



MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2011:29

2011-11-29

Dnr C 17/10

Dnr C 18/10

Dnr C 19/10

KÄRANDE

Sony Computer Entertainment Europe Limited,
327779, 10 Great Marlborough Street,
London W1F 7LP, Storbritannien

Ombud: advokaterna J. R. och
J. E., Bird & Bird Advokat KB,
Box 7714, 103 95 Stockholm

SVARANDE

(C 17/10)

Wechip Handelsbolag,

Sankt Eriksgatan 105, 113 31 Stockholm

SVARANDE

(C 18/10)

P. M. med enskild firma PM

Konsol o Data i Tranås,

Sveagatan 32 B, 573 39 Tranås

SVARANDE

(C 19/10)

Krusan AB (tidigare Rejoy AB),

Hedeborgsgatan 3,

511 58 Kinna

SAKEN

Marknadsföring av USB-modul

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen förbjuder Wechip Handelsbolag, P. M. med enskild firma PM Konsol o Data i Tranås respektive Krusan AB vardera vid vite av en miljon (1 000 000) kr att marknadsföra produkten PSJailbreak eller annan väsentligen samma produkt.
 2. Wechip Handelsbolag ska ersätta Sony Computer Entertainment Europe Limited dess rättegångskostnader med etthundratusen (100 000) kr avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.
 3. P. M. med enskild firma PM Konsol o Data i Tranås ska ersätta Sony Computer Entertainment Europe Limited dess rättegångskostnader med etthundrafemtiotusen (150 000) kr avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.
 4. Krusan AB ska ersätta Sony Computer Entertainment Europe Limited dess rättegångskostnader med enmiljonnittiotusen (1 090 000) kr, varav 1 000 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.
-

GEMENSAM HANDLÄGGNING

- 1 Den 3 september 2010 väckte Sony Computer Entertainment Europe Limited (Sony) talan mot Wechip Handelsbolag (Wechip), P. M. med enskild firma PM Konsol o Data i Tranås (PM) respektive Krusan AB (Krusan), tidigare Rejoy AB, vid Marknadsdomstolen. I samtliga tre mål har Sony åberopat samma rättsliga grunder varför Marknadsdomstolen den 10 oktober 2011 beslöt att målen C 17/10, C 18/10 och C 19/10 ska handläggas gemensamt.

BAKGRUND

Om parterna m.m.

- 2 Sonys verksamhet består främst av utveckling och försäljning av videospel och spelkonsoler. Sony står bakom den serie med spelkonsoler som går under beteckningen PlayStation. Den senaste konsolen i denna serie är hemmaunderhållnings- och spelkonsolen PlayStation 3 (PS3). Konsolen är utrustad med s.k. Blu-ray spelare och dess främsta användningsområde är videospel från Blu-ray skivor. Blu-ray är en utvidgning av DVD och är ett format för digital lagring av stora mängder data. Blu-ray har samma fysiska storlek som en DVD och genom sin stora lagringskapacitet är den lämpad för film och videospel. Alla videospel till PS3 finns tillgängliga på Blu-ray men vissa av videospelen går även att ladda ner till konsolens hårddisk från PS3:s officiella webbplats. Utöver videospel har konsolen även funktioner som möjliggör uppspelning av musik, film och uppkoppling mot Internet.
- 3 Sony utvecklar bl.a. videospel till PS3 och är i egenskap av utvecklare innehavare av rättigheterna till dessa videospel. Förutom Sony finns det andra spelutvecklare som utvecklar videospel till PS3 med användande av särskilda utvecklingsverktyg som Sony tillhandahåller. Sony har rättigheterna till dessa videospel i egenskap av exklusiv licenstagare/förläggare. Utöver rättigheterna till spelen innehar Sony rättigheterna till operativsystem och programvara som finns förinstallerade på varje PS3-konsol.
- 4 Wechip är ett handelsbolag vars verksamhet består bl.a. av försäljning av spelkonsoler och tillbehör till dessa. Wechip bedriver sin verksamhet genom en butik i Stockholm samt via webbplatsen www.wechip.se. På denna webbplats marknadsförde och sålde Wechip bl.a. produkten PSJailbreak.

- 5 PM är en enskild firma som innehas av P. M. och vars verksamhet bl.a. består av försäljning av videospel. PM bedriver sin verksamhet via webbplatsen www.manzzon.com, på vilken PM marknadsförde och sålde bl.a. produkten PSJailbreak.
- 6 Krusan är ett aktiebolag vars verksamhet bl.a. består av försäljning av spelkonsoler och tillbehör till dessa. Krusan, som tidigare hette Rejoy AB, bedrev sin verksamhet via webbplatsen www.rejoy.se. På webbplatsen marknadsförde Krusan olika spelkonsoler och tillbehör till spelkonsoler, däribland produkten PSJailbreak.
- 7 PSJailbreak är enligt tillverkaren ett ”Plug and Play USB Chipset”, av parterna även benämnd dongel¹.
- 8 Eftersom Sony såg allvarligt på lanseringen av PSJailbreak och dess konsekvenser i form av storskalig spridning av piratkopierade spel vidtog Sony, i en samlad aktion, rättsliga åtgärder mot återförsäljare av PSJailbreak över hela världen. Detta har resulterat i att interimistiska förbud mot lokala återförsäljare av PSJailbreak har meddelats av domstolar i bl.a. Australien, Tyskland, Hong Kong och Nederländerna.

