

Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik

*Av jur. kand. Daniel Westman**

1. Inledning

Mot bakgrund av det bristande efterlevandet av de upphovsrättsliga reglerna i en digital miljö har frågorna kring användningen av och skyddet för s.k. tekniska åtgärder¹ blivit alltmer aktuella. Rättighetshavare försöker med hjälp av olika typer av tekniska lösningar förhindra icke-auktoriserad åtkomst till eller kopiering av digitala prestationer. För att dessa tekniska åtgärder skall bli effektiva har de i den moderna upphovsrätten, t.ex. i det s.k. infoc-direktivet, givits ett rättsligt skydd, som förenklat innebär att det görs otillåtet att kringgå dem eller att på olika sätt hantera utrustning, t.ex. datorprogram, som kan användas för sådana ändamål. I detta sammanhang är det också viktigt att beakta de ökade möjligheterna som den interaktiva nätverksmiljön ger rättighetshavaren att komma i en direkt avtalsrelation med sina slutkunder och därmed avtalsrättsligt reglera villkoren för utnyttjandet av verket. Det *faktiska skyddet* för ett verk eller någon annan skyddad prestation kan därmed sägas bestå av åtminstone *fyra lager*: det traditionella immaterialrättsliga skyddet (främst det upphovsrättsliga), det tekniska skyddet, det rättsliga skyddet för detta tekniska skydd och det skydd som skapas genom avtal som enligt rättsordningen är verkställbara.

Denna utveckling påverkar på flera sätt den delikata balans mellan olika intressen som dagens upphovsrättslagstiftning är resultatet av och aktualiserar därför många grundläggande rättspolitiska frågor. Ett rättsligt skydd kan kanske vara nödvändigt för att användningen av tekniska åtgärder inte skall bli ett slag i luften, men samtidigt kan det indirekta skydd som därmed skapas för de prestationer som åtgärderna appliceras på komma att bli mer omfattande än det skydd som upphovsrätten i sig erbjuder. Exempelvis kan tekniska åtgärder appliceras på material som inte skyddas av upphovsrätt eller hindra en användare från att utföra åtgärder som är tillåtna enligt inskränkningarna i den upphovsrättsliga ensamrätten. Flera författare menar att denna utveckling minskar den egentliga upphovsrättens betydelse – åtminstone när det gäller verk som erbjuds på en

* Doktorand i rättsinformatik vid Juridiska institutionen, Stockholms universitet. Webbplats: <http://www.juridicum.su.se/iri/dawe>.

¹ Jag har valt att ansluta mig till den terminologi som används i det s.k. infoc-direktivet (se nedan) och använder därför uttrycket ”tekniska åtgärder” istället för det tidigare ofta använda och något mer precisa uttrycket ”tekniska *skydds*åtgärder”.

massmarknad – till förmån för en ordning som bygger avtal och rättsligt uppbackade tekniska arrangemang.²

Senast den 22 december 2002 skall det skydd för tekniska åtgärder som stadgas i artikel 6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (det s.k. infosoc-direktivet) genomföras i medlemsstaterna. En diskussion om tekniska åtgärder och deras konsekvenser utgår därför lämpligen från regleringen i detta direktiv.

Denna artikel baserar sig på ett föredrag som hölls för IT-kommissionens rättsliga observatorium i november 2001.³ Syftet är inte att på ett uttömmande sätt behandla fenomenet tekniska åtgärder, utan snarare att lyfta fram några av de rättstekniska och rättspolitiska frågor som den tekniska och rättsliga utvecklingen för med sig. Särskilt fokus riktas mot förhållandet mellan den upphovsrättsliga ensamrätten och skyddet för tekniska åtgärder. Även samspelet mellan rättsligt skydd, avtalslösningar och teknik uppmärksammas, liksom denna tekniks konsekvenser för tillgången till information och det fria informationsflödet. Dessa frågor är ytterst komplexa och det är knappast möjligt att presentera några enkla rättsliga lösningar.

I Norden har de här behandlade frågorna inte varit föremål för några mer omfattande studier eller diskussioner. På en europeisk nivå och i Förenta staterna har ämnet behandlats mer utförligt, t.ex. i ett antal artiklar och bokavsnitt.⁴ Här kan vidare tilläggas att ALAIs (Association Littéraire et Artistique Internationale) möte i New York sommaren 2001 till stor del behandlade fenomenet tekniska åtgärder.⁵

2. Upphovsrätten och nya former för utnyttjande och distribution

En diskussion om tekniska åtgärder tar ofta sin utgångspunkt i de nya möjligheter till förfogande över verk som datortekniken för med sig. Många menar att den moderna informations- och kommunikationstekniken håller på att i grunden förändra det sätt på vilket vi konsumerar och distribuerar information.⁶

² Se t.ex. Lessig, Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York 1999, s. 122 ff. (Lessigs teorier behandlas mer utförligt nedan) och Hugenholtz, P. Bernt, *Code as code, or the end of intellectual property as we know it*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Volume 6 (1999), No. 3, s. 308-318.

³ Se <http://www.itkommissionen.se/observ>.

⁴ Här kan t.ex. nämnas Koelman, Kamiel J. & Helberger, Natali, *Protection of Technological Measures*, Hugenholtz, P. Bernt (ed.), *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright management*, Information Law Series – 8, Kluwer, Haag ... 2000, s. 165-228, Koelman, Kamiel J., *A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures*, [2000] E.I.P.R. s. 272-280, Vinje, Thomas, *Copyright Imperilled?*, [1999] E.I.P.R. s. 192-207 och Samuelson, Pamela, *Intellectual Property And The Digital Economy: Why The Anti-Circumvention Regulations Need To Be Revised*, 14 Berkeley Tech. L. J. 519 (1999). I Förenta staterna har skyddet dessutom varit föremål för rättslig prövning. Det mest omtalade rättsfallet nämns i fotnot 28.

⁵ Dokumentationen finns tillgänglig via http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/home_en.htm.

⁶ Begreppet *information* används i denna artikel i en allmänspråklig mening, dvs. för att beteckna alla typer av uppgifter t.ex. i form av text, bild, ljud eller datorprogram. Begreppet används även

Genom digitaliseringen och Internet har det blivit enkelt och billigt att mångfaldiga och distribuera alla typer av information. Digitaltekniken innebär att det är enkelt att skapa perfekta kopior samtidigt som förbättrad kompressionsteknik och ökad bandbredd möjliggör överföring av allt större mängder information.⁷ Handel med information blir inte synonymt med en överlåtelse av en fysisk informationsbärare. Rent kostnadsmässigt innebär denna utveckling naturligtvis många fördelar för gamla informationsleverantörer, samtidigt som den öppnar för helt nya aktörer och förändrade affärsmodeller.

Den nya tekniska miljön förändrar emellertid även *enskilda individers* möjligheter. I princip kan var och en med en dator och en Internetanslutning göra material tillgängligt för andra användare, t.ex. via någon form av fildelningsprogram.⁸ Finns en datafil, som t.ex. innehåller ett upphovsrättsligt skyddat verk, åtkomlig via någon dator ansluten till Internet kan, åtminstone i princip, alla andra Internetanvändare skapa en perfekt kopia åt sig själva. Den digitala nätverksmiljön förflyttar sålunda en stor del av de traditionella förfogandena över ett verk till en "användarnivå". Enskilda individer blir inte bara passiva mottagare och konsumenter av information på en fysisk bärare utan de kan även med enkla medel aktivt ägna sig åt "fjärrkopiering" för eget behov eller åt tillgängliggörande. Traditionella mellanhänder som mångfaldigar och sköter distributionen *krävs* alltså inte längre för att en omfattande informationsspridning skall komma till stånd – även om mellanhänder säkerligen kommer att spela en viktig roll även i framtiden.

Den omständighet att en allt större del av den verksamhet som är nödvändig för att ett verk skall kunna "konsumeras" – dvs. främst ses eller höras – av en användare idag sker på individnivå innebär vissa utmaningar för upphovsrätten så som den idag är uppbyggd och fungerar. Här finns anledning att särskilt uppmärksamma tre förhållanden.

För det *första* kan den upphovsrättsliga förfoganderätten, dvs. ensamrätten att framställa exemplar av ett verk och rätten att göra verket tillgängligt för allmän-

där det skulle vara mer korrekt att tala om *data*, dvs. representation av information. Upphovsrätten skyddar som bekant inte fakta i sig, men däremot den individuella *utformning* som information fått, t.ex. valet och sammanställningen av ord. Upphovsrätten utgör med andra ord en viktig rättslig begränsning av hur information i en viss skyddad form får spridas.

⁷ Ljud och framför allt bild är relativt informationsintensiva verk. Olika tekniker för digital *komprimering* används därför för att minska storleken på den datafil som innehåller verket, utan att ljud- och bildkvaliteten försämras i allt för stor utsträckning. Den mest kända formatet för komprimerat ljud är MP3. Arbetet med att förbättra *bandbredden*, dvs. den mängd data som kan överföras per tidsenhet, pågår samtidigt. Enskilda användares uppkopplingar via telenätet ersätts exempelvis successivt med s.k. bredbandslösningar där överföringskapaciteten redan idag kan vara 10-100 ggr högre än vid användningen av traditionella modemanslutningar via telenätet.

⁸ Fildelningsprogram bygger nu för tiden ofta på den s.k. *peer-to-peer-tekniken*, som innebär att enskilda användares datorer kommunicerar och utbyter information direkt med varandra, utan någon central punkt. Peer-to-peer är med andra ord ett alternativ till traditionell Internetkommunikation som bygger på client-server, dvs. lösningar där det finns en värddator från vilken flera användare kan hämta information eller utföra olika tjänster. Exempel på populära fildelningsprogram som bygger på peer-to-peer är KaZaA, Gnutella, Morpheus och Grokster.

heten, inte sägas ta direkt sikte på den enskilde individens konsumtion av verket, utan på olika förberedande åtgärder som historiskt sett ansetts nödvändiga för att sådan konsumtion skall kunna ske.⁹ Att läsa en bok eller titta på en målning innebär i en icke-digital miljö inget upphovsrättsligt förfogande. Den som på något sätt kommit över ett exemplar av verket kan inte hindras från att ta del av verksinnehållet. Ersättningen för utnyttjandet av verket har istället tagits ut av den som framställt exemplar och gjort verket tillgängligt för allmänheten. Denna har i sin tur kunnat ta betalt för de framställda exemplaren eller för tillgången till t.ex. en sändning eller en konsertlokal, eller alternativt valt att ge fri tillgång till verket, men då ofta kopplat tillgången till att användare även tar emot reklam.¹⁰ I en digital miljö är situationen på grund av senare års rättsutveckling emellertid en annan. Den tolkning av det upphovsrättsliga exemplarbegreppet som gjorts i litteraturen¹¹ och som numer även kommer till auktoritativt uttryck i artikel 2 i infoc-direktivet innebär att även tillfälliga och tekniskt betingade lagringar som sker i datorns arbetsminne principiellt faller under ensamrätten. Detta innebär något förenklat att varje åtgärd för att ta del av ett verk, t.ex. att läsa en text eller att lyssna på musik, med hjälp av en dator principiellt faller under upphovsmannens ensamrätt. Något tillspetsat skulle man i en datormiljö kunna tala om en "accessrätt", dvs. en ensamrätt att besluta om vem som skall få åtkomst till verket.¹² En sådan ensamrätt knyter i rättighetshavarnas perspektiv bättre an till de nya affärsmodeller som bygger på "pay per use" istället för försäljning av fysiska exemplar.

