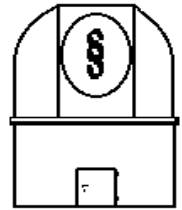


DET
IT-RÄTTSLIGA
OBSERVATORIET



Några upphovsrättsliga frågor

- Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik av Daniel Westman

- Upphovsrätt – nya distributionsformer av Niklas Lundblad

Seminarier i observatoriets serie
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

En rapport från
Det IT-rättsliga observatoriet
Observatorierapport 62/2003

Några upphovsrättsliga frågor
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

Förord

Informations- och kommunikationstekniken innebär att traditionell reglering av immateriella rättigheter ställs inför nya prövningar och utmaningar. Nästan dagligen uppmärksammas problem med piratkopiering och spridning av programvara, musik och annat digitalt material.

Även rättspolitiska frågor, som har att göra med utformningen av regleringen och dess lämplighet i den nya miljön, är aktuella. Ett exempel är diskussionen kring patent för datorprogram och för affärsmodeller och processer. Ett drag som möjligen kan skönjas i utvecklingen är att gränsen mellan formskydd och innehållsskydd i upphovsrätten håller på att suddas ut eller flyttas.

Det IT-rättsliga observatoriet genomförde under år 2001 tre seminarier för att analysera hur regleringen av immateriella rättigheter står sig i konfrontationen med en ny digital miljö. Kan den befintliga regleringen tillämpas utan behov av ytterligare anpassning, eller behövs en revision? Gör sig andra intressen gällande, intressen som kan föranleda att de principer som ligger till grund för regleringen bör omvärderas? Seminarieriet kom att omfatta följande områden

- ❖ *Företagshemligheter i en digital miljö – Fredrik Jonasson*
- ❖ *Upphovsrätt - nya distributionsformer – Niklas Lundblad*
- ❖ *Open source - Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv – Mattias Andersson*
- ❖ *Något om patenterbarhet av datorprogram i svensk rätt – Mikael Pawlo och Patrik Wallström*
- ❖ *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och*

Några upphovsrättsliga frågor
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

Varje område har haft en egen presentatör (se ovan) vars uppgift varit att skriva ett diskussionsunderlag inför ett seminarium. Dessa underlag återfinns i respektive rapport. Vid diskussionerna framkomna synpunkterna utgör grunden för det inledande sammanfattande avsnittet.

Stockholm, maj 2003

Peter Seipel
ordförande

Summering

Ensamrättsprojektet arrangerade två seminarier om upphovsrättsfrågor – ett om s.k. *tekniska åtgärder* och ett om *nya distributionsformer*. Centrala frågor vid seminarierna rörde förhållandet mellan immaterialrätten å ena sidan och informationsfriheten å den andra.

Vid diskussionerna framfördes bl.a. följande synpunkter:

- Upphovsrättens traditionella begrepp påverkas mer eller mindre starkt av den nya tekniken. Ett aktuellt exempel är kopicbegreppets förhållande till s.k. *cached information*. Påverkan gäller inte bara enskildheter utan också sådant som affärsmodeller och konsumenternas beteenden, dvs. förutsättningar för lagstiftningens tillämpning.
- Det finns anledning att uppmärksamma upphovsrättens grundidéer och hur dessa förhåller sig till de nya tekniska möjligheterna, bl.a. distribution utan fysiska exemplar.
- Det finns skäl att inte stanna vid traditionella begrepp som etiketter på de nya företeelserna utan att uppmärksamma de unika dragen hos den nya, elektroniska omgivningen.
- Det har intresse att återvända till diskussioner från upphovsrättens barndom om skyddets syfte, begränsningar och förutsättningar.
- Vid seminarierna uppmärksammades frågan om skyddstidens längd och behovet att balansera skyddsomfång mot skyddstid. Den snabba utvecklingstakten behöver beaktas och skyddstiden sättas i relation till de faktiska behoven.
- Nya distributionsformer såsom peer-to-peer (P2P) tycks ha kommit för att stanna. Diskussionen bör handla om att passa in dem i upphovsrättssystemet snarare än att förbjuda dem.

- Utvecklingen av upphovsrätt och ny teknik har lett till både krav på förstärkt rättsskydd och kritik mot upphovsrätten. Är det riktigt att se upphovsrätten som en *nödvändig* förutsättning för kulturutvecklingen? Är upphovsrätten på väg att utvecklas till ett renodlat investeringsskydd som leder bort från ett skyddssystem som allmänt accepteras och efterlevs?
- Det finns ett intresse för alternativa och kompletterande sätt att driva på utvecklingen av intellektuella prestationer. Exempel är olika prismekanismer (t.ex. ”insamling”), skattefinansiering och begrepp som öppen källkod (”open source”) och gemensam egendom (”the commons”).¹
- Utvecklingen av standarder för t.ex. tekniskt åtkomstskydd förefaller angelägen och bör beakta konsumenternas intresse att slippa krångel och onödiga hinder mot legitim användning.
- De tekniska åtgärderna bör kringgärdas med rättslig reglering och denna kan kräva nytänkande.
- En rättsekonomisk analys av den nya elektroniska marknaden och förekomsten av olika verksamheter, t.ex. piratkopiering, förefaller angelägen. Diskussionen vinner på att påståenden om risker, missbruk, förluster, hinder o.s.v. grundas på god kännedom om fakta.

Observatoriets kommentarer

Observatoriet har haft för avsikt att kommentera det svenska förslaget till genomförande av det s.k. infosocdirektivet. Detta har emellertid inte varit möjligt eftersom inget förslag hunnit läggas fram innan denna rapport färdigställdes. Nedan följer några allmänna synpunkter på fortsatt arbete inom området.

¹ Se <http://creativecommons.org/projects/founderscopyright>

Båda uppsatserna belyser förhållandet mellan upphovsrättsskyddets styrka och rättighetsinnehavarnas intressen å ena sidan och behoven i samhället att till rimliga kostnader kunna utnyttja immateriella produkter. Frågan ställs om balansen mellan dessa intressen har rubbats. I det sammanhanget finns anledning att hänvisa till observatoriets tidigare promemoria (9:2000) "Överlever upphovsrätten upphovsrätten?" I summeringen uttalade observatoriet bl.a.

"Enligt observatoriets mening bör frågor om rättighetsinnehav och rättighetshantering ägnas fortsatt uppmärksamhet inriktad på att främja kunskapsutvecklingen i samhället. Fortsatt uppmärksamhet måste också ägnas åt kollisioner mellan upphovsrättsintressen och kunskapsbyggandets intressen. Den digitala miljöns speciella förutsättningar och möjlig-heter måste därvid beaktas."

Dessa frågor har nyligen uppmärksammats i en artikel i tidskriften Economist:

" LEADERS

A radical rethink

Jan 23rd 2003
From The Economist print edition

The best way to foster creativity in the digital age is to overhaul current copyright laws

.....The alternative is to return to the original purpose of copyright, something no national legislature has yet been willing to do. Copyright was originally the grant of a temporary government-supported monopoly on copying a work, not a property right. Its sole purpose was to encourage the circulation of ideas by giving creators and publishers a short-term incentive to disseminate their work. Starting from scratch today, no rational, disinterested lawmaker would agree to copyrights that extend to 70 years after an author's death, now the norm in the developed world..... The flood of free content on the internet has shown that most creators do not need incentives that stretch across generations. To reward those who can attract a paying audience, and the firms that support them, much shorter copyrights would be enough. The 14-year term of the original 18th-century British and American copyright laws, renewable once, might be a good place to start.