YRKANDEN M.M.

- 9 Sony har yrkat att Marknadsdomstolen ska förbjuda Wechip, PM respektive Krusan vid vite av en miljon (1 000 000) kr, eller det vite som Marknadsdomstolen finner lämpligt, att marknadsföra produkten PSJailbreak eller annan väsentligen likartad produkt.
- 10 Wechip och PM har medgett Sonys talan medan Krusan har bestritt talan.
- 11 Sony och Krusan har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.
- 12 Den 28 september 2010 meddelade Marknadsdomstolen ett interimistiskt, och utan hörande av svaranden, förbud för Krusan att marknadsföra produkten PSJailbreak. Efter en förnyad prövning av det interimistiska beslutet, vilket påkallats av Krusan, fann Marknadsdomstolen i beslut den 25 januari 2011 att det interimistiska beslutet skulle stå fast.

¹**Dongel** (av engelska *dongle*) eller ”hårdvarulås” är ett fysiskt kopieringsskydd för datorprogram, ofta utformat som en USB-enhet som ansluts till ett USB-uttag på datorn. Programmet känner av dongeln som svarar med en kod som programmet godkänner.

- 13 Svarandeparterna har blivit behörigen delgivna kallelse till huvudförhandling men har inte inställt sig. Marknadsdomstolen har avgjort målen i svarandeparternas utelämnande.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Sony (C 19/10)

Det tekniska skyddet för PS3-systemet

- 14 Videospelsbranschen är sedan länge hårt drabbad av piratkopiering. Olovlig kopiering sker av videospelen och dessa piratkopior får sedan stor spridning via Internet eller via distribution av fysiska media, t.ex. en digital skiva eller USB-minne, som säljs eller cirkuleras till bekanta.
- 15 För att skydda spelen mot piratkopiering har Sony försett PS3-systemet med omfattande kopieringsskydd i form av diverse tekniska åtgärder. De tekniska åtgärder som Sony har anbringat på PS3-systemet är av två olika huvudtyper:
- a) åtgärder som kan ses som rena kopieringsspärar och som inte har någon annan funktion än att förhindra olovlig kopiering, och
 - b) s.k. åtkomstspärar i form av åtgärder som skyddar operativsystemet på PS3-konsolen och som förhindrar att de rena kopieringsspärarna kringgås. Genom att manipulera operativsystemet kan PS3-systemet luras att acceptera piratspel. Därmed har även dessa skydd till funktion att förhindra olovlig kopiering. Eftersom funktionen skyddar operativsystemet som helhet förhindrar åtkomstspärren även installation av tredjepartsprogramvara (s.k. homebrew) på PS3-konsolen.
- 16 För användaren innebär de tekniska åtgärderna att denne inte har möjlighet att göra kopior på videospelen. PS3-systemet är känt i spelbranschen för sina svårforcerade tekniska åtgärder. Trots att kopieringsskydden på konkurrenternas konsoler sedan länge har kunnat kringgås med hjälp av s.k. jailbreak-produkter, dvs. produkter som har tagits fram i syfte att kringgå tekniska spärar på en viss typ av konsol, smartphone eller mjukvara, har PS3 varit förskonade från denna typ av intrång.

Lanseringen av PSJailbreak

- 17 I augusti 2010 spreds dock nyheten att det hade utvecklats ett s.k. jailbreak även för PS3-systemet som skulle göra det möjligt att spela piratkopierade spel även på PS3. Nyheten om produkten, benämnd PSJailbreak, lanserades på en kinesisk webbplats och spred sig snabbt över världen via Internet och branschmedia. PSJailbreak hade enligt uppgift utvecklats av en grupp anonyma kinesiska utvecklare och på dess officiella webbplats fanns bl.a. möjlighet för lokala återförsäljare över hela världen att förbeställa produkten och registrera sig som officiella återförsäljare. Det framgår av PSJailbreaks officiella webbplats att det per den 2 september 2010 fanns fem svenska återförsäljare, däribland Rejoy AB, numera Krusan, Wechip och PM.
- 18 Mot bakgrund av PS3-systemets svårforcerade kopieringsskydd och konsolens popularitet fick lanseringen av PSJailbreak stor uppmärksamhet bland användare och branschmedia både i Sverige och utomlands. Det var uppenbart att PSJailbreak sågs som ett verktyg för piratkopiering.

Hur fungerar PSJailbreak?