Samtidigt innebär en rätt att kontrollera åtkomsten till ett verk, som påpekats ovan, en reell förstärkning av ensamrätten och det är därför naturligt att denna "accessrätt" inskränks på vissa sätt. I detta sammanhang är artikel 5 (1) i infoc-direktivet av särskilt intresse. Denna bestämmelse undantar från ensamrätten bland annat vissa "tillfälliga former av mångfaldigande [...] som är flyktiga eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och vars enda syfte är att möjliggöra [...] en laglig användning av ett verk eller annat alster och som inte har någon självständig ekonomisk betydelse". Bestämmelsen är synnerligen

⁹ Legal Advisory Board (LAB), *Reply to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*, tillgänglig på <http://europa.eu.int/ispo/legal/en/ipr/reply/reply.html> (besökt 2002-02-28). LAB betonar också att det upphovsrättsliga exemplarbegreppet är (och bör vara) normativt, inte tekniskt.

¹⁰ Förhållandet mellan olika affärsmodeller på informationsmarknaden och upphovsrätten behandlas nedan under 10.

¹¹ Lindberg, Agne & Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, 3 uppl., Stockholm 2001, s. 251 ff. samt Bryde Andersen, Mads, *IT-retten*, Förlaget IT-retten, Köpenhamn 2001, s. 306 ff. Jfr dock den svenska regeringens tolkning som kommer till uttryck i prop. 1996/97:111, *Rättsligt skydd för databaser*, s. 32.

¹² Se om detta perspektiv Bing, Jon, *The new or evolving "access right"*, General report ALAI 2001 Congress, Adjuncts and Alternatives to Copyright, tillgänglig via <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/home.htm>, med vidare hänvisningar. För tydlighetens skull kan tilläggas att en accessrätt är något annat än ensamrätten att göra ett verk tillgängligt för allmänheten. Tillgänglighetsgöranderätten hindrar som bekant inte att en användare utnyttjar ett exemplar av ett verk som han eller hon fått tillgång till, t.ex. genom ett lån. Observera vidare att begreppet accessrätt ibland används för att beteckna den rätt som någon har (eller borde ha) att få tillgång till viss information.

svårtolkad,¹³ men det är knappast troligt att den kan tillämpas i sådana situationer där rättighetshavarens tillämpar en affärsmodell som bygger på ”pay per use”, eftersom användningen då har en självständig ekonomisk betydelse. Däremot torde bestämmelsen vara tillämplig på de exemplarframställningar som sker när en användare bereder sig tillgång till innehållet på en fysisk bärare som han eller hon äger.

För det *andra* innebär möjligheten att med enkla medel framställa ett perfekt exemplar av ett verk att man kan befara att en omfattande kopiering för enskilt bruk kommer att ske. Om en större del av den kommersiellt betydelsefulla kopieringen sker på detta sätt kan det i ett rättspolitiskt perspektiv finnas anledning att på nytt diskutera gränserna för rätten att kopiera för enskilt bruk.¹⁴ Nyckelfrågor i detta sammanhang är om rätten att kopiera för enskilt bruk överhuvudtaget skall gälla digitala exemplar, om rätten skall begränsas när det gäller vissa typer av verk och om det skall finnas ett krav på att själva förlagan för kopieringen är laglig, t.ex. att det exemplar som görs tillgängligt via Internet och som ligger till grund för kopieringen finns där lovligen, för att kopiering för enskilt bruk skall vara tillåten.¹⁵ Vidare kan det diskuteras om rätten att kopiera för enskilt bruk skall utgöra en fullständig begränsning i upphovsmannens ensamrätt eller om rätten skall vara kopplad till någon form av ersättning till upphovsmannen, t.ex. genom att en avgift tas ut vid försäljning av lagringsmedier.¹⁶ Infosoc-direktivet är endast delvis styrande i dessa frågor och medlemsstaterna har relativt stora möjligheter att välja olika vägar. Vid detta rättspolitiska vägval finns anledning att uppmärksamma att det även i en digital miljö finns goda skäl som talar för en frikostig rätt att kopiera för enskilt bruk, t.ex. kan datorn ses som en naturlig förlängning av och ett komplement till människans eget minne, varför begränsningar i rätten till sådana minneslagringar skulle kunna inverka menligt på kunskapsstillväxten.¹⁷

¹³ Se Lindberg och Westman i not 11 a.a. s. 254. Se även ingresspunkt 33.

¹⁴ Här kan vara intressant att notera att redan Auktorrättskommittén i mitten av förra seklet förde ett ingående rättspolitiskt resonemang kring vad dåtidens nya tekniker för inspelning och fotokopiering skulle innebära för rätten att kopiera för enskilt bruk. Kommitténs slutsats blev att ingen särreglering var nödvändig, bl.a. därför att det inte var *visat* att upphovsmännen verkligen drabbades särskilt hårt av denna kopiering och därför att efterlevandet av ett eventuellt förbud skulle vara omöjligt att kontrollera (SOU 1956:25 s. 178 ff.). Jfr ingresspunkt 44 i infosoc-direktivet som bl.a. hänvisar till det s.k. trestegstestet (artikel 5 punkt 5) och anger att medlemsstaterna vid beslut om undantag och inskränkningar bör ta vederbörlig hänsyn till de ökande ekonomiska verkningarna som dessa undantag eller inskränkningar kan få i den nya elektroniska miljön.

¹⁵ Angående den sistnämnda frågan se t.ex. Rosén, Jan, *Enskilt bruk i nätmiljöer*, JT 2000–01 s. 987 ff. För en delvis avvikande uppfattning se Lindberg och Westman i not 11 a.a. s. 265 ff.

¹⁶ Jfr den s.k. kassettersättningen i 26 k § upphovsrättslagen. Om en sådan ersättning skall spela en mer framskjuten roll kräver detta i sin tur en rad överväganden. Vilka verk och andra prestationer skall omfattas av rätten till ersättning? Vilka lagringsmedier skall omfattas av skyldigheten att betala ersättning? Hur skall ersättningens storlek bestämmas? Hur skall ersättningen administreras och fördelas? Hur förhåller sig rätten till ersättning till användningen av tekniska åtgärder som hindrar kopiering för enskilt bruk? Ett problem i detta sammanhang är att digitaliseringen innebär att ett och samma lagringsmedium kan användas i en mängd olika situationer och för alla olika typer av representationsformer (text, bild, ljud etc.).

¹⁷ Detta perspektiv finns i Seipel, Peter, *Upphovsrätten, informationstekniken och kunskapsbygget*, Kungl. Vitterhets Historie och Antikvitets Akademiens Årsbok 1998, s. 92 ff.

Den tredje aspekten på denna decentraliserade informationshantering är naturligtvis själva efterlevandet av de upphovsrättsliga reglerna. Om kopieringen hos de enskilda användarna blir omfattande är det knappast en framkomlig väg för rättighetshavarna att med stöd av upphovsrätten försöka ingripa mot dem som begår ett intrång. Ett sådant agerande skulle för det första vara ytterst resurskrävande och för det andra kräva en omfattande verksamhet för att kontrollera vad som pågår i varje dator, en verksamhet som säkerligen skulle ge upphov till betydande ingrepp i den personliga integriteten.

Det är ofta här diskussionen om tekniska åtgärder tar sin utgångspunkt. Rättsskyddet har successivt byggts ut, nya bevissäkringsåtgärder har införts och sanktionerna för intrång har skärpts. Inom den befintliga upphovsrätten torde det inte gå att göra så mycket mer för att effektivt skydda rättighetsinnehavarna. En del debattörer menar att detta leder till slutsatsen att upphovsrätten har spelat ut sin roll, eftersom det är meningslöst att upprätthålla ett rättsskydd vars efterlevnad inte kan säkerställas.¹⁸ Många rättighetshavare sätter istället hoppet till att olika typer av tekniska lösningar skall kunna garantera att de får ersättning när deras verk utnyttjas. Eller som Charles Clark så slagkraftigt uttrycker det: "The answer to the machine is in the machine".¹⁹

Möjligheterna att rent faktiskt kontrollera de enskilda användarnas utnyttjanden med hjälp av tekniska åtgärder har emellertid även en annan dimension. Eftersom det i praktiken har visat sig svårt att stoppa det otillåtna tillgängliggörandet av skyddade verk i en digital nätverksmiljö kan det i rättighetshavarnas perspektiv vara mer framgångsrikt att försöka begränsa själva utnyttjandet av de tillgängliggjorda verken – detta oavsett om detta utnyttjande utgör ett intrång i upphovsrätten eller ej. Använda på detta sätt innebär de tekniska åtgärderna inte ett motdrag mot någon som begår ett intrång, utan ett nytt sätt för rättighetshavarna att tillförsäkra sig ersättning för utnyttjanden som de inte tidigare kunde begränsa eller kontrollera.²⁰ Därigenom förändras på många sätt den upphovsrättsliga spelplanen.

3. Nya möjligheter till avtalsbindning

Ett sakförhållande som har nära samband med tekniska åtgärder är rättighetshavarens nya möjligheter att online skapa en avtalsrelation med användaren av hans verk. Distributionen av informationsprodukter via nätet utformas i praktiken ofta så att användaren för att överhuvudtaget få tillgång till produkten – genom att klicka på "ok" etc. – måste acceptera vissa standardiserade villkor

¹⁸ Se t.ex. Barlow, John Perry, *Economy of Ideas. A framework for patents and copyrights in the Digital Age. (Everything you know about intellectual property is wrong.)*, Wired 2.03 – Mar 1994, (tillgänglig på http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html).

¹⁹ Clark, Charles, *The Answer to the Machine is in the Machine*, Hugenholtz, Bernt (ed.), The future of copyright in a digital environment, Information Law Series – 4, Kluwer, Haag 1996 s. 139 ff.

²⁰ Just denna nya möjlighet att faktiskt begränsa de exemplarframställningar som sker i den privata sfären åberopas av vissa debattörer i sin tur som ett argument för att rätten att kopiera för enskilt bruk kan begränsas. Ett sådant resonemang bygger på tanken att rätten att kopiera för enskilt bruk delvis kan förklaras av ett tidigare marknadsmisslyckande, dvs. det har inte varit möjligt att till rimliga transaktionskostnader avtala om kopieringen i den privata sfären.

som reglerar nyttjandet av verket. Avtal som ingås på detta sätt är i allmänhet civilrättsligt giltiga.²¹ Exempelvis är det vanligt att de inskränkningar som finns i upphovsrätten, t.ex. rätten att kopiera för enskilt bruk, sätts ur spel på detta sätt.