However, to provide any incentive at all, more limited copyrights would have to be enforceable, and in the digital age this would mean giving content industries much of the legal backing which they are seeking for copy-protection

Några upphovsrättsliga frågor Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

technologies. Many cyber activists would loathe this idea. But if copyright is to continue to work at all, it is necessary. And in exchange for a vast expansion of the public domain, such a concession would clearly be in the interests of consumers.”

Daniel Westman berör i sin uppsats affärsmodellernas samband med upphovsrätten. Han framhåller att om inskränkningarna i upphovsrätten kan ses som ett sätt att korrigera ett marknadsmisslyckande (dvs. att marknaden inte kan sätta rätt pris) så går detta nu att rätta till med teknikens hjälp.

”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 ... 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.”

Sammanfattningsvis och med stöd av diskussionsinlägg som de nu citerade menar observatoriet att det behövs en fortsatt diskussion på djupet om upphovsrättssystemets förhållande till den elektroniska miljön. Frågorna bör löpande bevakas för att ge möjligheter till nytänkande och nödvändiga ingrepp. En modell att följa kan vara den danska, där det nyligen inom Økonomi- och Erhvervsministeriet påbörjats ett projekt ”Enerett i den ny økonomi” i syfte att ”klargöra behovet av att nytänka ensamrättssystemet i förhållande till de utmaningar som samhället möter idag och i morgon”.²

² http://www.oem.dk/content.asp?cat_id=423&sub_cat_id=424

Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik

Daniel Westman*

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 åtgärder³ 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. infosoc-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

* Jur. kand., doktorand i rättsinformatik vid Juridiska institutionen Stockholms universitet. Webbplats: <http://www.juridicum.su.se/iri/dawe>. Artikeln är även publicerad i NIR 2002 s. 226-250.

³ Jag har valt att ansluta mig till den terminologi som används i det s.k. infosoc-direktivet (se nedan) och använder därför uttrycket ”tekniska åtgärder” istället för det tidigare ofta använda och något mer precisa uttrycket ”tekniska *skydds*åtgärder”.

som skapas genom avtal som enligt rättsordningen är verkställbara.

Denna utveckling påverkar på flera sätt den delikata balansen 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 massmarknad – till förmån för en ordning som bygger avtal och rättsligt uppbackade tekniska arrangemang.⁴

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 informations-samhället (det s.k. infoc-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 IT-rättsliga observatorium i november 2001.⁵ Syftet är inte att på ett uttömmande sätt behandla fenomenet tekniska åtgärder, utan snarare

⁴ 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.

⁵ Se <http://www.itkommissionen.se/observ>.

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.⁶ Här kan vidare tilläggas att ALAIs (Association Littéraire et Artistique Internationale) möte i New York sommaren 2001 till stor del behandlade fenomenet tekniska åtgärder.⁷

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

⁶ 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 30.

⁷ Dokumentationen finns tillgänglig via http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/home_en.htm.

vilket vi konsumerar och distribuerar information.⁸ 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.⁹ 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.¹⁰ 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

⁸ 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 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

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 allmänheten, 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.¹¹ 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

¹¹ 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.

ofta kopplat tillgången till att användare även tar emot reklam.¹² I en digital miljö är situationen på grund av senare års rättsutveckling emellertid en annan. Den tolkning av det upphovsrättsliga exemplarbegreppet som gjorts i litteraturen¹³ och som numer även kommer till auktoritativt uttryck i artikel 2 i infosoc-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.¹⁴ 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 infosoc-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

¹² Förhållandet mellan olika affärsmodeller på informationsmarknaden och upphovsrätten behandlas nedan under avsnittet Den perfekta marknaden för informationsprodukter

¹³ 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.

¹⁴ 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. Tillgängliggöranderätten 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.

Några upphovsrättsliga frågor
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

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 svårtolkad,¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ 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

¹⁵ Se Lindberg och Westman i not 13 a.a. s. 254. Se även ingresspunkt 33.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 13 a.a. s. 265 ff.

till någon form av ersättning till upphovsmannen, t.ex. genom att en avgift tas ut vid försäljning av lagringsmedier.¹⁸ 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 kunskapstillväxten.¹⁹

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

¹⁸ 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.).

¹⁹ Detta perspektiv finns i Seipel, Peter, *Upphovsrätten, informationstekniken och kunskapsbygget*, Kungl. Vitterhets Historie och Antikvitets Akademiens Årsbok 1998, s. 92 ff.

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.²⁰ Många rättighetsinnehavare 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”.²¹

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.²² Därigenom förändras på många sätt den upphovsrättsliga spelplanen.

²⁰ 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).

²¹ 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.

²² Just denna nya möjlighet att faktiskt begränsa de exemplarframställningar som sker i den privata sfären återopas 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.

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 som reglerar nyttjandet av verket. Avtal som ingås på detta sätt är i allmänhet civilrättsligt giltiga.²³ 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.²⁴ 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

²³ Lindberg och Westman i not 13 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.

²⁴ 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. Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning*, Köpenhamn 1987 s. 99 ff.

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.²⁵

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.²⁶ Här kan t.ex. nämnas bruket av kryptering och dekodrar för att skydda tv-sändningar, nyttjandet av s.k. hårdvarulås²⁷ 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 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

²⁵ Se vidare avsnittet Upphovsrättens syfte, intressebalansen och inlåsningseffekter 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.

²⁶ 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.

²⁷ För att datorprogrammet skall fungera krävs att en s.k. dongle är ansluten till en av kontakterna på den dator där programmet skall exekveras.

eller ej.²⁸ 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.²⁹

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

²⁸ 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 Förenata 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 skyddets betydelse är begränsat. 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.

²⁹ 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>).

Några upphovsrättsliga frågor Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

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.³⁰

Ofta görs en grov indelning i tekniska åtgärder som skyddar mot icke-auktoriserad åtkomst (*access control*)³¹ 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 nytt-

³⁰ 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). 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 o om motsvarande regler i Europa). Det är för närvarande oklart om domen kommer att överklagas.

³¹ 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 6 a.a. s. 166 ff.

jande 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.³² 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 massmarknad. Dessutom är det viktigt att hålla i minnet att nästan alla verk förr 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

³² Enligt artikel 7 i infosoc-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.

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,³³ 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

³³ Dessa frågor behandlas utförligt i Marks och Turnbull i not 26 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 oskäligen villkor för att någon skall få använda standarden.

goods because of standardization problems and competitive pressures.”³⁴

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 spekulatation, vilket naturligtvis är allvarligt för den rättspolitiska diskussionen om skyddet för tekniska åtgärder.³⁵

”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”.³⁶ 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

³⁴ Shapiro, Carl, Varian, Hal R., *Information rules: a strategic guide to the network economy*, Harvard Business School Press, Boston 1999, s. 102.

³⁵ En 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 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.

³⁶ Tankarna utvecklas framför allt i boken *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York 1999.

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.³⁷

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.

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 tekniska åtgärder inte endast är juridisk-teknisk. Tvärtom aktualiserar en sådan reglering en mängd

³⁷ 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.

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.³⁸

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

³⁸ 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.

konsekvenser. Eftersom ett rättsligt skydd för tekniska åtgärder – som framgår i nästa avsnitt – nyligen införts, har ett rättspolitiskt vägskäl redan passerats. En diskussion om risker och problem med tekniska åtgärder utgår därför lämpligen från denna reglering.