- 19 Som nämnts ovan består de tekniska skyddsåtgärder som Sony har anbringat på PS3-systemet av två olika huvudtyper: rena kopieringsspärrear och s.k. åtkomstspärrear i form av åtgärder som skyddar operativsystemet på PS3-konsolen.
- 20 Anledningen till att det inte är tillräckligt med enbart kopieringsspärrear, som bl.a. finns applicerade på själva videospelen, är för att denna typ av skydd kan kringgås med hjälp av konsolens operativsystem. Av den anledningen är det nödvändigt att som en första försvarslinje skydda konsolens operativsystem genom tekniska åtgärder så att operativsystemet inte kan manipuleras till att acceptera piratspel.
- 21 Vad PSJailbreaks programkod gör är att den först kringgår PS3-systemets första försvarslinje, dvs. de tekniska åtgärder som ska skydda operativsystemet mot just denna typ av angrepp, för att därefter manipulera operativsystemet till att acceptera piratspel och därigenom kringgå även den andra försvarslinjen, dvs. kopieringsspärrearerna. När dessa spärrear har kringgåts, öppnas PS3-systemet upp för att t.ex. spela videospel från en annan källa än originalspelet. Denna källa kan exempelvis vara en piratkopia som lagts in på konsolens

hårddisk, på en USB-sticka eller på en Blu-ray skiva. Ett oändligt antal olovliga kopior kan därmed göras och spridas utifrån ett originalspel.

- 22 Ett alternativt syfte till piratkopiering med PSJailbreak som lyfts fram av Krusan är att de tekniska åtgärderna kringgås för att möjliggöra inläggning av s.k. homebrew på konsolens hårddisk. Homebrew är benämningen på tredjepartsprogramvara som användarna själva utvecklar och som alltså inte är godkända av Sony. Med anledning av hur PSJailbreak fungerar är det tydligt att produktens syfte inte har varit att möjliggöra homebrew.
- 23 Krusan har vidare påstått att PSJailbreak kan användas för att framställa bruks- eller säkerhetsexemplar för eget bruk. Sony menar bestämt att PSJailbreak varken till funktion eller till syfte har detta användningsområde och det föreligger inte heller några skäl som motiverar framställning av bruks- eller säkerhetsexemplar av PS3-spelen eftersom spelen fungerar utmärkt i PS3-systemet. Även Krusans påstående om att PSJailbreak enbart är en tom USB-sticka, dvs. utan kod, saknar helt grund – ingen skulle vara beredd att betala över 1 000 kr för ett tomt USB-minne.

Sonys åtgärder mot Krusan

- 24 På Krusans webbplats fanns information och priser m.m. för PSJailbreak. För att kontrollera tillgängligheten av PSJailbreak samt leveranstiden för denna beställde Sonys ombud den 31 augusti 2010 ett exemplar av Krusan. Produkten kostade 1 195 kr och betalades vid beställningstillfället. Bekräftelse på beställningen skickades via e-post i omedelbar anslutning till beställningstillfället och beräknad leverans var den 10 september 2010.
- 25 På grund av Sonys internationella åtgärder försenades leveranserna av PSJailbreak till de svenska återförsäljarna. Den 24 september 2010 följde Sony upp sin beställning, dvs. nästan en månad efter det att beställningen hade gjorts. Krusan svarade samma dag med att beklaga förseningen och föreslog att Sony istället skulle köpa en likvärdig produkt som skulle komma inom en snar framtid. Sony förstod detta som att Krusan inte ens tre veckor efter stämningsansökan hade för avsikt att upphöra med sin försäljning av PSJailbreak eller likartade produkter.
- 26 Det var uppenbart att Krusan var väl medveten om vilken skada Sony riskerade åsamkas med anledning av den massiva piratkopiering som PSJailbreak möjliggjorde. Den 5 september 2010 skrev Krusan följande på sin webbplats med anledning av att PSGroove

(en likartad produkt) lanserats. ”Stackars Sony. Först släpptes PSJailbreak, den allra första USB adaptern av sitt slag. Nu har PSGroove anlant och betitlar sig själva som en 'open source PSJailbreak' (öppen källkod).”

- 27 På PSJailbreaks officiella webbplats fanns information om att det i vissa länder är olagligt att använda, distribuera eller sälja PSJailbreak. Krusan har således uppmärksammats på men uppenbarligen bortsett från detta faktum. På sin egen webbplats har Krusan underlåtit att lämna motsvarande information.
- 28 Krusan hade inte på sin webbplats vid tillfället för Sonys testköp någon information om att PSJailbreak inte var tillverkad av Sony, inte hade godkänts av Sony eller i övrigt saknade varje kommersiellt samband med Sony. På webbplatsen såldes bl.a. begagnade originaldelar från Sony och marknadsföringens utformning gav sken av att detta var en av Sony godkänd produkt, bl.a. genom hänvisningar till den garanti som Sony utfärdar för konsolen.
- 29 Efter Sonys stämningsansökan kompletterade Krusan sin webbplats med en ”disclaimer” där det bl.a. framgår att Sony inte står bakom eller har godkänt de produkter som säljs på webbplatsen. Denna ”disclaimer” är dock inte relevant i målet då denna tillkom först efter det att rättsliga åtgärder mot Krusan vidtagits.

Upphovsrättsskyddet för tekniska åtgärder

- 30 Videospel består av flera olika kategorier verk vilka var för sig och självständigt åtnjuter skydd enligt de olika punkterna i 1 § första stycket lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, URL. Dessa kategorier är: datorprogram (p. 2), musikaliskt verk (p. 3), filmverk (p. 4) samt ”användargränssnitt”/audiovisuella verk, dvs. de skärmbilder som upplevs av spelaren (p. 7).
- 31 Utöver det upphovsrättsliga skyddet för själva innehållet på PS3-spelen finns ett självständigt skydd i URL för de tekniska åtgärder som Sony försett PS3-spelen och PS3-konsolen med i form av kopieringsspärrear och åtkomstspärrear. Detta skydd för tekniska åtgärder utgörs bl.a. av ett förbud i 57 a § URL för näringsidkare att inneha eller sälja hjälpmedel som är avsedda endast för att underlätta olovligt borttagande eller kringgående av en anordning som anbringats för att skydda ett datorprogram mot olovlig exemplarframställning. Ett motsvarande förbud för andra verkstyper än datorprogram finns i 52 e §

URL där det stadgas ett förbud för näringsidkare att bl.a. inneha eller sälja anordningar vars huvudsakliga syfte är att kringgå tekniska åtgärder.

32 Krusans handhavande av PSJailbreak är olovligt enligt såväl 52 e som 57 a §§ URL.

33 Även för det fall Marknadsdomstolen skulle finna att bruks- eller säkerhetskopiering är reella användningsområden för PSJailbreak, vilket Krusan hävdar, så är Krusans marknadsföring av PSJailbreak olovlig

- enligt 6 a kap. URL eftersom ingen form av kopiering som är aktuell i målet kan utgöra ett legitimt syfte vid bedömningen enligt 6 a kap. URL, och

- enligt 57 a § URL eftersom bruks- respektive säkerhetskopiering måste anses utgöra så begränsade användningsområden i förhållande till piratkopiering att bestämmelsen uppenbart är tillämplig på PSJailbreak.

34 Även för det fall Marknadsdomstolen skulle finna att homebrew är ett reellt användningsområde för PSJailbreak, vilket Krusan hävdar, så är Krusans marknadsföring av PSJailbreak olovlig

- enligt 6 a kap. URL dels eftersom Sonys intresse av att förhindra piratkopiering alldeles oavsett väger tyngre än Krusans intressen, dels eftersom kringgåenden av vissa tekniska åtgärder (de rena kopieringsspärrarna) överhuvudtaget inte är nödvändiga för homebrew, och

- enligt 57 a § URL eftersom homebrew måste anses utgöra ett så begränsat användningsområde i förhållande till piratkopiering att bestämmelsen uppenbart är tillämplig på PSJailbreak.

Rättsliga grunder

35 Som förstahandsgrund görs följande gällande. Eftersom PSJailbreak som produkt är olaglig enligt URL är även Krusans marknadsföring av densamma att anse som otillbörlig i enlighet med den s.k. svarta listan punkten 9 (bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder), enligt vilken det är förbjudet att skapa intryck av att det är lagligt att sälja en produkt när så inte är fallet. Marknadsföringen är därmed otillbörlig enligt 8 § marknadsföringslagen (2008:486) MFL. På samma grund strider

marknadsföringen mot kravet på god marknadsföringssed i 5 § MFL och är även otillbörlig enligt 6 § MFL.

- 36 Som andrahandsgrund görs följande gällande. Krusans utformning av marknadsföringen medför förväxling mellan Krusan och Sony och/eller mellan PSJailbreak och Sonys produkter. Marknadsföringen ger intryck av att PSJailbreak ingår i Sonys produktsortiment, har godkänts av Sony eller att det finns något annat kommersiellt samband mellan Sony och Krusan och/eller PSJailbreak. Förfarandet är därför inte förenligt med 18 § första stycket 4 MFL.

Sony (C 17/10)

- 37 Sony hänvisar till de omständigheter och rättsliga grunder som anförts ovan i mål C 19/10 med följande tillägg.
- 38 Som en del i den gemensamma internationella aktionen mot PSJailbreak stämde Sony den 3 september 2010 Wechip vid Marknadsdomstolen och yrkade bl.a. ett interimistiskt förbud för Wechip att marknadsföra PSJailbreak. Eftersom Wechip upphörde med sin försäljning av PSJailbreak efter det att stämningsansökan hade lämnats in, återkallade Sony det interimistiska yrkandet den 22 september 2010 med övriga yrkanden oförändrade.