Upphovsrättslagen innehåller ingen generell reglering av möjligheterna att genom avtal åsidosätta inskränkningarna i ensamrätten. Vissa tämligen speciella inskränkningar i rätten till datorprogram respektive sammanställningar (databaser) har emellertid, så som det föreskrivs i EG-direktiven om dessa skyddsobjekt, gjorts tvingande till förmån för behöriga användare (se 26 g–h §§). När det gäller övriga inskränkningar har det i svensk doktrin antagits att dessa är dispositiva och att avtalsfrihet sålunda råder.²² I Förenta staterna präglas förhållandet mellan upphovsrätt och kontraktsrätt av principen om ”preemption”, som förenklat innebär att federal upphovsrättslagstiftning inte får undergrävas genom delstatliga regler om avtal.

Att rättighetshavare och användare närmare avtalar om utnyttjandet är i allmänhet naturligt och positivt, men om det råder en obalans mellan parterna kan bruket av standardiserade villkor som på olika sätt begränsar användarnas rätt att förfoga över verket bli problematiskt. Att rättighetshavarna avtalsrättsligt utsträcker sin ensamrätt är i och för sig inget nytt, men de nya distributionssätten och möjligheterna att tekniskt förhindra åtkomst till ett verk innan användare accepterat villkoren gör att sådana avtal snarare blir regel än undantag.²³

4. Tekniken

Även om begreppet *tekniska åtgärder* är relativt nytt i upphovsrättsliga sammanhang finns det en tämligen lång tradition att använda olika tekniska lösningar för att skydda informationsprodukter.²⁴ Här kan t.ex. nämnas bruket av kryptering och dekodrar för att skydda tv-sändningar, nyttjandet av s.k. hårdvarulås²⁵ för att förhindra användning av piratkopierad programvara samt system för att förhindra upprepad kopiering av digital musik på vissa inspelningsutrustningar, t.ex. MiniDisc. Rent tekniskt kan dessa spärrar åstadkommas på olika sätt, t.ex. genom medvetna lagringsfel som inte kan uppfattas av de mänskliga sinnen

²¹ Lindberg och Westman i not 11 a.a. s. 69 ff. samt för en utförlig analys Pawlo, Mikael, *Shrinkwrap- och clickwrap-avtal i svensk och internationell rätt*, NIR 1999 s. 140 ff. Beträffande överraskande och särskilt tyngande villkor i standardavtal ställs det särskilda krav för att de skall bli gällande mellan parterna (Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 6 uppl., Stockholm 1993 s. 36 ff.). Med hjälp av datortekniken kan t.ex. användaren uppmanas att bekräfta dessa villkor särskilt.

²² Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, 2 uppl., Stockholm 1998 s. 111 ff. samt Nordell, Per Jonas, *Rätten till det visuella*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Stockholm 1997 s. 366 ff. Jfr dock Blomqvist, Jørgen, *Overdrøftelse af ophavsrettigheder. Rettighedssoverdragelsen og dens fortolkning*, Köpenhamn 1987 s. 99 ff.

²³ Se vidare avsnitt 12 nedan samt Guibault, Lucie M.C.R., *Contracts and Copyright Exemptions*, Hugenholtz, P. Bernt (ed.), *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright management*, Information Law Series – 8, Kluwer, Haag ... 2000, s. 125–163.

²⁴ En för jurister relativt lättillgänglig genomgång av olika lösningar görs av Marks, Dean S. & Turnbull, Bruce H., *Technical Protection Measures: The Intersection of Technology, Law and Commercial Licences*, [2000] E.I.P.R. s. 212 ff.

²⁵ För att datorprogrammet skall fungera krävs att en s.k. dongle är ansluten till en av kontakterna på den dator där programmet skall exekveras.

men som digital inspelningsutrustning inte kan hantera eller genom s.k. kopieringsflaggor, dvs. markeringar på bestämda ställen i det digitala verket, som anger om kopiering skall tillåtas eller ej.²⁶ De tekniker som torde ha störst förutsättningar att bli framgångsrika när det gäller att skydda material som flyttas mellan olika tekniska miljöer (t.ex. fysiska lagringsmedier, sändningar eller datornätverk) är emellertid sådana som bygger på *kryptering*. Förklaringen till detta är att dekrypteringen aldrig kan ske oavsiktligt. Den som vill tillverka utrustning eller programvara som skall användas för uppspelningen etc. kan däremot frivilligt välja att ansluta sig till ett visst skyddssystem och därmed få tillgång till krypteringsnyckeln. I det avtal som tillverkaren därvid måste ingå med tillhandahållaren av skyddssystemet ställs normalt vissa krav på hur det dekrypterade materialet skall skyddas inne i utrustning, t.ex. om kopiering skall tillåtas. Vissa skyddssystem som bygger på kryptering kan uppdateras automatiskt med nya nycklar och därmed förbli effektiva även om en nyckel sprids till obehöriga användare.²⁷

Ett exempel på en teknisk åtgärd som har varit föremål för en omfattande diskussion på senare tid är CSS (Content Scramble System) som används för att skydda innehållet på en DVD (Digital Versatile Disc). Förenklat kan man säga att CSS fungerar på följande sätt: Med hjälp av en krypteringsalgoritm och en uppsättning krypteringsnycklar kan innehållet på skivan omvandlas till en form som bara kan läsas av utrustning som innehåller en viss uppsättning uppselningsnycklar. För att ett företag som tillverkar DVD-spelare skall få tillgång till algoritmen och uppselningsnycklarna krävs att de ingår ett avtal med den organisation som förvaltar de patent som ligger till grund för CSS. I detta avtal förbinder sig tillverkaren bl.a. att se till att innehållet skyddas på visst sätt när det är dekrypterat, t.ex. skall det gå att titta på filmen via en vanlig tv men inte att kopiera den t.ex. till en dators hårddisk.

Här skall påpekas att CSS på grund av ett misstag av en licensierad tillverkare av DVD-spelare i september 1999 kunde ”knäckas” av en norsk tonåring. Denne skapade ett litet datorprogram – kallat DeCSS – som gjorde att innehållet på en DVD enkelt kunde kopieras. Det påstådda motivet för denna åtgärd var att innehållet skulle kunna spelas på en DVD-spelare under operativsystemet Linux, vilket vid denna tidpunkt inte stödde några licensierade DVD-spelare.²⁸

²⁶ Ett exempel på ett sådant system är SCMS (Serial Copy Management System), som tillåter att digitala kopior görs från t.ex. en köpt cd, men som inte tillåter att kopian används för att göra ytterligare kopior. Tekniken förutsätter att den byggs in i all inspelningsutrustning och att utrustningen letar efter och respekterar kopieringsflaggor. Enligt kapitel 10 i Förenta staternas upphovsrättslag är tillverkare m.fl. av viss inspelningsutrustning i lag ålagda en skyldighet att införa denna teknik. Denna skyldighet gäller emellertid idag inte för tillverkare av datorutrustning, varför skyldighetens betydelse är begränsad. Ett amerikanskt lagförslag som utökar skyldigheten att aktivt bygga in stöd för sådan teknik även i datorutrustning har emellertid lagts fram under våren 2002 och sista ordet i frågan är inte sagt.

²⁷ Detta gäller t.ex. moderna system för att skydda satellitsändningar. Se Westman, Daniel, *Marknadsdomstolen tolkar piratdekoderlagen*, Lov&Data nr. 64 2000 s. 20 ff. (även tillgänglig på <http://www.juridicum.su.se/iri/dawe>).

²⁸ I ett uppmärksammat rättsfall har ett företag förbjudits att göra DeCSS tillgängligt på sin webbsida och att länka till andra webbplatser där programmet gjordes tillgängligt. (*Universal v. Reimerdes*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, Docket No. 00-9185, 2001-11-28).

Ofta görs en grov indelning i tekniska åtgärder som skyddar mot icke-auktoriserad åtkomst (*access control*)²⁹ och sådana som skyddar mot kopiering (*copy control*). Sett i ett upphovsrättsligt perspektiv kan man konstatera att tekniska åtgärder som kontrollerar kopiering naturligtvis bättre ansluter till den upphovsrättsliga ensamrätten. Mot bakgrund av den utformning som exemplarbegreppet nu fått (jfr ovan) skall nog inte detta förhållande övervärderas. I ett säkerhetsperspektiv är det ofta intressantast att kombinera dessa båda funktioner i ett och samma system (jfr t.ex. ovan om CSS).

Ett problem i en digital miljö är svårigheterna att identifiera vem som innehar rättigheterna till ett bestämt verk. Det har därför tagits fram olika tekniska lösningar för att *märka* informationsprodukter med information om rättighetsinnehavare, villkor för nyttjande etc. (ofta talas om ”*digitala vattenstämplar*”). Exempelvis kan en bild genom att enskilda punkter ändras, på ett för det mänskliga ögat inte uppfattbart sätt, förses med ett slags fingeravtryck. Om bilden visas i ett datorprogram som stödjer den aktuella tekniken så kan användaren även ta del av den dolda informationen om t.ex. rättighetshavare. Det är även möjligt att automatiskt söka efter märkta verk som olovligen gjorts tillgängliga i ett datornätverk. Dessa tekniker, som naturligtvis också kan utgöra ett viktigt skydd för rättighetshavarna, är inte lika principiellt intressanta och kontroversiella som tekniska åtgärder och behandlas därför inte vidare i denna artikel.³⁰ Märkning kan emellertid även utgöra en viktig komponent i de här behandlade tekniska åtgärderna, t.ex. genom att bara filer med en ”originalmärkning” kan spelas upp eller kopieras.

Tekniska åtgärder och märkning med rättighetsinformation utgör ofta viktiga element i mer omfattande *system för rättighetsadministration* som för närvarande är under uppbyggnad på flera håll. Tanken är att en användare som önskar utnyttja ett verk enkelt skall kunna hitta det i en stor databas och därefter enkelt kunna köpa en licens som täcker det aktuella nyttjandet. Systemet skall kunna hantera leveransen av verket (med tekniska åtgärder och märkningar applicerade), betalningar samt avräkning gentemot rättighetshavarna. Att skapa system av detta slag har visat sig besvärligt tekniskt, men framför allt organisatoriskt och rättsligt. När det gäller de rättsliga frågorna aktualiseras exempelvis inte bara upphovsrättsliga frågor utan även t.ex. integritetsrättsliga.

Det bör redan här påpekas att det inte är möjligt att skapa *helt säkra tekniska lösningar* som samtidigt är så enkla för användarna att hantera att de fungerar på en

Den rättsliga grunden för förbudet var de bestämmelser i den amerikanska upphovsrättslagstiftningen (17 U.S.C. § 1201 (a) (2)) som förbjuder spridande etc. av utrustning som kan användas för att kringgå tekniska åtgärder (jfr nedan 8. om motsvarande regler i Europa). Det är för närvarande oklart om domen kommer att överklagas.

²⁹ Vid en analys av det rättsliga skyddet kan det finnas anledning att förfina denna indelning t.ex. på så sätt att man skiljer mellan (1) åtgärder som förhindrar att en användare får initial åtkomst till en viss tjänst, t.ex. genom lösenord på en webbsida eller kodade tv-signaler, och (2) åtgärder som förhindrar att innehavaren av ett visst fysiskt exemplar får åtkomst till innehållet – initial eller vid senare användning. För en ytterligare indelning se Koelman & Helberger i not 4 a.a. s. 166 ff.