Rättsligt skydd för tekniska åtgärder

Att tekniska åtgärder skyddas rättsligt är inget nytt.³⁹ 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 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 avkodningsutrustning⁴⁰ 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”.⁴¹

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

³⁹ 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>.

⁴⁰ Direktivet har i Sverige genomförts genom lagen (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning. Angående skyddets uppbyggnad se Lindberg & Westman i not 13 a.a. s. 114 ff.

⁴¹ I Sverige genomförd genom 57 a § upphovsrättslagen.

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”.⁴² Förenta staterna införde redan 1998 ett sådant skydd genom den ytterst omfattande och komplexa Digital Copyright Millennium Act (DMCA).⁴³ 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.

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

⁴² 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>.

⁴³ Skyddet för tekniska åtgärder regleras i chapter 12, U.S. Copyright Law.

behandlats i avsnittet Tekniken torde utgöra ”effektiva tekniska åtgärder”.

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 kopieringsspärningar), ”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”⁴⁴ 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

⁴⁴ 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).

kopieringsflaggor.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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 sätt som gör att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer”.⁴⁷

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

⁴⁵ Jfr dock ovan i not 28 om situationen i Förenta staterna.

⁴⁶ 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 dekompilering 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.

⁴⁷ 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 självmotsägelse 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).

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.⁴⁸

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.⁴⁹ 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Se ingresspunkt 47. Jfr ovan under o om alternativa sätt att se på tekniska åtgärder.

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 kringgående 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.⁵⁰ I tidigare versioner av direktivet talades t.ex. om ett skydd mot åtgärder som innebar ett ”otillåtet kringgående”, vilket skulle kunna uppfattas så att kringgående för att på ett enligt lag tillåtet sätt förfoga över verket skulle

⁵⁰ För analyser och kommentarer av tidigare versioner av direktivet se Koelman i not 6 a.a. och Vinje i not 6 a.a.

falla utanför förbudet.⁵¹ 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). Accesskyddet 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 medlemsstaterna 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

⁵¹ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, KOM(97) 628 slutlig.

nämnda inskränkningarna.⁵² 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.⁵³ 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

⁵² Som påpekats under o 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.

⁵³ Jfr definitionen av ”tekniska åtgärder” i artikel 6 (3).

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.⁵⁴

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.

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 marknadens efterfrågan. Genom att erbjuda sina produkter på denna marknad kan upphovsmannen leva

⁵⁴ 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 användarna gjorde med sina apparater var godkända av rättighetshavarna och andra föll inom "fair use" ansågs tillhandahållandet vara lagligt.

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.⁵⁵ 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 verkinnehållet 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 biografer som inte har tillstånd av rättighetshavaren visar filmen och straffrättsliga regler hindrar att icke-betalande besökare tar sig in i lokalerna.
- En tredje affärsmodell bygger till skillnad från de två första inte på att tillgång till verken

⁵⁵ 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.

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 pris-differentiering. 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.⁵⁶ 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”.⁵⁷

Risker och problem

Det finns problem med ett alltför ensidigt marknads- perspektiv 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.⁵⁸ 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 databasdirektivet⁵⁹ – 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

⁵⁶ Bestämmelsen i artikel 6 (4) fjärde stycket infosoc-direktivet, som behandlats under avsnittet Artikel 6 i infosoc-direktivet ovan, framstår med detta synsätt som rimlig.

⁵⁷ 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”.

⁵⁸ En mycket läsvärd och lättillgänglig framställning om ”informationsekonomin” är den i not 34 nämnda boken av Shapiro och Varian.

⁵⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG om rättsligt skydd för databaser.

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.⁶⁰ 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

⁶⁰ 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.

för alla typer av prestationer.⁶¹ Tekniska lösningar som bygger på kontroll av kopieringen är vidare 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.

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

⁶¹ 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.).

denna utveckling, men här skall jag begränsa mig till några spridda påpekanden.⁶²

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 rättighetshavarens 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.⁶³ Det upphovsrättsliga systemet rättfärdigas emellertid även med att det erbjuder ett *skydd för de stora investeringar* som görs inom informations-, medie- och programvaruindustrierna.⁶⁴ Om strävan efter ett starkt investeringsskydd får styra den konkreta utformningen av upphovsrätten skulle man kunna påstå att rättighetshavarens kontroll över verken inte kan bli för stark.⁶⁵ Sett i detta perspektiv

⁶² 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.

⁶³ 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.

⁶⁴ Detta kommer t.ex. till uttryck i ingresspunkt 10 i infosoc-direktivet.

⁶⁵ Här förutsätts att de konkurrensrättsliga reglerna används för att förhindra missbruk av dominerande ställning etc.

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,⁶⁶ religiösa samfunds skrifter (läs: scientologbiblar) eller handlingar som skickas in till myndigheter⁶⁷ 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 informations-

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Se dock artikel 9 i infosoc-direktivet som anger att direktivet inte påverkar bestämmelser om tillgång till allmänna handlingar. Exakt vad denna bestämmelse innebär är emellertid oklart.

friheten. Den omständighet att det inte är fakta-uppgifterna 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.⁶⁸ 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.

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 besittningsrubbingar. Om man som i avsnittet Den perfekta marknaden för informationsprodukter? 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 haltar emellertid denna liknelse eftersom skyddet för låset är direkt kopplat till skyddet för besittningen.⁶⁹ Om någon skulle applicera låset på ett föremål som han eller hon inte hade i sin besittning skulle skyddet inte gälla (jfr med att tekniskt förhindra åtgärder som är tillåtna enligt upphovsrätten).

Vid nätverksdistribution konsumeras inte spridningsrätten.⁷⁰ Rättighetshavaren 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

⁶⁸ Användaren kan genom avtal ha avstått denna rätt, se strax nedan.

⁶⁹ Litman, Jessica, *Digital copyright*, Prometheus Books, New York 2001, s. 132 f.

⁷⁰ Se artikel 3 (3) i infosoc-direktivet. Se även Lindberg & Westman i not 13 a.a. s. 257.

är det t.ex. faktiskt 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 åtgärder för att komma åt innehållet på lagligt förvärvade fysiska bärare finns inte.

Ett sätt för rättighetshavarna att öka kontrollen över verken är att bara tillhandahålla dem till sådana användare som accepterar att deras nyttjanderätt begränsas på olika sätt (jfr avsnittet Nya möjligheter till avtalsbindning ovan). En fråga i detta sammanhang är hur rättsordningen skall förhålla sig till sådana *avtal*, som t.ex. sätter inskränkningarna 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.⁷¹ Skälen för en sådan skyddslagstiftning väger i många situationer tyngre än de skäl som motiverat 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.⁷²

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 emellertid också uppkomma i konkreta verksamheter. För *biblioteken*, som finns till för att värna en bred tillgång till information och kultur för alla, innebär digitaliseringen

⁷¹ Guibault, Lucie M.C.R. i not 25 a.a. s. 151 ff.

⁷² 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 medlemsstaterna att begränsa skyddet för en teknisk åtgärd så länge prestationen tillhandahålls på det sätt som anges i artikeln.

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 äter 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.⁷³ 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.⁷⁴

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 avsnittet Upphovsrätten och nya former för utnyttjande och distribution 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

⁷³ 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.

⁷⁴ 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.

rättighetshavarnas kontroll över materialet stärkts i andra sammanhang.

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 en mängd frågor om användarnas personliga integritet och om det rättsliga skyddet för personuppgifter.⁷⁵

"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

⁷⁵ 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.

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.⁷⁶ 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.

⁷⁶ 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.

Några upphovsrättsliga frågor
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

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

Upphovsrätt och nya distributionsformer

Nicklas Lundblad

Inledning

Barlows gåta

John Perry Barlow skriver i sin nu kanoniska artikel ”The Economy of Ideas” i *Wired* (mars 1994) följande:⁷⁷

Throughout the time I’ve been groping around cyberspace, an immense, unsolved conundrum has remain at the root of nearly every legal, ethical, governmental, and social vexation to be found in the Virtual World. I refer to the problem of digitized property. The enigma is this: If our property can be infinitely reproduced and instantaneously distributed all over the planet without cost, without our knowledge, without its even leaving our possession, how can we protect it? How are we going to get paid for the work we do with our minds?

Barlows gåta är lika levande idag som den var 1994, och den kanske är mer aktuell idag än någonsin tidigare, i ljuset av Napsterrättegången och den nya peer-to-peer teknikens frammarsch. Distributionsformer och infrastruktur är idag ännu mer utmanande än när Barlow skrev sin essä år 1994.

Temat för denna korta uppsats är ensamrätter i nya miljöer, särskilt med fokus på distributionsformer som peer-to-peer, tekniska format och tekniska skyddsåtgärder. I några korta avsnitt belyses fem fundamentala motiv som rör relationen mellan

⁷⁷ Barlow 1994

ensamrätterna och de nya miljöerna. Syftet har varit att ge en översiktlig framställning av några förändringslinjer snarare än att försöka teckna en heltäckande bild av den massiva forskning om upphovsrätt och Internet som idag finns.

De fem motiv som kommer att belysas är i korthet följande:

- Rättigheters styrka och överlevnadsförmåga. Hur förstår vi dessa faktorer?
- *Peer-to-peer* nätverkens framväxt och egenskaper. Hur förändrar dessa utvecklingar i distributionen bilden för upphovsrätten?
- Tekniska skyddsåtgärder och andra distributionsbegränsande åtgärder.
- Sociala mönster och distribution. Hur använder människor systemen för distribution, vilken syn finns på systemen?
- Begreppsanalys och helhetsperspektiv.

Avslutningsvis ges också en sammanfattning av framställningen och en litteraturlista.

Rättighetsekvationen

En tankelek

Varför överlever en rättighet? Vad är det som gör att vi respekterar en rättighet alls? Det finns flera olika möjliga förklaringar som glider in och överlappar varandra:

- Vi respekterar rättigheten av moraliska och ideella skäl
- Vi respekterar rättigheten av praktiska skäl
- Vi respekterar rättigheten av ekonomiska skäl
- Vi respekterar rättigheten av rädsla för reprimander eller straff, et cetera

Ett sätt att diskutera rättigheters överlevnadsförmåga och därmed också deras sätt att hantera olika miljöer är

att försöka kvantifiera detta på ett enkelt sätt. Vi skulle kunna sätta upp en enkel ekvation för hur rättigheters överlevnadskraft ser ut, och sedan resonera kring hur denna ekvation ser ut att utvecklas under modern tid.

Syftet med en sådan övning skulle då inte vara att finna en exakt eller vetenskaplig formulering, utan snarare att ge oss en modell, ehuru enkel och fattig, för diskussioner i det följande.

Hur skulle en sådan modell kunna se ut? Ett enkelt sätt att konstruera den vore att helt enkelt beskriva en rättighets överlevnadskraft som summan av de kostnader som den enskilde drar på sig i kränkandet av rättigheten. Låt inte kostnadsbegreppet låsa tanken. Här används det i vidaste möjliga bemärkelse och innefattar också den ringaktning som den enskilde kan utsättas för om han eller hon kränker en moralisk rättighet.⁷⁸

Vilka kostnader skulle då bli aktuella i vår ekvation? Åtminstone följande tycks relevant vad avser ensamrätterna:

- Kostnader för distribution av kopior
- Kostnader för materialet för kopior
- Kostnader för tidsåtgången vid kopiering
- Kostnader för det förväntade straffet vid kopiering
- Kostnader för den sociala handlingen att kopiera
- Kostnader kopplade till utebliven produktion av den nytta som rättigheten skyddat

I en låtsasekvation skulle alltså upphovsrättens överlevnadskraft bli:

Rättighetsekvationen: $U=K_d+K_m+K_t+K_s+K_{soc}+K_p$

Denna ekvation är nu inte särskilt matematisk, eller ekonomiskt revolutionerande, men den kan nog vara ett intressant tankeexperiment. Vi skall i det följande avsnittet försöka uppskatta hur ekvationen utvecklats under modern tid.

⁷⁸ Givetvis kan argumenteras för att kostnadsbegreppet är olämpligt. Vi återkommer till detta nedan.

Utvecklingen i modern tid

Hur ser då denna ekvations utveckling ut i den digitala miljön? Låt oss gå igenom de olika kostnaderna och se:

Kostnader för distribution av kopior. Denna kostnad närmar sig asymptotiskt noll med den alltmer ökande bandbredden. För den som är uppkopplad med modem kanske det fortfarande betingar en viss timkostnad att skicka några megabyte, men för den som har bredbandsanslutning sjunker kostnaden mot noll.

Kostnader för material. Precis som Barlow skriver finns det ingen kostnad här. Det enda som kommer i närheten av en kostnad här är egentligen processortiden som vi använder för att skapa kopian.

Kostnader för tid. Även denna kostnad är försumbar vad avser oskyddat digitalt material.

Kostnader för förväntat straff. Det förväntade straffet för piratkopiering varierar. Det förväntade straffet räknar vi fram genom att ta sannolikheten för att straffet utdelas och multiplicera med straffets grad. En inte alltför avancerad gissning är att även denna faktor i vår ekvation minskar över tiden. Anledningen är inte att straffet för piratkopiering mildras så mycket som att brottet blir alltmer allmänt och utbrett före-kommande. I och med att piratkopieringen blir en vida spridd aktivitet minskar kontrollmaktens förmåga att sanktionera lagen. Därmed minskar också sannolikheten för att straffet verkligen kommer att drabba den enskilde.

De sociala kostnaderna för att piratkopiera är idag, intressant nog, närmast negativa. Det har blivit ett tecken på IT-kunskap att bränna sina egna kopior och lämna ut dem som presenter till nära och kära.⁷⁹

Kostnaderna för den uteblivna nyttigheten som rättigheten skyddat är kanske den intressantaste

⁷⁹ Det finns flera aktuella exempel på detta. Minsiter Ulrika Messing var inblandad i en mindre diskussion om detta nyligen, och friades för sin privatkopiering. Se Jakobsson Olars 2001

kostnaden. Om jag piratkopierar undergräver jag den ekonomiska grunden för skapande för de artister vars verk jag kopierar. Problemet här är att den mängd kopiering som skulle krävas för att ens allvarligt nagga artistens inkomst i kanten är ganska omfattande. Överhuvud är det svårt att uppskatta vilken skada en artist lider i och med piratkopiering.⁸⁰

Summa summarum blir resultatet nedstämmande för den som hoppas på ensamrätternas framtid. Det ser faktiskt ut som om kostnaden för att kränka dessa rättigheter faktiskt närmar sig det skede där det ligger en viss social vinst i att göra så!

Vad kostnadsutvecklingen också visar – om vi här låter modellen tala om verkligheten – är att mycket av upphovsrätten nu är utelämnad till den legitimitet som den upplevs ha. David Vaver har en liknande poäng i en artikel som publicerades nyligen:⁸¹

[...]for the intellectual property system to survive, it must gain and keep public respect. To be respected , it must be known. To be known, it must be understood. To be understood, it must be coherent and persuasive.

Respekt är nyckelordet för ensamrätternas överlevnadskraft. Några andra starka faktorer som skyddar upphovsrätten i en värld fylld av digitala distributionsformer, eller i övrigt, tycks inte finnas.

Invändningar

Nu är det givetvis inte så att detta resonemang i sin enkelhet med någon säkerhet fastlägger att de nya miljöerna kommer att utrota ensamrätterna. Det finns flera invändningar som kan göras mot denna förenkling och två av de viktigare är värda att nämna:

- Rättigheter kan inte, som i rättighetsekvationen, reduceras till kostnader. De är något mycket mer

⁸⁰ Se nedan om skada.

⁸¹ Vaver 2001 s 637

odelbart och mer komplicerat än så. De existerar inte därför att det är dyrare att kränka dem än att följa dem. Ta till exempel mord: hur skulle någon kunna påstå att det är kostnaden för att döda någon som är det enda som avhåller oss från att göra så? Rättigheten att inte blir fysiskt kränkt är ingen kostnad.

- Kostnadsuppskattningarna i exemplet är felaktiga för majoriteten av alla Internetanvändare. Det är bara de riktigt duktiga som faktiskt lever i den noll-kostnadsvärld som tecknas i analysen av ekvationen. För majoriteten av användare är kostnaden för den tid det tar att kopiera något alltid större än den upplevda nyttan därav.

Den första av dessa invändningar tror jag är riktig. Vi respekterar i någon mån rättigheter av andra skäl än de krasst ekonomiska. Jag vill inte heller påstå att rättighetsekvationen slutgiltigt förutspår vad som kommer att hända med ensamrätterna, eller att det ens faktiskt skulle vara möjligt att kvantifiera de kostnader som är inblandade. Det rör sig om ett enkelt tankeexperiment. Däremot tror jag att det finns en gradskillnad mellan rättigheter här som gör att det valda exemplet, mord, ter sig olämpligt. Lika sant som det är att det finns rättigheter där vi inte gör kostnads- eller nyttokalkyler för att bestämma vårt beteende, är det att det finns rättigheter som vi respekterar bara till följd av dessa kalkyler. Några av oss skulle kanske inte betala på tunnelbanan om det inte fanns spärrvakter och kontrollanter. Ensamrätterna påminner nog mer om kollektivtrafik än om mord.

Denna insikt, om än enkel, omintetgör dock inte huvudpoängen i invändningen, och det kan bara betonas att rättigheter är mer än kostnads-kalkyler. Det tror jag också reflekteras i de undersökningar som visar att Napsteranvändare köper mer musik än de som inte använder Napster. Det finns moraliska och egennyttiga

skäl att köpa musik: om man inte gör det kanske inte den grupp som man gillar fortsätter att göra musik!⁸²

Den andra invändningen innehåller också ett korn av sanning, men där tror jag att den tekniska utvecklingen ständigt sänker kostnaderna även för 'vanliga' användare. Det kan inte nog betonas att knappast alla de 50 miljoner som använder Napster har examina i datavetenskap. Att de tillhör den yngre generationen är dock klart.

Frågan blir nog hur mycket expertis man behöver ha. Den mängd datorkunnande som krävs är liten och blir mer och mer naturlig i det framväxande informationssamhället. Dessutom behöver bara en mycket liten procentandel av användarskaran ha denna expertis – mer om detta nedan.

Konsten att döda en Napster

Peer-to-peer nätverkens framväxt

Napster slog ned som en blixtnedslagen från klar himmel och har fått mycket uppmärksamhet.⁸³ Trots detta kan det framstå som en naturlig konsekvens av att skivbolagen framgångsrikt lyckats få bort mp3-filerna från Internet. Behovet av musikfiler och viljan att använda den nya tekniken för att distribuera filerna var stort. Napster var, sett ur detta perspektiv, en oundviklig konsekvens.

Napster lyfts ofta fram som ett exempel på en teknik som kallas för *peer-to-peer*. Det finns flera definitioner på denna teknik, men den kanske enklaste är att det rör sig om nätverk där varje nod är både en server och en klient.

⁸² Studier som stödjer tesen att Napster faktiskt gör användare mer köpbenägna har refererats i bl.a. "Study: Napster boosts CD-sales" ZD Net <http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2605961,00.html>, se också "Stats speak kindly of Napster" Industry Standard <http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,17057,00.html>

⁸³ En sökning på Napster i svenska IDG:s on-line arkiv avslöjar 239 träffar. Även i ansedda The Economist har detta enkla program fått stort genomslag med 31 träffar i on-line arkivet.

Istället för att lita till en central server, litar användaren i *peer-to-peer* nätverket till alla andra användare som ansluter sig. Det blir på detta sätt svårt att skada nätverket, och materialet kan utbytas direkt mellan användare utan mellanhänder.

Gnutella, Freenet och nätverket av nätverk

Napster är inte unikt. Det finns minst ett tiotal olika andra tjänster som bygger på samma grundläggande teknik. Bland de mer intressanta återfinns Gnutella⁸⁴ och Freenet⁸⁵. Båda programmen är open source och utvecklas av ett antal frivilliga programmerare. Ingen äger dem, utan istället är de närmast *public domain*.⁸⁶

Gnutella och Freenet är delar i ett alltmer komplicerat nätverk av nätverk som kan accessas av olika program som kan dyka ned i nätverken och leta efter material. Det är svårt att se hur denna utveckling kan stoppas. Napster hade en tydlig ansvarspunkt, ett företag, som kunde stämmas. Båda dessa nätverk saknar ansvarspunkter.⁸⁷ Gnutella-förespråkare inskräper detta i sin FAQ, på webbplatsen, med inte så litet galla över för rättsliga åtgärder:⁸⁸

Gnutella can withstand a band of hungry lawyers. How many realtime search technologies can claim that? Not Napster, that's for sure. Just to emphasize how

⁸⁴ Se <http://gnutella.wego.com>

⁸⁵ Se <http://freenet.sourceforge.net/>

⁸⁶ Public Domain definieras av the Center for Public Domain (<http://www.centerforthepublicdomain.org>) som ” The public domain is a space where intellectual property protection does not apply. When copyrights and patents expire, innovations and creative works fall into the public domain. They may then be used by anyone without permission and without the payment of a licensing fee. Publicly owned national parks are also considered by many to be public domain lands. Because of the extensions of the terms of both copyrights and patents, and the privatization of lands and other resources owned by the Federal Government, little is now entering the public domain. Since the public domain is a treasure trove of information and resources to be used by future generations, many advocates are concerned that its stagnation will make it more difficult for future generations to find creative inspiration.”

⁸⁷ Om ansvarspunkter se Lundblad 2000

⁸⁸ http://www.gnutellanews.com/information/what_is_gnutella.shtml

revolutionary this is: hungry lawyers are probably more destructive than nuclear weapons.

There are a few things that will prevent Gnutella from being stopped by lawyers, FBI, etc. First, Gnutella is nothing but a protocol. It's just freely-accessible information. There is no company to sue. No one entity is really responsible for Gnutella.

Second, Gnutella is not there to promote the piracy of music. It's a technology, not a music-piracy tool.

The important thing is that Gnutella will be here tomorrow. It's reliable, it's sharing terabytes of data, and it is absolutely unstoppable.

För upphovsrättens del innebär detta att infrastrukturen, distributionsmediet, blir oangripbart. För den framtida utvecklingen av Freenet och Gnutella har det också diskuterats om inte absolut anonymitet skall byggas in i arkitekturen. Om detta skulle ske skulle det naturligtvis ytterligare försvåra för den som försöker spåra olagligt kopierat material.

Peer-to-peer: osårbart?

I många artiklar och analyser har *peer-to-peer* utmålats som upphovsrättens slut. Det finns skäl att göra åtminstone två kommentarer i anslutning till detta. Den första kommentaren är att upphovsrättens överlevnadschanser är goda. Tekniken kommer att förändra förutsättningarna för hur upphovsrätter skyddas, och kanske också omfånget på skyddet, men den kommer inte att utplåna upphovsrätten. Mark Carey och David Wall har förmodligen rätt när de skriver, visserligen om MP3, men ändå:⁸⁹

“It is highly unlikely that MP3 spells the complete demise of either the record company or of the concept of copyright; however, it is certain that MP3 and its associated technologies are likely to have a transformative effect upon both. Copyright will have to become more adaptable to the issues that the

⁸⁹ Care och Wall 2001 s 51

technologies throw up. Also the industry will have to review the relationship between record company, the artist and the public, as it is likely that MP3 technology will forge a new relationship between these three key players.”

Den andra kommentaren är att det i antagandet att *peer-to-peer* tekniken kan slå ut upphovsrätten ligger en viss hybris. Tekniken är intressant och anonymiserar den med tekniker som påminner om de som Zero Knowledge Systems utvecklar, så kommer det att bli svårt att bestraffa vad upphovsrättsorganisationerna uppfattar som pirat-kopiering.⁹⁰ Det är dock långt från omöjligt idag att spåra användare och utvecklare.⁹¹

Den som hävdar att Napster eller Napsterliknande nätverk är svåra att slå ut antar oftast att materialet som Napster tillhandahåller är jämnt fördelat över noderna i Napsters nätverk. Denna fördelning – informationsdensitetsdistributionen (IDD) – är dock inte jämn. Napster uppvisar en IDD där 20 procent av noderna tillhandahåller 80 procent av materialet. Om vi vill slå ut eller, med ett mer dramatiskt ordval, döda Napster så behöver vi förmodligen inte ens slå ut så många. Det räcker med att slå ut så många att de återstående tappar smaken för att ta del i nätverket. Detta antal – avskräckningsgränsen – är förmodligen långt mindre än 20 procent av nätverket.

I korthet betyder det att *peer-to-peer* nätverk fortfarande är sårbara för klassiska attacker av typen ”stäm och statuera exempel”. Om rättighetssällskapen väljer ut ett antal utvecklare och stämmer dem kommer det att lägga sordin på stämningen.

Konsten att döda en Napster, eller något av den första generationens *peer-to-peer* nätverk, är konsten att statuera några exempel, inte mer och inte mindre.

Denna situation håller dock snabbt på att förändras och den andra generationens *peer-to-peer* nät som växer

⁹⁰ Zero Knowledge Systems utvecklar en teknik som anonymiserar servrar genom att studsas förfrågningar mellan servrar i ett moln.

⁹¹ En utvecklingslinje som vi sett på sistone koncentrerar sig på Internetleverantörerna, och söker skapa en plikt för dessa att lämna ut uppgifter.

fram kan mycket väl designas så att de inte tillåter insyn eller granskning från utanförstående. De kan ändå nå mycket stora volymer genom *word-of-mouth* och de *chat communities* där information sprids blixtnabbt idag. När dessa nätverk kommer blir det mer komplicerat, men fortfarande inte omöjligt att ta livet av *peer-to-peer* nätverk.

Frågan är om alla anser att vi verkligen skall hindra dem. Vi återkommer till det nedan.

Svaga system och tekniska skyddsåtgärder

Uppskattad skada och botemedlets natur

Ett särskilt problem i diskussionen om skada och skydd för ensamrätter är hur vi uppskattar skadan för artisten. Det finns flera förslag:

- Skadan är lika med antalet kopior av verket som ingen betalat för.
- Skadan är lika med antalet kopior av verket som ingen betalat för, men som faktiskt innehas av användare som annars skulle ha betalat för dem.
- Skadan är lika med antalet användare som laddat ned verket och som skulle ha varit villiga att köpa en CD-skiva där verket fanns med.
- Skadan är lika med antalet användare som skolas in i att inte betala för musik
- Skadan är lika med antalet gånger som den piratkopierade musiken spelas
- Skadan är lika med vad antalet personer som höjt volymen om ett verk spelats på radio, eller satt sig ned och tittat på en film på TV velat investera

Inget av dessa förslag är enkelt att utvärdera och inte heller enkelt att uppskatta numeriskt. Det första förslaget måste nog förkastas. Att anta att alla som laddat ned en kopia skulle ha varit villiga att köpa en skiva är nog inte riktigt. Det tredje alternativet ovan är

nog det mest rättvisande. Det är viktigt att komma ihåg att många av de musikfiler som laddas ned laddas ned i enskildhet och att de säljs i paket med andra musikstycken på CD-skivor. Endast de som skulle varit villiga att betala för paketet för att få skivan tycks vara rena förluster. De som bara varit villiga att betala för det enskilda stycket skulle inte ha kunnat göra detta i de flesta fall, och därmed är deras antal inte intressant.

Diskussionen är emellertid mycket viktig, av ett enda skäl: det är utifrån den skada som ensamrättens innehavare upplever sig lida som han eller hon försöker konstruera skyddssystem. Om ensamrättsinnehavaren upplever sig lida skada varje gång ett individuellt exemplar av hans eller hennes verk kopieras, så kommer lösningen att bestå i ett sätt på vilket varje kopia kan kontrolleras. De system som byggs upp för att skydda ensamrätterna designas utifrån den upplevda skadan.

Det handlar om att försöka konstruera en metafor som kan fungera som förståelse för den nya distributionsformen. Är den lämpliga metaforen butiken eller är det kanske radion? Bör nedladdning av piratkopior bedömas som snatteri i butik, eller som skolk från radiolicensavgift?

Ineffektiviseringsproblemet och den tekniska nostalgin

Hur designas då ett skyddssystem? Det finns flera möjliga angreppssätt. De flesta system som byggs idag byggs utifrån en ineffektiviseringsideologi som syftar till att bygga in de svagheter som den analoga världen har i den digitala.⁹²

Dessa system bygger på att man ökar kostnaderna för kopieringstid, distribution och material i olika avseenden. Det skulle inte vara felaktigt att beteckna dessa system som tekniskt nostalgiska: de strävar tillbaka till en fördigital tid där det tog tid att göra

⁹² Se Shapiro 1999 s 80. Shapiro menar att det handlar om en kontrollfråga. Om man skapar system som är sämre, med högre kostnader för att kopiera och distribuera, så återfår man kontrollen över materialet. Det är bara delvis sant, se nedan om systemproblematiken.

kopior, kvaliteten blev sämre och distributionen var arbetsam.

Hela den flora av *copyright management systems* som växte fram under slutet av 90-talet byggde i stort sett på denna ideologi. Genom att bygga system som gjorde Internet och den digitala miljön *sämre* försökte man bevara rättigheternas ställning.⁹³ Överhuvudtaget har vi inte sett den explosion av s.k. *trusted systems* som många forskare förutspådde.⁹⁴

I många fall har denna filosofi resulterat i anmärkningsvärda misslyckanden. Skälen härtill är nog flera, men ett viktigt skäl är att det ligger ett märkligt bakvänt evolutionärt tänkande bakom modellen. Istället för att anpassa rättigheten till miljön har ensamrättsinnehavaren försökt anpassa miljön till rättigheten. Det kanske skulle ha gått om ensamrättens innehavare hade haft samma kontroll över miljön som över rättigheten, men det har man aldrig lyckats skaffa sig. Miljön – det notoriskt svårkontrollerade Internet – lånar sig inte till den typen av experiment, tycks det. Det är lätt att hålla med säkerhetsexperten Bruce Schneier när han skriver att:⁹⁵

Against the skilled user, no countermeasure works. [...]Because breaking the countermeasure can have so much value, building a system that is secure against these attackers is futile. And even worse, most systems need to be secure against the smartest attacker. If one person hacks Quake (or Intertrust or Disappearing Inc.), he can write a point-and-click software tool that anyone can use. Suddenly a system that is secure against almost everyone can now be compromised by everyone.

Schneiers poäng är viktig. Den digitala infrastrukturen är unik i så måtto att endast en individuell instans av ett verk behöver knäckas för att alla skall ha tillgång till

⁹³ Se Lundblad, 1998. Givetvis kan vi diskutera vad som är "sämre" och vad som är "bättre" här, men det framstår som ganska klart att begränsningarna i CMS ofta bara är till för att höja kostnaderna för kopiering och distribution och därutöver inte erbjuder några särskilda fördelar.

⁹⁴ Se t.ex. Stefik 1998 som argumenterar för att vi 1998 stod inför ett begynnande kapprustningsscenario mellan *trusted systems* och hackers.

⁹⁵ Schneier 2000, s 310

verket. Om jag fotokopierar en bok måste jag göra om arbetet för att 'knäcka' boken en gång till. Om jag knäcker kopieringsskyddet på en DVD-film behöver jag bara skicka ut den på nätet så är nästa kopiering gratis.

Detta är vad som brukar kallas mjukvaruekonomi: marginalkostnaden på exemplar 2 av ett datorprogram är noll.⁹⁶ Kopieringsmarginalkostnaden följer bara detta mönster. Kostnaden för den andra kopian är noll. Det skapar dessutom ett intressant incitament för andra användare att hjälpa den som försöker knäcka ett verk. Om jag hjälper någon att kopiera en bok får jag inget för det. Om jag sedan vill kopiera boken själv är min kostnad oförändrad. I den digitala världen kan jag sänka min kostnad till noll om jag hjälper någon att knäcka säkerhetsskyddet på ett verk.

Vi har förmodligen bara sett början på vad detta betyder. I Napsters fall tillhandahåller jag mina filer mot att jag får kopiera andras. I framtiden kan man mycket väl tänka sig applikationer där jag lånar ut min processorkraft i processen att knäcka ett kopieringsskadd med massiva beräkningskostnader mot att jag får del av det knäckta verket. Samarbetesetiken som Internet fostrat öppnar upp för många applikationer av denna typ.

Vi har sett exempel på detta på annat håll. Det nu berömda SETI@home-projektet vid Berkeley lät individuella användare ladda ned en liten programvarusnutt som analyserade radiodata från rymden när användarens dator var inaktiv. Under ett år fick Berkeley på detta sätt in 300 000 år av datorkraft under ett år och skapade en virtuell superdator med nästan 13 teraflop. En av de kraftigaste superdatorer som finns.⁹⁷

I den digitala världen är det logiskt att tänka sig att användare går ihop och skapar crack@home och sedan låter de som försöker besegra olika kopieringsskydd använda den kollektiva superdatorn. Systemen måste då

⁹⁶ Detta diskuteras i IT-rättsliga observatoriets PM no 9:2000

⁹⁷ Se Berkeleyprojektets hemsida: <http://setiathome.ssl.berkeley.edu/> och <http://www.distributed.net>

inte bara stå emot de skickligaste attackerarna. De måste också stå emot mesta möjliga processorkraft.

I en sådan värld ser utsikterna för ECM-system⁹⁸ dystra ut. Det finns dock de som anser att det nu bara är att sätta igång. Daniel Gervais skriver i en nyligen publicerad artikel att systemen är klara och att det bara är att se till att de implementeras.⁹⁹

Om detta är sant – vilket det finns skäl att betvivla – bör vi dessutom försöka förstå dessa system ur rättslig synvinkel. Det finns flera svåra frågor som då måste besvaras.

ECMS och lagarna

Antag att vi lyckades skapa ett ECM-system som verkligen fungerade och att vi därmed kunde se till att få betalt för allt nyttjande. Skulle allting vara löst då? Det ser snarare ut som om det är då det verkligt viktiga rättsliga arbetet skulle ta vid. Vi skulle i en sådan situation tvingas att göra en serie avvägningar mellan upphovsrätten och andra rättigheter och intressen som:

- Den personliga integriteten
- Informationsfriheten
- Konkurrensrätten
- M.m.

Ingen av dessa avvägningar skulle vara särskilt lätt. Debatten om dessa frågor, om vad som skulle ske om distributionen av skyddat material verkligen kunde kontrolleras har hamnat i bakvattnet, eftersom det inte idag ser ut att vara en möjlighet/risk att så sker. Julie Cohen är en av de forskare som tidigt insåg att detta

⁹⁸ Där e.et står för electronic.

⁹⁹ Gervais 2001 och Schönning 2000 är goda exempel på denna syn. Schönning skriver att: ” I think that the Internet, when combined with collective administration and ECMS systems, has the potential to liberate the authors from the historic suppression of producers and publishers – and also to the benefit of users.” och verkar onekligen tycka att det bara är att börja implementera.

skulle bli problematiskt.¹⁰⁰ I sin uppsats ”The Right to Read Anonomously” diskuterar hon om det inte är så att en vital del av yttrandefriheten består i att vi också skall få forma våra åsikter anonymt. Hennes argument, som det står var och fritt att ta ställning till, är tankeväckande.

En annan framstående forskare, Pamela Samuelsson vid Berkeley, insåg också tidigt att när man bygger in *Copyright Managment Information* i skyddade verk så riskerar de att bli integritetskränkande:¹⁰¹

My own concerns about CMI didn't arise until after I heard a prominent publisher speak about the idea of making CMI "smart," that is, able to report information about the user back to the publisher from whom the document came. Such systems would seem to have a strong potential to be invasive of user privacy[...]

Samuelsson har varit mycket aktiv i debatten om tekniska skyddsåtgärder och den eventuellt konstitutionella rätten att ta bort dessa om de kommer i konflikt med andra, viktigare, intressen.

EU-kommissionen, som inser den potential ECM-system har, är också medvetna om de risker de innebär:¹⁰²

Övervakningen av tillgången till och utnyttjandet av verken eller annat material kan därigenom förbättras. Samtidigt skulle en sådan utveckling kunna ha negativa följder för användarnas och rättighetsinnehavarnas rätt till personlig integritet.

Man skriver också att:¹⁰³

Den tekniska utvecklingen kommer att ge rättighetsinnehavarna möjlighet att tillämpa tekniska åtgärder som utformats för att förebygga och hindra intrång i någon upphovsrätt, rättighet som är

¹⁰⁰ Cohen 1996

¹⁰¹ Samuelsson 1996

¹⁰² *Uppföljning av grönboken om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället* (20.11.96) Kom (96) 568 Slutlig s 15

¹⁰³ *Ändrat förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället* 21.05.1999 Kom (1999) 250 slutlig 97/0359/COD s 18

närstående upphovsrätt eller i några specifika rättigheter som föreskrivs i lag. Det finns dock risk för att illegala verksamheter kan komma att bedrivas i syfte att möjliggöra eller underlätta ett kringgående av det tekniska skydd som dessa åtgärder ger. För att förhindra en uppsplittring i fråga om juridiska metoder, som skulle kunna hindra den inre marknadens funktion, krävs beslut om ett harmoniserat rättsligt skydd mot varje verksamhet som möjliggör eller underlättar kringgående av sådana skyddsåtgärder som inte är tillåtet i lag eller av rättighetsinnehavarna.

Det är intressant att diskutera vad ”tillåtet i lag” betyder i detta citat. Frågan är om vi – som i USA – skulle kunna argumentera för att reglerna i personuppgiftsskyddet ger oss rätt att gå runt tekniska skyddsåtgärder? Förmodligen inte, men frågan bör penetreras.

Det är också möjligt att tänka sig att vissa typer av rimliga användningar måste bakas in i de tekniska skyddsåtgärderna, för att bibehålla en rimlig öppenhet.¹⁰⁴ David Rice påpekar i en nyligen författad artikel att rättighetsinnehavarnas iver att se upphovsrättsliga bestämmelser uppfylla inte utsträcker sig till de begränsningar som återfinns i många bestämmelser om skyddstid m.m.¹⁰⁵ Det är intressant att notera spänningen mellan att förbjuda kringgående av tekniska skyddsåtgärder och att samtidigt tillåta kontrakt som utsträcker skyddstid och inskränker spridningsrättigheter.

Vi närmar oss nog en gräns för många bedömare när forskare ställer in sina planer på att publicera ett papper om svagheter i nya kopieringsskydd, av rädsla för repressalier från musikbranschen.¹⁰⁶

Till sist skall också påpekas att det finns forskningsansträngningar som antyder att det inte alltid är särskilt bra att utnyttja tekniska skyddsåtgärder ur ekonomisk synpunkt. På en marknad med två konkurrenter kan det ibland vara en fördel att vara

¹⁰⁴ Loren 2001 s 11

¹⁰⁵ Rice 2001

¹⁰⁶ Markoff 2001

spridd och etablera en standard, även om inte vara utnyttjande av ett exemplar då resulterar i betalning.¹⁰⁷

Formatstrider

En annan fråga som ansluter nära till tekniska skyddsåtgärder och olika skyddsfilosofier är frågan om format på Internet. MP3-formatet har kommit att bli ett av de mest populära formaten överhuvudtaget för medie-innehåll.¹⁰⁸

Ett sätt för rättighetsinnehavarna att skydda sitt innehåll är förstås genom att försöka presentera ett nytt format som är säkrare och mer kontrollerbart än det öppna mp3-formatet. Det har musikbranschen också försökt. I SDMI (Secure Digital Music Initiative) driver man nu kampen för ett säkrare format för musik på nätet.¹⁰⁹

Denna kamp står dock inför ett flertal problem. Dels är det svårt att se hur det skulle lyckas någon att föra in ett begränsande format på en marknad som har tillgång till ett öppet format. Användarna saknar helt skäl att gå över till det begränsande formatet. Dels är det säkra formatet inte säkert. SDMI har knäckts, och som visats ovan är incitamentet att knäcka det, och förmodligen också resurserna som står till buds, stora.

Alternativ?

Vi har här diskuterat svaga system, och anledningen till att kalla dem det är dubbel: dels försöker de bygga in svagheter i den digitala världen som inte naturligt finns där och dels är det faktiskt svaga inför den massiva attack som de utsätts för. Finns det då inga alternativ till denna nostalgiska ansats?

Det finns flera andra alternativ. De utgår alla från en annan premiss än den som ligger bakom designen av

¹⁰⁷ Shy 2000

¹⁰⁸ Carey och Wall 2001 rapporterar att år 1999 gick "mp3" ordet "pornography" som mest sökta term på en del sökmotorer.

¹⁰⁹ Se <http://www.sdmi.org>

svaga system, nämligen premissen att Internet är annorlunda än den vanliga världen.

Denna premiss kan – ibland på goda grunder – kritiseras. I sina mer vulgära formuleringar betyder den inget annat än att den som hävdar den inte orkar försöka tänka igenom hur det nya mediet skall anpassas så att det ger mesta möjliga rättvisa. Det förefaller dock ganska klart att vi måste utforska andra vägar för att se hur vi kan rädda upphovsrätten till rimlig utsträckning.

Telefonen, TV:n och lagstiftaren

Slevins mediekrock

Sociologen James Slevin skriver i sin bok *Internet and Society* följande om rättsliga konflikter och deras uppkomst:¹¹⁰

An important source of frustration in facing the problem of internet regulation has been the clash of two distinct perspectives. Governments tend to approach the internet as a technology that facilitates the public circulation of material, and is therefore akin to broadcasting – an activity for which they have developed, albeit through independent bodies, a high degree of content regulation. Individuals, on the other hand, tend to approach the internet, sometimes even literally, as an extension of media such as the telephone which have been characterized by only a very

Slevins iakttagelse är central för förståelsen för fenomen som Napster och Gnutella. Vad Slevin pekar på är att Internet består av olika sfärer. Det finns en publik sfär och en privat sfär. En som påminner mer om TV & radio och en som påminner om telefonen.

Ett program som Napster hamnar naturligt i den privata sfären. Det handlar om utbyte av filer mellan människor, och det finns chatmöjligheter i programmet som gör det påtagligt att det handlar om kontakt mellan två människor.

¹¹⁰ Slevin 2000 s 219

När lagstiftaren, upphovsrättsorganisationer och andra försöker reglera denna värld hamnar de i samma situation som en aktör som vill reglera vad som sägs över telefon. Det säger sig självt att användarna reagerar negativt.

Ifrån rättighetsorganisationernas perspektiv är det lika uppenbart att Napster är ett massmedium: 50 miljoner användare ser knappast ut som en privat tillställning. Det användarna upplever som händelser i vardagsrummet är för rättighetsorganisationerna händelser på torget.

Vilket är det rätta perspektivet? Det går givetvis inte att säga. En gissning är dock att den privata sfären kommer att fortsätta att utvidgas i takt med att olika peer-to-peer liknande delnät på nätet utvecklas.

En amerikansk debattör hävdade nyligen att Internets framtid ligger i spillror, bokstavligen. Under banéret "how about more Internets, not more regulations?" lanserade Clyde Wayne Crews idén om Splinternets, ett nät för varje särintresse.¹¹¹ I en sådan framtid blir det svårt att övervaka vad som sker och hur information utbyts.

Om framtiden bär mer sig en splittrad distributionsinfrastruktur kommer kontrollmöjligheterna att bli små, och kanske helt försvinna.

Lagstiftarens roll blir svår. Inte bara måste nya tekniker bedömas och diskuteras, utan även nya social beteendemönster som uppkommer till följd av dessa tekniker. Upphovsrätten gäller inte om jag läser en dikt för någon över telefon, den gäller inte om jags pelar en sång för någon över telefon eller om jag i ett samtal citerar en text. