig av källkodsdeponering är förenat med kostnader och risker. Deponering av källkod är inte alltid motiverat utan ska noggrant övervägas i varje enskilt fall. Tilläggas kan också att licensgivaren inte alltid accepterar att ingå ett avtal om källkodsdeponering. Checklistan nedan tar upp de huvudsakliga frågor som myndigheten bör reflektera över före krav på deponering förs fram.



Följande överväganden behöver beaktas vid källkodsdeponering.

- Ingår programvaran som en del av ett affärskritiskt system eller finns det mer omfattande kundspecifika anpassningar i programvaran? Om ja – källkodsdeponering bör övervägas.
- Kan myndigheten byta ut programvaran mot en likvärdig produkt? Om nej – källkodsdeponering bör övervägas.
- *Vilka juridiska regler kommer att tillämpas på källkodsdeponeringen?* Flera olika rättsliga områden, däribland det sakrättsliga regelverket, kan ha en inverkan på deponering av källkod och dessa varierar mellan olika jurisdiktioner. Myndigheten bör därför kontrollera lagvals klausul vid källkodsdeponering.
- *Hur ser licensgivarens ekonomi ut?* Om licensgivaren är ett nyetablerat företag, har svag finansiell ställning eller det i övrigt finns anledning att betvivla att verksamheten kommer att finnas kvar i framtiden bör myndigheten överväga källkodsdeponering för att säkra sin framtida tillgång till programvaran.
- *Hur stabil är depositarien?* Myndigheten bör kontrollera att depositarien är etablerad och har en stabil ekonomi. Licensstagaren riskerar att mista sitt skydd om depositarien går i konkurs eller väljer att lägga ned verksamheten.
- *Hur ska man hantera uppdateringar av programvaran och tillhörande nödvändig dokumentation?* Myndigheten måste säkerställa att källkoden som deponeras innehåller den senaste uppdateringen av programvaran och att korrekt tillhörande dokumentation finns tillgänglig för att kunna nyttja källkoden.
- *Förvaras källkoden i ett format som kan hanteras i verksamheten?* Myndigheten måste kontrollera att verksamheten kan hantera och använda det format som källkoden deponeras i.



7. Licensförvaltning

7.1 Allmänt om licensförvaltning

Innehavet av en licens till en programvara utgör många gånger en viktig och kritisk tillgång för licenstagare. Det är av stor vikt att myndigheter säkerställer att även immateriella tillgångar av det slag som programvarulicensen utgör förvaltas på ett strukturerat sätt. En licenstagare som inte har god ordning i sin licensförvaltning riskerar att drabbas av merkostnader då onödiga licenser avropas eller av underlicensiering med arbetskrävande revisioner från licensgivaren och tillkommande licensersättning som följd.

Licensförvaltning kallas med ett annat ord Software Asset Management ("SAM") och förekommer bland annat i standarden SS-ISO/IEC 19770-1, som innehåller en standard för programvaruhantering.⁸⁹ Hantering av programvarutillgångar omfattar inte bara nyttjanderätt till proprietär programvara utan också förvaltning av egenutvecklad programvara, s.k. "Freeware" och öppen källkod. Det övergripande syftet är att skapa överblick över de programvarutillgångar som verksamheten är beroende av för att på så sätt säkerställa kontroll och underlag för beslut vid utveckling av myndighetens it-miljö. Utöver det finns det krav på att myndigheter ska upprätthålla dokumentation av programvara som används i informationssystem i MSBFS 2020:7 4 § 1 punkten.

Mot bakgrund av att offentlig förvaltning i stor omfattning bedriver it-drift i egen regi med egna datacenters och licenshantering är en god programvaruförvaltning av stor betydelse för offentlig sektor.⁹⁰ Behovet har belysts i olika sammanhang, statliga utredningar och rapporter. Vi väljer att lyfta fram den senaste rapporten från Statskontoret i avsnittet nedan även om den har några år på nacken.