³⁰ Enligt artikel 7 i infoc-direktivet skall medlemsstaterna göra det otillåtet att avlägsna eller ändra denna typ av elektronisk information om rättighetsförvaltning. Vidare skall det i viss utsträckning göras otillåtet att sprida eller på annat sätt göra verk där sådan information har ändrats eller avlägsnats tillgängliga för allmänheten.

massmarknad. Dessutom är det viktigt att hålla i minnet att nästan alla verk för eller senare måste passera oskyddade till de mänskliga sinnena och vid denna tidpunkt kan de fångas upp och kopieras (om än med något sämre kvalitet än vid digital kopiering). Det som är aktuellt är istället att göra det svårare för ”vanligt folk” att ägna sig åt icke-auktoriserat utnyttjande av skyddat material. Eller som branschen ofta uttrycker det – det handlar om att hjälpa den hederlige att undvika digitalteknikens frestelser! Med detta synsätt blir emellertid de tekniska åtgärderna mer sårbara för att datorkunniga individer, som är beredda att lägga ner mycket tid, skapar ett verktyg som kan användas för att kringgå det tekniska skyddet. Detta verktyg, t.ex. ett datorprogram, kan sedan spridas och enkelt användas även av ”vanliga användare”. Det är därför ett rättsligt förbud mot att hantera denna typ av verktyg blir intressant. Samtidigt är ett sådant skydd inte okomplicerat; samma typ av verktyg som kan användas för att begå intrång kan även användas för att utföra helt lagliga operationer t.ex. att kopiera ett verk för enskilt bruk.

Rent tekniskt är det som framgått ovan möjligt att skapa åtminstone tillräckligt säkra lösningar för att förhindra åtkomst till eller kopiering av skyddat material. De stora utmaningarna ligger istället främst i att skapa ett fungerande samarbete mellan de olika aktörer (rättighetshavare, hårdvarutillverkare, teleoperatörer m.fl.) som måste vara inblandade för att tekniken skall få full effekt,³¹ dvs. fungera effektivt och samtidigt bli accepterad av konsumenterna. Just frågan om användarnas acceptans och frågan om vilket genomslag som de tekniska åtgärderna i praktiken kommer att få är för övrigt en hittills obesvarad nyckelfråga. Exempelvis skriver informationsekonomen Shapiro och Varian:

”Copy protection schemes impose costs on users and are highly vulnerable to competitive forces. Trusted systems, cryptographic envelopes, and other copy protection schemes have their place but are unlikely to play a significant role in mass market information goods because of standardization problems and competitive pressures.”³²

Med tanke på hur mycket som står på spel för rättighetshavarna är det frågan om inte detta uttalande är väl kategoriskt. Men faktum kvarstår; osäkerheten om framtiden riskerar att göra diskussionen om skyddsbehov och risker till en ren spekulering, vilket naturligtvis är allvarligt för den rättspolitiska diskussionen om skyddet för tekniska åtgärder.³³

³¹ Dessa frågor behandlas utförligt i Marks och Turnbull i not 24 a.a. s. 203 ff. I detta sammanhang kan även konkurrensrättsliga frågor aktualiseras. För att tekniska åtgärder skall kunna fungera på en massmarknad är det nödvändigt att antalet standarder begränsas. Det kan inte uteslutas att starka aktörer som står bakom en sådan standard uppställer oskäliga villkor för att någon skall få använda standarden.

³² Shapiro, Carl, Varian, Hal R., *Information rules: a strategic guide to the network economy*, Harvard Business School Press, Boston 1999, s. 102.

³³ Ett annat frågetecken i detta sammanhang är om tekniska åtgärder överhuvud taget kommer att begränsa intrången. Exempelvis är det lika enkelt att sprida det ovan nämnda programmet DeCSS som att sprida en skyddad film. Om miljontals användare gör detta är rättighetshavarna så att säga

5. "Code is law"

Juridikprofessorn Lawrence Lessig har på senare år fått stor uppmärksamhet kring ett perspektiv på samspelet mellan teknik och juridik, som kan sammanfattas i sentensen "code is law".³⁴ Förenklat innebär Lessigs tankar att programkod och annan teknisk arkitektur, t.ex. Internets grundläggande kommunikationsprotokoll, har en styrande effekt på medborgarnas beteende som kan jämföras med lagstiftning. Den tekniska utformningen av t.ex. en webbläsare avgör i praktiken vilket integritetsskydd en användare som surfar på nätet får. Tekniska lösningar kan med andra ord vara ett viktigt alternativ eller komplement till andra styrmedel såsom lagstiftning. Lessig betonar också att all teknik bygger på vissa värderingar och att det är farligt att tro att dessa är givna och att de inte kan ändras. Tvärtom kan t.ex. nya tekniska lösningar förändra förutsättningarna för kommunikation via Internet på ett sådant sätt att möjligheterna att uppträda anonymt eller att fritt sprida information minskar. En central fråga blir därmed vem som skall bestämma vilka värden som "byggs in" i tekniken. Om lagstiftaren inte ser till att grundläggande rättigheter som yttrandefrihet, personlig integritet etc. får genomslag i de tekniska lösningarna är risken att dessa rättigheter blir illusoriska.³⁵

Tekniska åtgärder är ett utmärkt exempel på Lessigs poäng. De tekniska skyddssystemen avgör – åtminstone om de fungerar som det är avsett – vilka förfoganden som är praktiskt möjliga; "technical measures are law"! Skydden kan naturligtvis appliceras på vilken digital information som helst – skyddad eller oskyddad av upphovsrätt – och behöver inte kopplas till de åtgärder som omfattas av den eventuella ensamrätten. Besluten att applicera en teknisk åtgärd och att utforma den på ett visst sätt fattas av den som tillhandahåller informationen. Det finns i princip inga regler som begränsar tillhandahållarens val i denna del. Detta, skulle man kunna påstå, är inte något nytt. Tillhandahållare av informationsprodukter har alltid haft rätt att vidta olika arrangemang för att skydda sin information. Men de stora skillnaderna är att detta nu är tekniskt och praktiskt möjligt att göra för alla typer av informationsprodukter och även vid massdistribution. När de *faktiska* skyddsmöjligheterna för t.ex. ett verk ändras på detta grundläggande sätt finns enligt detta perspektiv anledning att se över den *rättsliga* regleringen.

6. Rättsligt förhållningssätt till tekniska åtgärder

Förhållandet mellan tekniska åtgärder och rättslig reglering är minst sagt komplext. Det finns dessutom anledning att betona att frågan om rättslig reglering av

tillbaka på ruta ett igen. Om respekten för upphovsrätten i vissa miljöer är dålig finns det knappast anledning att anta att det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder kommer att efterlevas där.

³⁴ Tankarna utvecklas framför allt i boken *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York 1999.

³⁵ Lessigs tankar är inte nya, utan kan tvärtom sägas utgöra en av grundtankarna i *rättsinformatikens* perspektiv på samspelet mellan juridik och IT. I Lessigs verk är de emellertid föredömligt enkelt uttryckta och applicerade på fenomen som för närvarande diskuteras flitigt även i bredare kretsar.

tekniska åtgärder inte endast är juridisk-teknisk. Tvärtom aktualiserar en sådan reglering en mängd grundläggande *rättspolitiska ställningstaganden*. Två rättspolitiska huvudperspektiv kan urskiljas i debatten. Det första utgår från att tekniska åtgärder är något nödvändigt och önskvärt, men att de är sårbara för angrepp, framför allt att någon tillverkar eller sprider anordningar som kan användas för kringgående. Den som företräder detta perspektiv väljer därför att betona behovet av ett *rättsligt skydd för tekniska åtgärder*. Dessa tankar genomsyrar starkt de internationella rättsakter om upphovsrätt som antagits de senaste åren. Det andra huvudperspektivet – som åtminstone hittills inte har fått lika stor uppmärksamhet från lagstiftarens sida – utgår ifrån att rättighetshavarens faktiska kontroll över verken stärks genom användningen av tekniska åtgärder och nya möjligheter till avtalsbindning. Detta leder enligt företrädarna för detta perspektiv till att den *upphovsrättsliga intressebalansen* sätts ur spel. Det är därför viktigt att lagstiftningen används för att värna denna balans, dvs. till att slå vakt om de intressen som står emot rättighetshavarens intresse av långtgående kontroll över verket. Dessa olika synsätt visar tydligt vilken betydelse det har för den rättsliga bedömningen hur tekniken och tekniska förändringar uppfattas.³⁶

Med tanke på de tekniska åtgärdernas inverkan på den upphovsrättsliga spelplanen torde någon form av rättsligt förhållningssätt till fenomenet vara nödvändigt. Ett alternativ till de ovan redovisade förhållningssätten hade emellertid varit att, med hänsyn till den stora osäkerhet som fortfarande råder kring de tekniska åtgärdernas faktiska genomslag och effekt, *avvakta* med rättsliga ingripanden. I grunden handlar det om att ta ställning till vem som skall ha *argumentations- och bevisbördan* för att ett problem föreligger; den som påstår att det kommer att skapas färre litterära och konstnärliga verk eftersom rättighetshavarnas användning av tekniska åtgärder inte skyddas rättsligt eller den som påstår att ett sådant skydd skulle få negativa konsekvenser. Eftersom ett rättsligt skydd för tekniska åtgärder – som framgår i nästa avsnitt – nyligen införts, har ett rättspolitiskt vägsål redan passerats. En diskussion om risker och problem med tekniska åtgärder utgår därför lämpligen från denna reglering.

7. Rättsligt skydd för tekniska åtgärder

Att tekniska åtgärder skyddas rättsligt är inget nytt.³⁷ För det första kan befintlig straffrättslig reglering, t.ex. om dataintrång, i vissa situationer utgöra ett skydd mot själva *kringgåendet*. För det andra har det på senare år införts specifika förbud mot viss *hantering av hjälpmedel* som kan användas för att kringgå bestämda typer av tekniska åtgärder. Här kan t.ex. nämnas Europaparlamentets och rådets

³⁶ Se Seipel, Peter, *The Right to Know. Computers and Information Power*, Blume, Peter (ed.), Nordic Studies in Information Technology and the Law, Kluwer, Deventer 1991, s. 32 f samt Westman, Daniel, *Rättspolitik på IT-området – ett diskussionsunderlag*, Det IT-rättsliga observatoriets rapport 9/98, Regeringskansliets offsetcentral, Stockholm 1998, s. 17 ff.