Sony (C 18/10)

- 39 Sony hänvisar till de omständigheter och rättsliga grunder som anförts ovan i mål C 19/10 med följande tillägg.
- 40 Som en del i den gemensamma internationella aktionen mot PSJailbreak stämde Sony den 3 september 2010 PM vid Marknadsdomstolen och yrkade bl.a. ett interimistiskt förbud för PM att marknadsföra PSJailbreak. Eftersom PM verkade upphöra med sin försäljning av PSJailbreak, återkallade Sony det interimistiska yrkandet den 22 september 2010 med övriga yrkanden oförändrade.
- 41 Den beställning på PSJailbreak som Sonys ombud gjort på PM:s webbplats innan stämningsansökan lämnades in levererades den 6 oktober 2010, dvs. 37 dagar efter att stämningsansökan mot PM hade lämnats in.

- 42 För att kontrollera huruvida PM fortfarande sålde PSJailbreak, trots PM:s försäkringar under skriftväxlingen i målet om att försäljningen hade upphört, beställde Sonys ombud via e-post den 6 oktober 2010 ytterligare en PSJailbreak från PM. Leverans skedde den 7 oktober 2010, dvs. 38 dagar efter det att stämningsansökan mot PM hade lämnats in och åtta dagar efter det att PM inkommit med svaromål i vilken försäljningen påstods ha upphört.
- 43 Inför den andra beställningen frågade Sonys ombud via e-post den 29 september 2010 PM om denne hade någon PSJailbreak till försäljning. PM svarade samma dag att PM ”Kan sälja dig en PSJailbreak när de kommit men bara inofficiellt.”. Anledningen till detta var enligt PM att ”Sony har hotat med vite för alla som säljer denna typ av enheter och även ställt till det för leverantören så leveranserna av PSJailbreak blir försenat.”.

Krusan (C 19/10)

- 44 Krusan har endast erhållit ett provexemplar av PSJailbreak. Någon försäljning har inte skett. För att sådan ska föreligga torde krävas att leverans har skett. Vidare hade exemplaret ifråga en blank IC-krets, dvs. den innehöll inte någon mjukvara (kod) och de exemplar som Krusan avsåg att sälja skulle inte heller innehålla någon mjukvara. För att kunna använda produkten för det avsedda ändamålet måste användaren själv ladda ner och installera ett program på produkten – innan det sker har den inte den avsedda funktionen. Redan på nu angivna grunder kan det sålunda ifrågasättas om Krusan kan anses ha marknadsfört en produkt som ens teoretiskt kan vara olovlig enligt URL och därmed olovlig att marknadsföra enligt MFL.
- 45 PSJailbreak kan – efter det att mjukvaran laddats ned – användas för att framställa bruks- eller säkerhetsexemplar av spel för eget bruk (se 26 g § första och andra stycket URL) samt för installation av tredjepartsprogramvara (s.k. homebrew) på PS3-konsolens interna hårddisk. Syftet härmed är att skydda spelen mot förslitning och skador samt att möjliggöra snabbare laddning av spelprogrammen. Att produkten eventuellt även kan användas för olovliga ändamål är inte relevant eftersom det inte är dess syfte.
- 46 Krusan svarar givetvis inte för hur tillverkaren av PSJailbreak avsett att produkten ska fungera och den s.k. dongeln är varken en nödvändig eller tillräcklig förutsättning för att produkten ska fungera. Det är således möjligt att använda en annan dongel än den som marknadsförs under benämningen PSJailbreak för att, efter nedladdning och installation av den erforderliga programkoden, uppnå samma funktionalitet.

- 47 Krusans försäljning är inte olovlig. 52 e § URL är inte tillämplig på videospel, eftersom sådana i allt väsentligt är datorprogram och därmed undantagna från skyddet för tekniska åtgärder enligt 52 c § URL. Av NJA 2000 s. 580 följer att datorspel inte är att betrakta som filmverk. Av rättsfallet följer även att datorspel inte heller kan anses innehålla andra verkformer, utan spelen ska bara betraktas som datorprogram. Det finns knappast något behov av att ge de tämligen banala film- och musikstycken som förekommer i videospelen ett självständigt skydd. Intresset av att sprida och kopiera dessa delar av spelen torde vara närmast obefintligt.
- 48 Även om 52 e § URL vore tillämplig har Krusans marknadsföring inte skett i strid med denna bestämmelse. Produkten har nämligen inte marknadsförts eller utannonserats i syfte att kringgå en teknisk åtgärd, den har inte endast ett begränsat intresse från förvärvsynpunkt eller ett begränsat förvärvsmässigt användningsområde och den är inte heller framtagen huvudsakligen för att olovligen kringgå en teknisk åtgärd.
- 49 Marknadsföringen är heller inte otillåten enligt 57 a § URL eftersom PSJailbreak kan användas för annat än att kringgå tekniska åtgärder. Bestämmelsen i 57 a § URL förutsätter nämligen att det är det enda syftet med produkten ifråga. Som angetts ovan har Krusan visserligen marknadsfört PSJailbreak, men någon försäljning har inte ägt rum eftersom bolaget – med undantag för ett provexemplar – inte mottagit några exemplar av produkten och följaktligen inte har kunnat leverera några exemplar till bolagets kunder. Krusan har således inte – såsom förutsätts i 57 a § URL – sålt, hyrt ut, eller för försäljning, uthyrning eller annat förvärvssyfte innehaft ett sådant hjälpmedel.
- 50 För övrigt bestrids att de aktuella kopieringsskydden är tekniska åtgärder i URL:s mening eftersom de inte är verkningsfulla, dvs. det är inte något problem att kringgå dem. Vidare skyddas bara tekniska åtgärder som syftar till att hindra eller begränsa exemplarframställning eller tillhandahållande för allmänheten. Avslutningsvis är de eventuella tekniska åtgärderna inte skyddade eftersom de hindrar utrustningens normala funktion genom att inte tillåta användare att ladda ned s.k. homebrew och installera alternativa operativsystem. Användarna hindras därmed från att förfoga över sin egendom på sätt de önskar, vilket strider mot den proportionalitetsprincip som ska beaktas vid tillämpningen av de aktuella bestämmelserna.
- 51 Krusan har inte på något sätt uppgivit eller ens antytt att PSJailbreak skulle ha något kommersiellt samband med Sony. Tvärtom framhåller bolaget i en särskild ”disclaimer” på

sin webbplats att, såvitt inte annat uttryckligen anges, tillverkas samtliga produkter – inklusive PSJailbreak – av tredjepartstillverkare, att produkter tillverkade av tredjepartstillverkare inte är godkända, rekommenderade eller distribuerade av Nintendo, Sony eller Microsoft, samt att alla varumärken och firmanamn är registrerade av respektive företag. Påståendet om att Krusan skulle ge sken av att PSJailbreak är godkänd av Sony eller ingå i Sonys sortiment saknar sålunda helt grund.

BEVISNING

C 19/10

- 52 På Sonys begäran har vittnesförhör hållits med I. F. Marknadsdomstolen har förevisats filmsekvenser från PS3:s videospel. Sony har åberopat skriftlig bevisning däribland ett rättsutlåtande från D. W. Även Krusan har åberopat skriftlig bevisning.

C 17/10 och C 18/10

- 53 Sony har åberopat viss skriftlig bevisning.

DOMSKÄL

- 54 Målen rör marknadsföring av en USB-modul. Sony har yrkat förbud för Wechip, PM och Krusan att marknadsföra den aktuella produkten PSJailbreak eller annan väsentligen likartad produkt. Som förstahandsgrund har Sony åberopat att svarandeparternas handhavande av PSJailbreak är olovligt enligt 52 e och 57 a §§ lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, URL. Marknadsföringen är därmed enligt Sony att anse som otillbörlig i enlighet med punkten 9 i den s.k. svarta listan (se bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder vartill det hänvisas i 8 § andra stycket marknadsföringslagen (2008:486), MFL).
- 55 Krusan har bestritt käromålet medan Wechip och PM har medgett Sonys talan. Med hänsyn till målens indispositiva karaktär är Marknadsdomstolen emellertid inte bunden av Wechips och PM:s medgivanden utan har att göra en självständig prövning av om den påtalade marknadsföringen är att anse som otillbörlig på det sätt som Sony påstått.

Upphovsrättsskyddet

- 56 I målen har Sony gjort gällande att bolagets videospel består av flera olika kategorier verk vilka var för sig och självständigt åtnjuter skydd enligt de olika punkterna i 1 § första stycket URL. Dessa kategorier är enligt Sony: datorprogram (p. 2), musikaliska verk (p. 3), filmverk (p. 4) och audiovisuella verk (p. 7). Krusan har å sin sida anfört att spelen endast åtnjuter skydd som datorprogram och har till stöd för sitt påstående åberopat NJA 2000 s. 580. I det avgörandet ansåg HD, med beaktande bl.a. av att bildernas rörelse i utgångsläget inte hade någon självständig betydelse utan att det var spelaren som angav hur serien av rörliga bilder skulle gestalta sig, att de ifrågavarande videospelen inte kunde betraktas som filmverk.

Marknadsdomstolens bedömning

- 57 Marknadsdomstolen, som har förevisats sekvenser av ett PS3-spel, anser att spelet med dess förinspelade sekvenser av rörliga bilder med ljud, dvs. sekvenser som inte varierar från speltillfälle till speltillfälle beroende på spelarens kommandon, innehåller självständiga filmverk. Det föreligger således en relevant skillnad mellan de spel som var föremål för prövning i NJA 2000 s. 580 och de som nu är under bedömning. Att Sonys PS3-spel ska skyddas som filmverk stöds även av det av Sony åberopade rättsutlåtandet av D. W. Spelen ska därför enligt Marknadsdomstolens bedömning åtnjuta upphovsrättsligt skydd som i vart fall filmverk och datorprogram.