7.2 Myndigheters licensförvaltning

På uppdrag av regeringen publicerade Statskontoret år 2007 rapporten *Statliga myndigheters hantering av programvarulicenser 2007:11*. Rapporten baseras på en kartläggning av hur de statliga myndigheterna hanterar sina licenser av upphovsrättsligt skyddade datorprogram. I rapporten konstaterades bland annat att ett fåtal myndigheter uppfyllde Statskontorets krav på godtagbar hantering av programvarulicenser och att många myndigheter endast uppfyllde enstaka krav. Det fanns även tydliga indikationer på att obehörig installation

⁸⁹ Se SS-ISO/IEC 19770-1:2017 <https://www.iso.org/>, avsnitt 3.50, [2021-05-12].

⁹⁰ Ungefär två tredjedelar av myndigheterna har eget datacenter enligt it-driftutredningen, Säker och kostnadseffektiv it-drift – rättsliga förutsättningar för utkontraktering, SOU 2021:1, s. 82.



och användning av programvaror förekom hos många myndigheter även om omfattningen inte var känd.⁹¹

I rapporten listar Statskontoret ett antal grunder för vad som kan anses vara godtagbar hantering. Kraven delas upp i kategorierna ordning och reda, kontroller/inventering, ansvar och information, samt förhindra/förebygga.⁹² Sju grundläggande krav listas för att en myndighet ska anses ha en acceptabel nivå i hanteringen av programvaror och licenser.⁹³

Myndigheten förväntas:

- 1) att ha någon form av licensregister
- 2) att kunna styrka sitt licensinnehav
- 3) att ha personer utsedda med uppgift att se till att myndigheten har erforderliga licenser
- 4) att ha en dokumenterad policy för licenshantering
- 5) att informera anställda, och för lärosäten, även studenter om gällande regler och ansvar
- 6) att ha kontroll över utnyttjandet av programvara via installationskontroll och/eller inventering av datorer
- 7) att enbart ge särskilt utsedda personer tillåtelse att installera program och/eller systemprogram.

8. Revision

Med revision avses en möjlighet för en part att genomföra en undersökning av motpartens verksamhet för att kontrollera att parternas avtal efterlevs.⁹⁴ För licensgivaren finns ett intresse av att kontrollera att licenstagaren inte nyttjar licensobjektet på ett sätt som går utöver vad som reglerats i avtalet. Med anledning av detta vill licensgivaren ofta genom licensavtalet reglera en relativt långgående rätt att kontrollera licenstagarens nyttjande av programvaran genom revision.

Det är för båda parterna viktigt att reglera förutsättningarna för revisionen i avtalet. En revision kan nämligen innebära ett förhållandevis omfattande planeringsarbete och störningar i verksamheten. Den mest ingripande formen av revision är en granskning på plats i en parts lokaler. Revisionen kan också genomföras på mindre ingripande sätt, så som att en part förser motparten med efterfrågad information. När det gäller själva

⁹¹ Statsförvaltningen, Statliga myndigheters hantering av programvarulicenser, 2007:11, s. 8 – 11.

⁹² Statsförvaltningen, Statliga myndigheters hantering av programvarulicenser, 2007:11, s. 15.

⁹³ Statsförvaltningen, Statliga myndigheters hantering av programvarulicenser, 2007:11, s. 17.

⁹⁴ Arrhed, Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster, 2016, s.171.



nyttjandet av en programvara finns idag tekniska möjligheter att digitalt läsa av vilka programvaror som används. Detta medför att licensgivaren kan få tillgång till rapporter över licenstagarens nyttjande av programvaran genom exempelvis fjärråtkomst vilket licenstagaren ska vara särskilt uppmärksam på och försöka reglera villkoren för.

Normalt utför programvaruleverantören revisionen med egen personal. De större programvarubolagen har särskilda avdelningar som enbart arbetar med att utföra och följa upp genomförda licensrevisioner. Det är inte ovanligt att licensgivarens metod för revisionens genomförande inbegriper att stora mängder detaljerad information om exempelvis användare, loggar med tidpunkter för in- och utloggning och liknande ska tillhandahållas licensgivaren för dennes analys. Ett licensavtal bör inte ge licensgivaren uttrycklig rätt till sådan omfattande information då det kan bli problematiskt ur informationssäkerhetshänseende. En samlad bedömning av laglighet och lämplighet av utlämnandet behöver göras innan denna typ av information tillhandahålls licensgivaren.

Som licenstagare bör man vara uppmärksam när licensgivaren återkommer efter en licensrevision och gör gällande en underlicensiering, det vill säga att licenstagaren nyttjar programvaran i större omfattning än vad som följer av licensavtalet. Inte sällan görs revisionerna utifrån de, vid tillfället för revisionen, gällande förutsättningarna avseende licensavtalsvillkor och användarmanualer. Ständig teknisk utveckling gör att licensvillkoren ofta blir mer och mer begränsande för att förhindra nya former av nyttjande. Ett gammalt licensavtalsvillkor kan vara mer tillåtande och ett undantag i det ursprungliga licensavtalet kan fortsatt vara gällande och tillåta ett nyttjande som inte är tillåtet enligt programvarubolagets senaste licensavtalsvillkor.

Licenstagaren bör vara vaksam på allt för aggressiva revisionsregleringar och verka för mer balanserade sådana där rätten till revision inte kan göras gällande allt för frekvent och allt för ingripande. Det är även viktigt att beakta säkerhet och sekretess i samband med revisioner då leverantören får tillgång till myndighetens lokaler och system.



Revisionsregleringen avgör på vilket sätt och hur ofta licensgivaren får granska licenstagarens verksamhet. Licenstagaren bör vara vaksam på att licensgivaren inte inför en allt för aggressiv och ingripande rätt till granskning.

- Hur ofta föreligger rätten till revision? Årligen, närhelst en part önskar eller årligen med möjlighet till ytterligare revision under vissa förutsättningar?
- Ska revisionen utföras av licensgivaren eller av en oberoende tredje part?
- Licensgivarens granskning ska enbart avse kontroll av myndighetens nyttjande av programvaran och begränsas så att inte licensgivarens ges tillgång till annan del av myndighetens information eller verksamhet.
- Vem står kostnaden för revisionen?
- Har det reglerats hur långt innan revisionens genomförande som licensgivaren ska underrätta licenstagaren?
- Säkerställ att revisionen ska utföras på licenstagarens vanliga arbetstid och på ett sätt som medför så liten störning i licenstagarens verksamhet som möjligt.
- Licensrevision får inte innebära att licensgivaren ges självständig åtkomst till myndighetens IT-miljö.
- Har hantering av säkerhet och sekretess beaktats i licensavtalet?

Ref. 000001

9. Avtalens form och allmänna standardvillkor

Beroende på sammanhang och författare kan licensavtalet ha många olika former. De flesta programvarubolag tar fram standardiserade allmänna villkor för licensiering av sina programvaruprodukter. Sådana villkor är vanligtvis licensgivarvänliga och de större kunderna kräver därför normalt anpassningar av de allmänna villkoren genom kravställning i upphandlingar eller i förhandling. Många programvarubolag accepterar vissa justeringar av allmänna licensvillkor men acceptansnivån är ofta beroende av storleken och betydelsen av den affär som ska ingås. Notera att det för vissa typer av datorprogramvara som avser verksamhetssystem eller applikationer som nyttjas av många användare, finns särskilda användarvillkor som licensgivaren vill att licenstagarens användare ska tillämpa när programvaran nyttjas. Användarvillkoren blir också vanligen en del av licensavtalet och bör granskas på samma sätt som övriga delar av licensavtalet.

Vid tolkning av licensavtal och licensavtalsvillkor kan samma regler och metoder tillämpas som för avtal i allmänhet, vilket bör beaktas då ett licensavtal ska upprättas eller



tolkas. Samtliga tolkningsmetoder är dock inte lämpliga vid användning av standardavtal, så som exempelvis standardiserade licensavtalsvillkor. Ett exempel är utvärderandet av parternas vilja. Standardavtalsvillkor kan inte anses vara ett uttryck för parternas vilja. Syftet bakom avtalsvillkoret blir inte utan betydelse men det går inte att fästa samma vikt vid bestämmelsens lydelse som det gör i många andra fall. Många gånger får parterna utgå från standardavtalets sedvanliga tolkning vid val av ett väletablerat standardavtal. Detta medför exempelvis att man fäster mer vikt vid avtalets ordalydelse och att friskrivningar tolkas snävt. En tolkningsregel som är värd att nämna är den s.k. oklarhetsregeln som innebär att den som skrivit ett avtalsvillkor otydligt får ta konsekvensen av otydligheten vilket medför att motpartens tolkning blir gällande (under förutsättning att den är rimlig). Denna regel gäller inte endast för den part som författat ett avtal utan även mot den part som har införlivat ett standardavtal.⁹⁵

Följande exempel finns på standard- och ramavtal för programvarulicens:

- EDEL 2019. EDEL 2019 har tagits fram av föreningen Swedish Software (SweS), tidigare Föreningen Svensk Programvaruindustri. Det är alltså en förening för licensgivare. EDEL 2019 kommer i två olika versioner, EDEL 2019 A och EDEL 2019 I. A-versionen ingås genom skriftligt undertecknat avtal och kan även kompletteras med tilläggstjänster. I-versionen är avsett som ett icke-skriftligt avtal som ingås till exempel genom bekräftelse vid nedladdning från internet av datorprogrammet (så kallade clickwrap-avtal).
- Kammarkollegiets ramavtal för ”Programvarulösningar”. I ramavtalet finns allmänna villkor som täcker licensiering av programvaror, men också molntjänster med mera. För licensiering av programvara gäller villkoret ”Särskilda villkor för proprietär programvara” 2017-11-15, diarienummer 23.3-5562-17.
- Kammarkollegiets allmänna villkor för programvaror och tjänster (Dnr 23.3-5561-17). Kammarkollegiets har även särskilda villkor, bland annat för proprietär programvara (Dnr 23.3-5561-17) och öppen källkod (Dnr 23.3-5561-17) som också kan användas för vägledning vid upprättandet av ett villkor.

⁹⁵ Permés, Lindberg, IT-avtal: en kommentar till IT-branschens standardavtal, s. 28–31.



eSam är ett medlemsdrivet program för samverkan mellan myndigheter och Sveriges Kommuner och Regioner (SKR) för att underlätta och påskynda digitaliseringen inom det offentliga. eSam bildades 2015 och en viktig uppgift är att ge ut vägledningar som skapar förutsättningar för att öka den digitala samverkan inom offentlig förvaltning.

Vägledningarna finns på esamverka.se

Ref. 000001

I eSam ingår Arbetsförmedlingen, Bolagsverket, Boverket, Centrala Studiestödsnämnden, Domstolsverket, eHälsomyndigheten, Försäkringskassan, Inspektionen för vård- och omsorg, Jordbruksverket, Kriminalvården, Kronofogdemyndigheten, Lantmäteriet, Migrationsverket, Naturvårdsverket, Patent- och registreringsverket, Pensionsmyndigheten, Polisen, Riksarkivet, Sida, Skatteverket, Skolverket, Sveriges Kommuner och Regioner, Statens servicecenter, Statens tjänstepensionsverk, Statistiska centralbyrån, Tillväxtverket, Trafikverket, Transportstyrelsen, Tullverket och Universitets- och högskolerådet. (jan 2021)