³⁷ För en översikt över olika skyddsformer se Dusollier, Séverine, *Situating legal protections for copyright-related technological measures in the broader legal landscape: ANTI CIRCUMVENTION PROTECTION OUTSIDE COPYRIGHT*, General report ALAI 2001 Congress, Adjuncts and Alternatives to Copyright, tillgänglig via <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/home.htm>.

direktiv 98/84/EG av den 20 november 1998 om det rättsliga skyddet för tjänster som baseras på villkorad tillgång, som förbjuder befattning med vissa typer av avkodningsutrustning³⁸ samt artikel 7 (1) c i Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram (datorprogramdirektivet) som förbjuder ”varje åtgärd som innebär omsättning eller innehav för kommersiella ändamål av varje hjälpmedel vars enda syfte är att underlätta att en teknisk anordning som har anbringats för att skydda ett datorprogram avlägsnas eller kringgås utan tillstånd”.³⁹

Detta skydd är på inget sätt heltäckande och har därför av internationella policyskapare uppfattats som otillräckligt. I artikel 11 i WIPO Copyright Treaty (WCT) från 1996 anges tämligen lakoniskt att ”Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law”.⁴⁰ Förenta staterna införde redan 1998 ett sådant skydd genom den ytterst omfattande och komplexa Digital Copyright Millennium Act (DMCA).⁴¹ På ett europeiskt plan sker genomförandet genom den något enklare artikel 6 i infosoc-direktivet, som i sin tur skall implementeras i medlemsstaternas nationella lagstiftning senast i december 2002.

8. Artikel 6 i infosoc-direktivet

Begreppet ”tekniska åtgärder” definieras i infosoc-direktivets artikel 6 (3) som ”varje teknik, anordning eller komponent som har utformats till att vid normalt bruk förhindra eller begränsa handlingar, med avseende på verk eller andra alster, som inte är tillåtna av [rättighetsinnehavaren]”. Tekniska arrangemang som i praktiken skyddar ett verk mot åtkomst eller kopiering, men som inte har utformats för detta ändamål skyddas sålunda inte. Vidare omfattas bara ”effektiva” tekniska åtgärder av skyddet. Förklaringen till detta är att lagstiftaren bara velat skydda lösningar som ”står på egna ben”. En teknisk åtgärd är enligt direktivet *effektiv* ”om användningen av ett skyddat verk eller annat alster kontrolleras av rättsinnehavarna genom en åtkomstkontroll- eller skyddsprocess, t.ex. kryptering, kodning eller annan omvandling av verket eller alstret eller en kontrollmekanism för kopiering, om processen uppfyller skyddsändamålet”. Alla de lösningar som behandlats i avsnitt 4 torde utgöra ”effektiva tekniska åtgärder”.

³⁸ Direktivet har i Sverige genomförts genom lagen (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning. Angående skyddets uppbyggnad se Lindberg & Westman i not 11 a.a. s. 114 ff.

³⁹ I Sverige genomförd genom 57 a § upphovsrättslagen.

⁴⁰ För exempel på alternativa tolkningar av bestämmelsen se Sirinelli, Pierre, *The Scope of the Prohibition on Circumvention of Technological Measures: Exceptions*, General report ALAI 2001 Congress, Adjuncts and Alternatives to Copyright, tillgänglig via <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/home.htm>.

⁴¹ Skyddet för tekniska åtgärder regleras i chapter 12, U.S. Copyright Law.

Skyddet för tekniska åtgärder enligt direktivet består av två delar. För det första skall medlemsstaterna enligt artikel 6 (1) införa ett rättsligt skydd mot *själva kringgåendet* av effektiva tekniska åtgärder (t.ex. kringgående av åtkomst- eller kopieringsspärar), ”om personen som utför kringgåendet känner till eller har skälig anledning att anta att han eller hon utför en sådan handling”. För det andra, och det är viktigare för rättighetshavarna, skall medlemsstaterna enligt artikel 6 (2) förbjuda vissa typer av *förberedande aktiviteter*, nämligen ”tillverkning, import, spridning, försäljning, uthyrning, marknadsföring i försäljnings- eller uthyrningssyfte eller innehav i kommersiellt syfte av anordningar, produkter eller komponenter eller tillhandahållande av tjänster”⁴² som kan användas för sådana ändamål, under förutsättning att anordningen etc. ”(a) marknadsförs eller utannonseras i syfte att kringgå, eller (b) endast har ett begränsat kommersiellt intresse eller användningsområde av betydande art utöver att kringgå, eller (c) huvudsakligen är utformade, konstruerade, anpassade eller framtagna i syfte att möjliggöra eller underlätta kringgående av en effektiv teknisk åtgärd”. I punkt 48 i ingressen anges att det rättsliga skyddet bör vara förenligt med proportionalitetsprincipen och inte medföra förbud mot ”sådana anordningar eller verksamheter som har något annat kommersiellt betydelsefullt syfte eller användningsområde än att kringgå tekniskt skydd”. På samma ställe anges att det inte föreligger någon skyldighet att utforma anordningar, produkter, komponenter eller tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder, så länge anordningarna etc. inte på annat sätt omfattas av förbudet i artikel 6. Detta innebär, för att anknyta till den tekniska beskrivningen ovan, att de som tillverkar hård- och mjukvara inte är skyldiga att aktivt bygga in system som t.ex. SCMS och att leta efter kopieringsflaggor.⁴³ Däremot är de skyldiga att respektera system som CSS och inte dekryptera kodat material utan tillstånd.

För att i någon mån säkerställa de *upphovsrättsliga inskränkningarnas* genomslag även i framtiden finns det ett antal tämligen svårtolkade bestämmelser i artikel 6 (4). Dessa innebär kortfattat att medlemsstaterna i avsaknad av frivilliga åtgärder från rättsinnehavarnas sida *skall* vidta åtgärder för att säkerställa att vissa uppräknade inskränkningar kan utnyttjas av den som är behörig att göra det och som har laglig tillgång till det skyddade verket.⁴⁴ När det gäller kopiering för enskilt bruk *får* medlemsstaterna under vissa förutsättningar vidta sådana åtgärder. Av artikel 6 (4) fjärde stycket framgår emellertid att medlemsstaternas rätt att ingripa enligt det ovan sagda inte skall gälla ”verk eller andra alster som gjorts tillgängliga för allmänheten i enlighet med överenskomna avtalsvillkor på ett

⁴² Någon skyldighet att införa ett förbud mot *innehav* för privat bruk föreligger inte. Att *använda* utrustningen för kringgående för privat bruk är däremot otillåtet enligt artikel 6 (1).

⁴³ Jfr dock ovan i not 26 om situationen i Förenta staterna.

⁴⁴ Bestämmelsen gäller t.ex. bibliotekens rätt till mångfaldigande och användning inom undervisning och vetenskaplig forskning (se vidare artikel 6 (4) första stycket). När det gäller *datorprogram* framgår av ingresspunkt 50 dessutom att skyddet enligt artikel 6 inte bör hämma eller förhindra den rätt till observation och dekompileering som en behörig användare har enligt artikel 5.3. respektive 6 i datorprogramdirektivet. Detta skulle kunna tolkas som att kringgåendet i dessa situationer får utföras direkt av den som är behörig att utföra åtgärderna enligt datorprogramdirektivet.

sätt som gör att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer”.⁴⁵

Den snabba utvecklingen av tekniken och av marknaden för informationsprodukter har ansetts motivera att en *utvärdering av infosoc-direktivet* sker inom en relativt snar framtid. Enligt artikel 12 skall kommissionen senast den 22 december 2004 – bara två år efter det att genomförandetiden löpt ut – presentera en rapport om tillämpningen av direktivet och där så är nödvändigt föreslå ändringar. När det gäller artikel 6 skall kommissionen särskilt undersöka om den artikeln ger en tillräcklig skyddsnivå och om lagliga handlingar påverkas negativt av användningen av effektiva tekniska åtgärder.

I den amerikanska regleringen finns en mer flexibel ordning för att hantera problem som uppstår till följd av det nya skyddet. Vart tredje år skall Librarian of Congress genomföra en särskild ”rulemaking proceeding” som går ut på att fastställa om användare av en särskild verkskategori riskerar att förlora möjligheterna att utföra icke-intrångsgörande handlingar på grund av förbudet mot kringgående av tekniska åtgärder för accesskontroll. Om Librarian of Congress kommer fram till att så är fallet – bevisbördan ligger på den som påstår att ett undantag behövs – undantas denna kategori av verk från förbudet mot kringgående under tre år.⁴⁶

9. Artikel 6 och den upphovsrättsliga ensamrätten

I ett principiellt perspektiv kan det diskuteras om skyddet för tekniska åtgärder skall ses som en del av det upphovsrättsliga systemet eller som en helt frikopplad skyddsform (jfr t.ex. det ovan nämnda direktivet om skydd för tjänster som baseras på villkorad tillgång). Uttalanden i ingressen till infosoc-direktivet präglas av det förra synsättet och tekniska åtgärder ses som ett sätt att förhindra och begränsa handlingar som inte är godkända av rättighetshavarna.⁴⁷ I praktiken innebär emellertid artikel 6 att en ny och i stora delar fristående rättslig skyddsform skapas. Av särskilt intresse blir därmed att undersöka hur detta skydd förhåller sig till den upphovsrättsliga ensamrätten.

Det kan vid ett första påseende te sig naturligt att koppla det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder direkt till den upphovsrättsliga ensamrätten och endast förbjuda kringgående som sker för att möjliggöra ett intrång eller sådan hantering av utrustning som används för att begå ett intrång i upphovsrätten. Problemet är emellertid att samma anordningar etc. som används för att kringgå tekniska åtgärder, i situationer där upphovsrätten tillåter det, kan användas för kringgå-

⁴⁵ Av ingresspunkt 53 framgår att ”[i]cke-interaktiva former av online-användning [...] fortfarande omfattas av dessa bestämmelser”. Personligen tycker jag att det ligger något av en självmot-sägelse i detta uttalande. Det är därför svårt att se vilka användningar som skall omfattas av denna skrivning (och därmed inte av 6 (4) fjärde stycket).

⁴⁶ Med stöd av dessa bestämmelser har Librarian of Congress undantagit två verkskategorier från förbudet mot kringgående t.o.m. oktober 2003. Det handlar om sammanställningar av adresser på webbplatser som filtreringsprogram blockerar och litterära verk, inkluderande datorprogram, skyddade av accesspärar där access inte kan ske på grund av tekniskt fel eller skada eller på grund av att tekniken är obsolet.

⁴⁷ Se ingresspunkt 47. Jfr ovan under 2 om alternativa sätt att se på tekniska åtgärder.

ende som innebär intrång i upphovsrätten. Sedan någon fått tillgång till ett verk etc. är det vidare svårt att hindra fortsatt utnyttjande, t.ex. kopiering. Ett skydd för tekniska lösningar som direkt anknyter till ensamrätten skulle därför, i rättighetshavarnas perspektiv, knappast bli verksamt.

Att ge ett rättsligt skydd åt alla typer av tekniska åtgärder kan emellertid också te sig problematiskt. Samma tekniska system som används för att förhindra åtgärder som innebär ett intrång i upphovsrätten kan användas för att förhindra åtgärder som inte skyddas av upphovsrätt, t.ex. därför att det inte är fråga om en skyddad prestation, för att det rör sig om en typ av förfogande, t.ex. åtkomst (access), som inte omfattas av upphovsmannens förfoganderätt eller för att det rör sig om ett utnyttjande som faller in under någon inskränkning i ensamrätten, t.ex. kopiering för enskilt bruk. Om även tekniska åtgärder med denna utformning backas upp med ett rättsligt skydd kommer rättighetshavarnas faktiska kontroll över verken stärkas påtagligt.