Tekniska åtgärder

- 58 Utöver det upphovsrättsliga skyddet för själva innehållet på PS3-spelen finns det en bestämmelse i 52 b § URL som ger ett skydd för de tekniska åtgärder som kommit till uttryck i någon verkningsfull teknik, anordning eller komponent som har utformats till att vid normalt bruk hindra eller begränsa exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten utan upphovsmannens samtycke. I 52 e § URL anges vidare att det är förbjudet att tillverka, importera, överföra, sprida eller i förvärvssyfte inneha anordningar, produkter eller komponenter som bl.a. marknadsförs eller utannonseras i syfte att kringgå en teknisk åtgärd.
- 59 Förbudet i 52 e § URL gäller inte för datorprogram. För datorprogrammen finns en särskild straffbestämmelse i 57 a § URL. Av den följer att den som säljer, hyr ut eller för försäljning, uthyrning eller annat förvärvssyfte innehar ett hjälpmedel, vars enda syfte är att underlätta

olovligt borttagande eller kringgående av en anordning som har anbringats för att skydda just ett datorprogram mot olovlig exemplarframställning döms till böter eller fängelse.

- 60 Sony har gjort gällande att de spärrar som anbringats på PS3-systemet i form av dels kopieringsspärrar, dels åtkomstspärrar uppfyller såväl definitionen på tekniska åtgärder i 52 b § URL som definitionen på anordning i 57 a § URL. Krusan har bestritt att så är fallet under åberopande av att de inte är verkningsfulla.

Marknadsdomstolens bedömning

- 61 Såvitt avser bedömningen av PS3-systemets spärrar och om de uppfyller URL:s krav på tekniska åtgärder ska först nämnas att det enligt förarbetena saknar betydelse vilken typ av teknik som används (se prop. 2004/05:110 s. 414 f.). I lagtexten anges att det kan vara frågan om varje verkningsfull teknik, anordning eller komponent, dvs. den tekniska åtgärden måste ha effekt. Av förarbetena följer vidare att något krav på att åtgärden ska vara omöjlig att ta sig förbi inte kan uppställas, samtidigt som den inte får vara så enkel att kringgå att den överhuvudtaget inte kan anses verkningsfull, t.ex. om man med ett enkelt handgrepp kan ta bort en spärr eller tejpa över en kod så att spärren inte fungerar.
- 62 Av förhöret med I. F. har det med tydlighet framkommit att de två spärrtyperna på PS3-systemet har utformats för att vid normalt bruk hindra eller begränsa olovlig exemplarframställning av de element som i Sonys videospel utgör upphovsrättsligt skyddade verk. Det har vidare av förhöret framgått att spärrarna som anbringats på PS3-spelen och konsolen är ett resultat av betydande investeringar och många års utvecklingsarbete. Enligt I. F. har Sonys PS3-system, i vart fall under fem år, varit förskonat från s.k. hackers, vilket vid en jämförelse med PS3:s konkurrenter får anses som en relativt lång tid.
- 63 Marknadsdomstolen, som inte har någon anledning att betvivla riktigheten av I. F. uppgifter, finner att PS3-systemet har försetts med tekniska åtgärder som utgör en verkningsfull anordning som utformats i syfte att förhindra olovlig kopiering i enlighet med bestämmelserna i 52 b och 57 a §§ URL.

PSJailbreaks funktion och syfte

- 64 Vad Marknadsdomstolen härnäst har att ta ställning till är produkten PSJailbreaks funktion och syfte. Sony har gjort gällande att produktens enda funktion är att kringgå de tekniska

åtgärder som anbringats på PS3-spelen och konsolen, vilket möjliggör att olovliga kopior av originalspelen kan ske till ett externt lagringsmedia eller till PS3-konsolens hårddisk.

Krusan har å sin sida invänt dels att PSJailbreak har en blank IC-krets, dvs. innehåller inte någon mjukvara (kod) utan användaren är tvungen att på egen hand ladda ner och installera ett program, dels att PSJailbreak kan användas för att framställa bruks- eller säkerhets-exemplar av spel för eget bruk, vilket är tillåtet enligt 26 g § första och andra stycket URL, dels ock att produkten kan användas för installation av tredjepartsprogram, s.k. homebrew.

Marknadsdomstolens bedömning

- 65 I. F. har uppgett att när han studerat PSJailbreak har han kunnat konstatera följande. Produkten innehåller en avancerad kod, eller som han har valt att kalla den ”a system on a chip”. Vad PSJailbreaks programkod gör är att den först kringgår PS3-systemets tekniska åtgärder som ska skydda operativsystemet för att därefter manipulera systemet till att acceptera piratspel och därigenom kringgå de s.k. kopieringsspärrarna. När väl dessa spärrar har kringgåts öppnas PS3-systemet upp så att användaren kan spela videospel från en annan källa än originalspelet. Denna källa kan exempelvis vara en piratkopia som lagts in på konsolens hårddisk, på en USB-sticka eller på en Blu-rayskiva. Utifrån ett enda originalspel kan således användaren göra och därefter sprida oändligt många olovliga kopior.
- 66 Med hänsyn dels till PSJailbreaks funktion, dels på det sätt och till det pris (ca 1 200 kr) som produkten har marknadsförts, är det enligt I. F. utslutet att PSJailbreaks reella syfte varit att möjliggöra s.k homebrew eller att det varit fråga om en tom USB-sticka.
- 67 Även vid prövningen av PSJailbreaks funktion och syfte anser Marknadsdomstolen att I. F. uppgifter ska ligga till grund för domstolens bedömning. Domstolens slutsats blir därför att PSJailbreaks funktion och enda syfte är att kringgå PS3-systemets tekniska åtgärder för att på så sätt möjliggöra olovlig exemplarframställning av PS3:s videospel. Krusans invändningar om att PSJailbreak har en blank IC-krets, att den kan användas för att framställa bruks- eller säkerhetsexemplar av spel för eget bruk och att den kan användas för installation av tredjepartsprogram lämnas därmed utan avseende.
- 68 I och med att domstolen funnit att PS3-systemets tekniska åtgärder är skyddade av URL och att PSJailbreaks enda syfte varit just att kringgå dessa tekniska åtgärder anser domstolen att Krusans, Wechips och PM:s handhavande av PSJailbreak har varit olovligt enligt såväl 52 e som 57 a §§ URL.

Krusans, Wechips och PM:s marknadsföring av PSJailbreak

- 69 Marknadsföring som sker på ett sätt som står i strid med annan lagstiftning eller som är ägnad att leda till lagöverträdelse är att anse som otillbörlig i enlighet med den s.k. lagstridighetsprincipen. Sådan marknadsföring anses strida mot god marknadsföringssed och kan förbjudas med stöd av generalklausulen i 5 § MFL (se prop. 2007/08:115 s. 70).
- 70 MFL har kompletterats med en förteckning, den s.k. svarta listan, över affärsmetoder som enligt 8 § andra stycket MFL under alla omständigheter är otillbörliga. Enligt punkten 9 i svarta listan är det alltid förbjudet att ange eller på annat sätt skapa intryck av att det är lagligt att sälja en produkt när så inte är fallet. Även förbudet i punkten 9 vilar på lagstridighetsprincipens grund, vilket framgår av förarbetena till MFL (se prop. 2007/08:115 s. 78). Punkten 9 har ett snävare tillämpningsområde än generalklausulen i 5 § MFL och kan betraktas som ett specialfall av nyssnämnda princip – den tar främst sikte på marknadsföring av produkter som är olagliga i sig (se bl.a. MD 2004:17).
- 71 Av utredningen i målen framgår att Krusan, Wechip och PM har marknadsfört produkten PSJailbreak på respektive bolags webbplats. Mot bakgrund av att Marknadsdomstolen funnit det utrett att bolagens handhavande är olovligt enligt 52 e och 57 a §§ URL är sålunda bolagens marknadsföring av PSJailbreak otillbörlig enligt lagstridighetsprincipen och strider därmed mot punkten 9 i den svarta listan. Sonys talan mot Krusan, Wechip och PM ska därför bifallas med den lydelse som framgår av domslutet. Det saknas härvid skäl att pröva om marknadsföringen även på annat sätt strider mot MFL.

Vite

Enligt 26 § MFL ska ett förbud förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Sådana särskilda skäl föreligger inte i målen. Det föreligger inte heller skäl att frångå gällande praxis beträffande vitesbeloppets storlek.

Rättegångskostnader

- 72 Wechip och PM har bestritt Sonys yrkande om rättegångskostnader under åberopande av att de skulle ha upphört med marknadsföringen om de hade blivit kontaktade av Sony innan talan väcktes vid Marknadsdomstolen. Av 18 kap. 1 § rättegångsbalken följer emellertid att Krusan, Wechip och PM som tappande parter är skyldiga att ersätta Sonys rättegångs-

kostnader. Marknadsdomstolen finner ingen anledning att frångå huvudregeln i fråga om fördelningen av rättegångskostnaderna.

- 73 I mål C 17/10 har Sony yrkat 200 000 kr, allt avseende arbete. Marknadsdomstolen anser att Sonys ombudsarvode bör bestämmas till skäliga ansedda 100 000 kr.
- 74 I mål C 18/10 har Sony yrkat 250 000 kr, allt avseende arbete. Marknadsdomstolen anser att Sonys ombudsarvode bör bestämmas till skäliga ansedda 150 000 kr.
- 75 I mål C 19/10 har Sony yrkat 1 285 000 kr, varav 1 195 000 kr avser ombudsarvode. Marknadsdomstolen konstaterar att Sonys kostnadsräkning upptar en förteckning över åtgärder som vidtagits men saknar uppgift om nedlagt antal timmar. Trots att målet har varit relativt omfattande och av särskild beskaffenhet anser Marknadsdomstolen dock att Sony får anses tillgodosett med skäligen ansedda en miljon kr avseende ombudsarvode.

På Marknadsdomstolens vägnar



C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Per Eklund, Lennart Göranson och Jonas Häckner. Enhälligt

Sekreterare: Louise Petrelius