Förhållande mellan det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder och den upphovsrättsliga ensamrätten har varit en kontroversiell fråga under arbetet med direktivet.⁴⁸ I tidigare versioner av direktivet talades t.ex. om ett skydd mot åtgärder som innebär ett ”otillåtet kringgående”, vilket skulle kunna uppfattas så att kringgående för att på ett enligt lag tillåtet sätt förfoga över verket skulle falla utanför förbudet.⁴⁹ Samma tolkning kan även göras av den ovan behandlade artikel 11 i WCT, där det talas om ett skydd för åtgärder som inte är ”authorized by the authors concerned or permitted by law” (kurs. här).

Det slutligen antagna direktivets lösningar på dessa dilemman är inte helt entydiga, men torde i korthet kunna sammanfattas på följande sätt:

- När det gäller själva kringgåendet av en teknisk åtgärd innebär direktivet att det är otillåtet att bryta *åtkomstspärrar*, även om själva åtkomsten inte är föremål för upphovsrättslig ensamrätt. Detta framgår av definitionen av ”effektiva” tekniska åtgärder i artikel 6 (3). Accessskyddet gäller såväl ursprunglig access som access till innehållet i de exemplar som användaren själv äger. Detta innebär t.ex. att det är otillåtet för en användare att kringgå en åtkomstspärr som applicerats på ett exemplar som han eller hon äger. Den som vill spela upp en köpt DVD-film på en annan utrustning än den som i dagsläget stödjer standarden kan alltså inte göra det utan att begå ett lagbrott.

- Att det i det konkreta fallet finns en *upphovsrättslig inskränkning*, t.ex. en rätt att kopiera för enskilt bruk, innebär inte automatiskt att en enskild användare får kringgå en teknisk åtgärd. Utgångsläget är med andra ord att det är den som distribuerar ett visst exemplar av ett verk som avgör vilka inskränkningar som i praktiken skall kunna utnyttjas (när det gäller detta exemplar). Som framgått i föregående avsnitt innehåller direktivet emellertid vissa regler om att medlems-

⁴⁸ För analyser och kommentarer av tidigare versioner av direktivet se Koelman i not 4 a.a. och Vinje i not 4 a.a.

⁴⁹ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, KOM(97) 628 slutlig.

staterna i avsaknad av frivilliga åtgärder från rättsinnehavarnas sida *skall* respektive *får* vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att rättsinnehavarna gör det möjligt för vissa typer av behöriga användare att utnyttja de nämnda inskränkningarna.⁵⁰ Det framgår inte hur lång tid som rättsinnehavarna skall få på sig att vidta frivilliga åtgärder. Inte heller vilka ”lämpliga åtgärder” som medlemsstaterna skall vidta. Möjligen skulle man kunna tänka sig ett krav på deponering av verket i tekniskt oskyddad form eller av nycklarna till den tekniska åtgärden hos någon offentlig inrättning, t.ex. ett bibliotek. Av artikel 6 (4) framgår emellertid att medlemsstaterna endast kan begränsa själva förbudet mot kringgående. Staternas åtgärd kan sålunda inte vara att tillåta tillverkning och spridning av utrustning etc. för kringgåendet. På kort sikt är det mot denna bakgrund svårt att se att medlemsstaternas möjligheter till ingripande skall spela någon avgörande roll för att värna de intressen som ligger bakom de upphovsrättsliga inskränkningarna. Möjligen kan den behandlade regleringen fungera som ett visst påtryckningsmedel som förhindrar missbruk av den makt som de tekniska åtgärderna ger.

- Det torde – åtminstone enligt detta direktiv – vara lagligt att kringgå tekniska åtgärder som applicerats på material som *inte omfattas av upphovsrätt* eller närstående rättighet.⁵¹ Dock måste påpekas att reglerna om förberedande aktiviteter i artikel 6 (2) i stor utsträckning hindrar att det tas fram utrustning etc. som kan användas för detta ändamål och att kringgåendet därför i praktiken blir omöjligt för de flesta användare. Detta sammanhänger med att samma tekniska åtgärder troligtvis kommer att appliceras på såväl skyddat som oskyddat material och att utrustning för att kringgå sådan åtgärder i de flesta fall kommer att uppfylla rekvisiten i någon av punkterna a–c i artikel 6 (2). Här kan man jämföra med det förhållningssätt som i praxis har utvecklats för att enligt allmänna upphovsrättsliga regler bedöma om tillhandahållandet av viss utrustning, som kan användas för lagliga såväl som olagliga ändamål, skall anses utgöra intrång i upphovsmannens ensamrätt. Utgångspunkten i dessa fall kan förenklat sägas vara att tillhandahållandet av utrustningen är laglig så länge som det finns betydelsefulla användningsområden för den som inte innebär att ett intrång begås.⁵²

⁵⁰ Som påpekats under 8 ovan utgör det fjärde stycket i artikel 6 (4) en långtgående – om än oklar – begränsning i medlemsstaternas möjlighet att ingripa. Mot bakgrund av nya sätt att distribuera verk och andra skyddade prestationer direkt till användarna online kommer detta undantag säkert att bli betydelsefullt.

⁵¹ Jfr definitionen av ”tekniska åtgärder” i artikel 6 (3).

⁵² För svensk rätts del framgår detta bl.a. av det s.k. *BBS-målet* (NJA 1996 s. 79) där Högsta domstolen framhöll att det inte kunde läggas tillhandahållaren till last annat än att han tillhandahöll viss teknisk utrustning som skulle användas för lagliga ändamål, t.ex. spridning av shareware eller utväxling av e-post. Att utrustning av användarna även kom att användas för otillåten verksamhet ansågs inte kunna leda till något straffrättsligt ansvar för tillhandahållaren. Det ledande fallet internationellt är *Sony v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984). Högsta domstolen i Förenta staterna fastslog att det inte utgjorde intrång att tillverka och sälja videobandspelare som kunde användas för att kopiera upphovsrättsligt skyddat material utan tillstånd. Enligt domstolen kunde en tillverkare av utrustning bara hållas ansvarig för användarnas intrång om utrustningen saknade betydelsefulla användningsområden som inte utgjorde intrång. Eftersom vissa av de kopior som

Slutsatsen är sålunda att lagstiftaren har valt att backa upp en teknisk ordning som i stor utsträckning sätter den befintliga upphovsrättsliga intressebalansen mellan rättighetshavare och den som konsumerar informationen ur spel. Förklaringen till detta står att finna i att lagstiftaren valt att anlägga ett utpräglat *marknadsekonomiskt perspektiv* på förhållandet mellan upphovsrätten och de tekniska åtgärderna.

10. Den perfekta marknaden för informationsprodukter?

Upphovsrätten kan i ett *ekonomiskt perspektiv* ses som ett verktyg för att skapa en fungerande marknad för informationsprodukter. Genom att upphovsmannen får en viss ensamrätt till verket skapas på rättslig väg ett begränsat utbud av just det verket, som kan matchas mot marknads efterfrågan. Genom att erbjuda sina produkter på denna marknad kan upphovsmannen leva på sitt skapande och informationsproducerande företag få avkastning på sina investeringar.

I ett marknadsperspektiv handlar allt i grunden om att en kund är beredd att erbjuda viss ersättning för att få *tillgång till* verket. Normalt handlar det om att betala en viss summa, men ersättningen kan till exempel också vara att kunden samtidigt tar emot reklam eller lämnar personuppgifter om sig själv som senare kan användas för olika kommersiella ändamål. Med utgångspunkt i ensamrättens utformning och de befintliga möjligheterna att praktiskt kontrollera tillgången till verket har det på offline-marknaden utvecklats olika *affärsmodeller* för handeln med information.

- En viktig affärsmodell har varit att *sälja fysiska exemplar*, t.ex. böcker eller skivor, där verket har lagrats.⁵³ Grunden för denna modell är att konkurrenter enligt upphovsrätten är förhindrade att framställa egna exemplar av verket för försäljning och att äganderätten till de fysiska exemplaren förhindrar att slutkunderna olovligen bereder sig tillgång till dessa. Den som köpt ett exemplar kan fritt bereda sig tillgång till verksinnehållet så länge han äger exemplaret. Den upphovsrättsliga konsumtionsprincipen innebär dessutom att ett förvärvat exemplar fritt kan överlåtas.

- Det finns även affärsmodeller som innebär att kunden *mer direkt betalar för access till verket*. Denna modell används t.ex. när det gäller filmer. Kunden betalar för att få tillgång till den biograf där filmen visas. Upphovsrättsliga regler förhindrar att biografier som inte har tillstånd av rättighetshavaren visar filmen och straffrättsliga regler hindrar att icke-betalande besökare tar sig in i lokalerna.

användarna gjorde med sina apparater var godkända av rättighetshavarna och andra föll inom "fair use" ansågs tillhandahållandet vara lagligt.

⁵³ Ett alternativ kan vara att *hyra ut* ett fysiskt exemplar, t.ex. en videofilm, under en begränsad tid. Denna affärsmodell har drag av både den här behandlade modellen och den som behandlas i nästa punkt.

- En tredje affärsmodell bygger till skillnad från de två första inte på att tillgång till verken begränsas. Istället handlar det om att ge alla som vill eller vissa utvalda grupper avgiftsfri tillgång till verken. I gengäld får användarna t.ex. ta emot reklam. Denna modell som kan sägas bygga på *fri access* används t.ex. av den kommersiella radion. Modeller som bygger på *fri access* är emellertid inte alltid förknippade med reklam. En annan tanke kan vara att få kunderna att använda en viss produkt för att sedan kunna sälja olika typer av tilläggstjänster, t.ex. bättre funktionalitet, dokumentation eller support, något som t.ex. är vanligt när det gäller programvara.

De nya digitala distributionsformerna och de tekniska åtgärderna gör det möjligt att i större utsträckning än tidigare tillämpa affärsmodeller som bygger på "*pay per use*" eller "*pay per view*". Det går i princip att tillämpa "biografmodellen" för alla typer av verk och utan koppling till en viss lokal. I ett marknadsekonomiskt perspektiv är denna utveckling tilltalande eftersom den möjliggör en mer förfinad prisdifferentiering. Den som lyssnar på ett musikstycke en gång betalar t.ex. mindre än den som lyssnar på samma stycke 100 gånger. Det går även enkelt att skapa särskilt högklassiga produkter vilka rent tekniskt endast kan utnyttjas av vissa utvalda kunder. Det skulle kunna påstås att detta är den grundläggande och självklara affärsmodellen för handel med information som först nu blir praktiskt möjlig genom att de tekniska möjligheterna att kontrollera nyttjandet av informationen ökar. Detta medför i sin tur att rättighetshavarna, och kanske eventuellt även de ursprungliga upphovsmännen, kan få mer betalt samtidigt som kostnaderna för utnyttjandet fördelas mer "rättvist" mellan kunderna.

I marknadsekonomiska tankemodeller spelar *avtalsfriheten* en central roll. Att säljare och köpare kommer överens om villkoren för utnyttjandet av den information som avtalet avser är naturligt. Ett musikstycke kan t.ex. tillhandahållas utan begränsande villkor till ett pris och med förbud mot kopiering för enskilt bruk till ett annat, lägre pris. Marknaden ser till att de villkor till vilka produkterna erbjuds är rimliga. Det utbredda bruket av "klickbara" licensvillkor är därmed positivt, även om detta skulle innebära att avvikelser från de upphovsrättsliga inskränkningarna blir vanliga.⁵⁴ Den som ser inskränkningarna i upphovsrätten som ett uttryck för ett marknadsmisslyckande, dvs. att det tidigare inte varit praktiskt möjligt att ta betalt t.ex. för enstaka privata utnyttjanden som sker i hemmet och att dessa därför undantagits från ensamrätten, skulle nu kunna hävda att dessa inskränkningar kan avskaffas och att kostnaderna för alla nyttjanden därmed allokeras "rätt".⁵⁵

⁵⁴ Bestämmelsen i artikel 6 (4) fjärde stycket infosc-direktivet, som behandlats under avsnitt 8 ovan, framstår med detta synsätt som rimlig.

⁵⁵ För ett rättsekonomiskt perspektiv på de upphovsrättsliga inskränkningarna se Koelman, Kamiel J, *The protection of technological measures vs. the copyright limitations*, ALAI 2001 Congress, Adjuncts and Alternatives to Copyright, tillgänglig via på <http://www.ivir.nl/publications/koelman/alaiNY.html> under "Copyright Limitations".

11. Risker och problem

Det finns problem med ett alltför ensidigt marknadsperspektiv på regleringen av information, t.ex. upphovsrätten. Information är en speciell och svårbehandlad ”vara”, som inte alltid låter sig sorteras in i traditionella ekonomiska teorier för hur en marknad fungerar.⁵⁶ Vidare kan information – t.ex. sådan information som på grund av sin utformning skyddas av upphovsrätt eller på grund av att den är resultatet av en väsentlig investering skyddas av sui generis-rätten i databasdirektivet⁵⁷ – vara förknippad med andra viktiga intressen än rent ekonomiska, t.ex. kunskap, demokrati, insyn och yttrandefrihet.

I grunden handlar de här behandlade frågorna om *kontroll* över vilka som skall få *tillgång* till information i en viss form och hur dessa skall kunna *förfoga över* denna information, t.ex. kopiera den. Det hävdas ofta att en marknadspräglad syn på information kräver en relativt stark faktisk kontroll över informationens användning.⁵⁸ Den faktiska kontrollen i det enskilda fallet kommer att bestämmas av en lång rad faktorer, t.ex. ensamrättens uppbyggnad, de tekniska åtgärdernas utformning, det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder, befintlig avtalsreglering och marknaden för den aktuella typen av produkter. Möjligheterna att styra genom teknikutformning, t.ex. genom att använda tekniska åtgärder och klick-avtal, gör att den rättspolitiska diskussionen måste breddas. De nämnda faktorerna måste – även om det är svårt – alla ingå i en samlad rättspolitisk diskussion.

Det är som framhållits ovan svårt att sia om framtiden, men personligen känner jag en viss oro för att den intressebalans som dagens upphovsrätt är ett uttryck för i praktiken kommer att sättas ur spel genom en ökande användning av tekniska åtgärder som kraftfullt backas upp av artikel 6 i infosoc-direktivet. Det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder bör såsom det utformats ses som en ny skyddsform, inte bara ett sätt att försvara befintliga upphovsrättsliga balanser och möta pirater. Jag skall därför i det följande kortfattat försöka peka på några problem med den ovan beskrivna utvecklingen mot ökad kontroll över informationsprodukter. Dessa problem kan vara såväl rent *principiella* som mycket *praktiska*. Alla problem gör sig naturligtvis inte gällande för alla typer av prestationer.⁵⁹ Tekniska lösningar som bygger på kontroll av kopieringen är vidare

⁵⁶ En mycket läsvärd och lättillgänglig framställning om ”informationsekonomin” är den i not 32 nämnda boken av Shapiro och Varian.

⁵⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG om rättsligt skydd för databaser.

⁵⁸ För egen del tycker jag att det skulle vara intressant att undersöka möjligheterna att i större utsträckning skapa en upphovsrätt som är anpassad till en affärsmodell som bygger på fri access (jfr modell tre i föregående avsnitt). Det skulle t.ex. kunna handla om ett starkt skydd mot illojala former av länkning för att kringgå tillhandahållarens reklam, skydd för tekniska åtgärder som används för att ge fri tillgång till tidsbegränsade eller ofullständiga versioner av t.ex. ett datorprogram och ett starkt ideellrättsligt skydd. Jag är naturligtvis medveten om att många svårigheter möter i ett sådant arbete.

⁵⁹ Just den omständighet att upphovsrätten i dag skyddar prestationer där så vitt skilda intressen gör sig gällande leder ofta till att systemet utsätts för påfrestningar. Den upphovsrätt som är ändamålsenlig för datorprogram och kommersiell musik, kan kanske vara betänkelig när det gäller andra typer av verk (se Strömholm, Stig, *Upphovsrätten i IT-åldern. Musikskapandets nya rättsliga klimat*, Ton och Rätt. Jubileumsskrift till STIM, Iustus Förlag, Göteborg 1998 s. 211 ff.).

mindre kontroversiella än sådana som begränsar åtkomsten till prestationen. Syftet är inte att fullständigt analysera och föreslå lösningar på de behandlade problemen, utan att lyfta fram dem för en bredare diskussion.

12. Upphovsrättens syfte, intressebalansen och inlåsnings effekter

Upphovsrätten har alltid givit rättighetshavaren en rätt att *kontrollera* användningen av verket, men denna rätt har varit begränsad t.ex. genom kraven på originalitet för att skydd skall uppkomma, genom att skyddet begränsas till formen och inte idéer eller faktauppgifter i sig, genom att ensamrätten inte omfattar själva konsumtionen av verken (t.ex. läsandet av en bok) och genom en rad inskränkningar i ensamrätten till förmån för motstående intressen. Utgångspunkten har med andra ord varit att upphovsrätten skall skapa en *intressebalans*. Det har t.ex. alltid funnits ett visst manöverutrymme i den privata sfären. De senaste decennierna har det emellertid skett en utveckling mot att ge rättighetshavaren ökad kontroll. Kraven på originalitet har sänkts, en särskild skyddsform för investeringar i att sammanställa information som inte är begränsad till sammanställningens struktur har införts, förfoganderätten har utvidgats för att täcka in nya nyttjandeformer, och inskränkningarna – åtminstone för vissa typer av verk – har begränsats. Genom användningen av tekniska åtgärder och införandet av ett rättsligt skydd för dessa åtgärder förstärks denna bild. Mycket finns att säga om denna utveckling, men här skall jag begränsa mig till några spridda påpekanden.⁶⁰

I Norden rättfärdigas inte det upphovsrättsliga systemet med naturrättsliga argument. Tvärtom har upphovsrättens existens av tradition motiverats utifrån ett antal övergripande samhällsintressen, främst att stimulera skapande av litterära och konstnärliga verk och därigenom främja *tillgången* till dessa alster i samhället. Sättet att uppnå detta slutmål har varit att ge upphovsmannen en rätt att kontrollera förfoganden över sina verk. Denna möjlighet att kontrollera hur verket används har emellertid aldrig varit ”perfekt”, vare sig rättsligt eller praktiskt, och det skall den inte heller vara! Verk är inte vilka varor som helst och upphovsrätt är inte som äganderätt till fysiska saker. Mot bakgrund av de tekniska åtgärdernas funktionssätt, främst vad det avser accesspärar, kan man hävda att den pågående utvecklingen i själva verket är kontraproduktiv och står i konflikt med det övergripande syftet med hela det upphovsrättsliga systemet. Blir rättighetsinnehavarens faktiska möjligheter att kontrollera informationsflödena för starka försvinner balansen och då är risken att det rättsliga skyddet inte i praktiken leder till ökad tillgång till litterära och konstnärliga verk.⁶¹ Det upphovsrättsliga systemet rättfärdigas emellertid även med att det erbjuder ett *skydd*

⁶⁰ För ett kritiskt inlägg, som dock inte behandlar tekniska åtgärder, se Mr Justice Laddie, *Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-rated?*, [1996] E.I.P.R. s. 253 ff. Se även Litman, Jessica, *Digital copyright*, Prometheus Books, New York 2001, som analyserar den amerikanska upphovsrättslagstiftningens utveckling under senare år.

⁶¹ Jag diskuterar i detta sammanhang inte frågan om en långtgående ensamrätt verkligen främjar skapande, kunskapsstillväxt etc. För ett kritiskt inlägg i denna debatt se Lessig, Lawrence, *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, Random House, 2001, passim.

för de stora investeringar som görs inom informations-, medie- och programvaruindustrierna.⁶² Om strävan efter ett starkt investeringskydd får styra den konkreta utformningen av upphovsrätten skulle man kunna påstå att rättighets-havarens kontroll över verken inte kan bli för stark.⁶³ Sett i detta perspektiv föreligger det med andra ord en viss spänning mellan de olika målen som ställts upp för upphovsrätten. På senare tid har intressen som arbetar för ett starkt investeringskydd haft stort inflytande över skyddets utformning.

Ett samhälle som bygger på att det är möjligt att "sätta lås" på alla typer av information – skyddad som oskyddad – och där rättsordningen gör det olovligt att bryta dessa lås eller att fungera som låssmed, framstår som mindre tilltalande om man inte ser information som en vara utan som en *demokratisk resurs*. Visserligen kommer tekniska åtgärder säkert mest att användas för att kontrollera verk som uteslutande är av massmarknadskaraktär, t.ex. datorspel eller musik, men det finns ingen begränsning i den rättsliga regleringen till sådana fall. Tekniken kan appliceras även på känsliga dokument hos företag,⁶⁴ religiösa samfundsskrifter (läs: scientologibiblar) eller handlingar som skickas in till myndigheter⁶⁵ med bibehållet rättsligt skydd. Att det i många situationer både kan vara försvarbart att skaffa sig access till och att kopiera dessa typer av verk framstår som uppenbart. De begränsningar som finns i förbudet mot kringgående respektive förbudet mot förberedande åtgärder är inte kopplade till det upphovsrättsliga skyddets omfattning och begränsningar och framstår i dessa situationer som otillräckliga. Vidare skall påpekas att det även när det gäller material av massmarknadskaraktär kan finnas starka motstående intressen som i det enskilda fallet talar emot en allt för stark teknisk kontroll. Exempelvis kan det vara viktigt att denna typ av material kan bevaras och vara tillgängligt för eftervärlden trots att en viss teknik blir obsolet.

Det finns naturligtvis även argument för att *lugna* den som oroar sig över konsekvenserna för informationsfriheten. Den omständighet att det inte är faktauppgifterna som sådana som kan skyddas tekniskt (och därmed rättsligt) innebär t.ex. att det, där så är möjligt, är tillåtet att hämta uppgifterna från en annan källa än den datafil som den tekniska åtgärden applicerats på. Det är även möjligt för den som fått tillgång till ett verk att kopiera det icke-digitalt, t.ex. genom att skriva av det från skärmen.⁶⁶ Dessa möjligheter står emellertid inte alltid till buds och ibland är de inte praktiskt genomförbara. Att generellt begränsa rätten till fotokopiering med hänvisning till att det går att skriva av en bok är t.ex. mindre tilltalande.

⁶² Detta kommer t.ex. till uttryck i ingresspunkt 10 i infoc-direktivet.

⁶³ Här förutsätts att de konkurrensrättsliga reglerna används för att förhindra missbruk av dominerande ställning etc.

⁶⁴ Jfr den högljudda diskussionen i samband med införandet av lagen om skydd för företagshemligheter. Det skydd som nu skapas är på flera sätt betydligt mer långtgående.

⁶⁵ Se dock artikel 9 i infoc-direktivet som anger att direktivet inte påverkar bestämmelser om tillgång till allmänna handlingar. Exakt vad denna bestämmelse innebär är emellertid oklart.

⁶⁶ Användaren kan genom avtal ha avstått denna rätt, se strax nedan.

Vidare kan man påstå att möjligheterna för rättighetshavaren att begränsa åtkomsten till verken *inte är nya*. Han eller hon har alltid haft möjlighet att låsa in sina verk i ett kassavalv och de har då skyddats genom straffrättsliga regler som förbjuder olovliga besittningsrubbnings. Om man som i avsnitt 10 ovan liknar de nya affärsmodellerna som bygger på "pay per use" med traditionella affärsmodeller ligger det nära till hands att jämställa det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder med skyddet för kassavalvets lås. Som Jessica Litman påpekar hal- tar emellertid denna liknelse eftersom skyddet för låset är direkt kopplat till skyddet för besittningen.⁶⁷ Om någon skulle applicera låset på ett föremål som han eller hon inte hade i sin besittning skulle skyddet inte gälla (jfr med att tek- niskt förhindra åtgärder som är tillåtna enligt upphovsrätten).

Vid nätverksdistribution konsumeras inte spridningsrätten.⁶⁸ Rättighetshava- ren kan med andra ord med stöd av upphovsrätten se till att det inte finns någon *andrahandsmarknad* för verket. Med hjälp av tekniska åtgärder är det möjligt att nå samma faktiska resultat för information som distribueras på en fysisk bärare och där rättighetshavarens spridningsrätt konsumerats. Därmed är det t.ex. fak- tiskt möjligt att hindra *parallellimport* även i sådana situationer när den är tillåten enligt upphovsrätten. Exempelvis kan den som lagligen förvärvat en begagnad DVD-skiva hindras från att spela upp denna. Någon rätt att bryta tekniska åtgär- der för att komma åt innehållet på lagligt förvärvade fysiska bärare finns inte.

Ett sätt för rättighetshavarna att öka kontrollen över verken är att bara tillhan- dahålla dem till sådana användare som accepterar att deras nyttjanderätt begrän- sas på olika sätt (jfr avsnitt 3 ovan). En fråga i detta sammanhang är hur rättsordningen skall förhålla sig till sådana *avtal*, som t.ex. sätter inskränkning- arna i ensamrätten ur spel. Som framgått ovan har dessa avtal traditionellt betraktats som giltiga. Om det visar sig att denna typ av villkor blir vanliga i de klick-avtal som används på konsumentmarknaden finns det enligt min mening anledning att ompröva denna hållning, inte minst mot bakgrund av att många av inskränkningarna värnar grundläggande samhällsintressen.⁶⁹ Skälen för en sådan skyddslagstiftning väger i många situationer tyngre än de skäl som motive- rat den befintliga konsumentskyddslagstiftningen när det t.ex. gäller köp av lösa saker. Huruvida en sådan reglering skall inarbetas i upphovsrätten eller i någon särskild konsumentskyddslagstiftning är en öppen fråga.⁷⁰

De ovan beskrivna farhågorna är av mer principiell natur och går ut på att den rättsliga och faktiska kontrollen över information genom den pågående utvecklingen stärks på ett sätt som inte är invändningsfritt. Problem kan emel- lertid också uppkomma i konkreta verksamheter. För *biblioteken*, som finns till för att värna en bred tillgång till information och kultur för alla, innebär digita-

⁶⁷ Litman, Jessica, *Digital copyright*, Prometheus Books, New York 2001, s. 132 f.

⁶⁸ Se artikel 3 (3) i infosoc-direktivet. Se även Lindberg & Westman i not 11 a.a. s. 257.

⁶⁹ Guibault, Lucie M.C.R. i not 23 a.a. s. 151 ff.

⁷⁰ Infosoc-direktivet torde inte hindra en medlemsstat från att införa denna typ av begränsning i avtalsfriheten, jfr artikel 9. Enligt 6 (4) fjärde stycket är det däremot inte möjligt för medlemssta- terna att begränsa skyddet för en teknisk åtgärd så länge prestationen tillhandahålls på det sätt som anges i artikeln.

liseringen och användandet av tekniska åtgärder exempelvis vissa nya problem. Biblioteken kan kanske inte längre köpa ett exemplar av verket och sedan låna ut det, utan kan komma att vara beroende av att rättighetshavaren är beredd att på rimliga villkor licensiera verket för användning i bibliotekets verksamhet. Det flesta rättighetshavare kommer säkert att vara villiga att göra detta, men några kommer säkert att passa på att kräva höga ersättningar som åter upp bibliotekens anslag. Vissa rättighetshavare kommer över huvud taget inte vara intresserade av att deras verk finns tillgängliga på bibliotek och med det nu gällande regelverket kan biblioteken inte framtvunga ett sådant nyttjande.⁷¹ Inom *programvaruindustrin* skulle skyddet för tekniska åtgärder kunna bli ett hinder dels mot dem som försöker avslöja säkerhetsbrister i programvara, dels användas för att hindra konkurrens genom att låsa gränssnitt eller ta fram särskilda låsta filformat.⁷²

Slutligen bör nämnas att det finns en risk för att det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder – på samma sätt som själva upphovsrätten – kommer att åtnjuta en begränsad respekt i vissa miljöer. Det är t.ex. troligt att så kommer att vara fallet i de fildelningsnätverk som i avsnitt 2 utpekades som ett viktigt motiv till varför tekniska åtgärder behövs. Mot bakgrund av att vissa tekniska åtgärder, t.ex. av den typ som CSS, är mycket sårbara för att ett stort antal användare ägnar sig åt att sprida det program som kan användas för kringgåendet i användarens egen utrustning kan det bli så att det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder i praktiken blir verkningslöst just i de sammanhang som särskilt motiverade dess införande. Slutresultatet blir då bara att rättighetshavarnas kontroll över materialet stärkts i andra sammanhang.

13. Integritetsaspekter

En ökad användning av tekniska åtgärder för att kontrollera konsumtionen av verk och annan information kommer att kräva en ökad övervakning av vad som sker i den enskilde användarens dator. Exempelvis bygger vissa säkerhetslösningar på att ett datorprogram ”ringer hem” för att kontrollera om användaren är behörig att se på eller lyssna på en viss fil. Eftersom säkerheten i denna typ av lösningar är högre än i rent lokala lösningar som CSS är det inte uteslutet att de blir vanligare i takt med att de lokala systemen ”knäcks”. På sikt kan företag som använder denna teknik bygga upp en betydande kännedom om en användares medievänor (och ovanor). Denna typ av lösningar aktualiserar naturligtvis

⁷¹ Den ovan beskrivna möjligheten att ingripa för att skydda bl.a. bibliotekens rättigheter som medlemsstaterna har enligt artikel 6 (4) första stycket, är beroende av att biblioteket har en laglig tillgång till verket. Om verket sprids online och inte erbjuds till bibliotek kommer detta undantag aldrig att kunna tillämpas eftersom det är svårt att se hur biblioteket skall få en sådan laglig tillgång till verket.

⁷² Jfr dock ingresspunkt 48 in fine samt ingresspunkt 50, som i viss utsträckning torde motverka dessa risker. De undantag som finns i datorprogramdirektivet, och som det hänvisas till, är emellertid mycket snävt utformade.

en mängd frågor om användarnas personliga integritet och om det rättsliga skyddet för personuppgifter.⁷³

14. "Law and code" – avslutande kommentar

Denna artikel har behandlat ett omfattande frågekomplex och det är därför svårt att presentera några enkla och slagkraftiga lösningar på de problem som behandlats. Upphovsrätten behövs. Tekniska åtgärder måste få användas. Ett visst rättsligt skydd för dessa åtgärder behövs säkert också. Den faktiska och rättsliga kontrollen över informationen får emellertid inte bli för stark och informationskonsumenternas integritet får inte kränkas på ett otillbörligt sätt. Det är ett besvärligt pussel, som måste ta sin utgångspunkt i nya diskussioner om syftena med den rättsliga regleringen. Troligtvis kommer denna diskussion att leda fram till *nya intresseavvägningar*.

För den enskilde användaren är det i praktiken de tekniska möjligheterna som styr. Det är därför viktigt att *rättsligt acceptabla lösningar* byggs in i den tekniska infrastrukturen. Tekniska lösningar som tillfullo avspeglar de befintliga intresseavvägningarna kommer inte att vara möjliga att skapa – för det är den rättsliga regleringen, som t.ex. tar hänsyn till syftena med ett visst utnyttjande, alltför subtil. Istället handlar det om att skapa andra teknikimplementerade avvägningar. Kampen mellan olika motstående intressen har nu alltså delvis flyttat från "law" till "code", men det finns som framgått i denna artikel ett samspel och ömsesidig påverkan mellan dessa olika styrmedel. Teknikens egenskaper kan påverka möjligheterna att lagstifta eller valet av lagstiftningsteknik. Samtidigt kan krav i lagstiftningen påverka programkod och teknisk arkitektur.⁷⁴ En fråga som för närvarande diskuteras i Förenta staterna är exempelvis om tillverkare av hårdvara, t.ex. datorer skall åläggas en skyldighet att *aktivt* bygga in sådana tekniska lösningar som gör att bara "lagliga" filer kan hanteras i utrustningen.

Den stora osäkerhet som råder kring utvecklingen och användningen av tekniska åtgärder gör det nödvändigt för lagstiftaren att inta en *flexibel hållning* och vara vaksam på inlåsningseffekter. I detta perspektiv är det därför olyckligt att en detaljerad reglering lagts fast i direktivform. Visserligen skall direktivet, som påpekats ovan, bli föremål för översyn inom en relativt snar framtid, men erfarenheten visar att benägenheten att ändra redan antagna EG-direktiv är liten. Att den principiella inställningen till ett rättsligt skydd för tekniska åtgärder skulle ändras är knappast troligt.

En sak är emellertid säker: Kampen om den rättsliga och faktiska kontrollen över informationen fortsätter hela tiden på nya arenor!

⁷³ Ingresspunkt 57 i infoc-direktivet anger att det skydd för personuppgifter som gäller enligt det s.k. dataskyddsdirektivet 95/46/EG skall respekteras. Se även Bygrave, Lee A, *The technologisation of copyright: implications for privacy and related interests*, [2002] E.I.P.R s. 51 ff.

⁷⁴ Se Westman, Daniel, *Rättspolitik på IT-området – ett diskussionsunderlag*, Det IT-rättsliga observatoriets rapport 9/98, Regeringskansliets offsetcentral, Stockholm 1998, s. 32 ff och 61 ff samt Lessig, Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York 1999, passim.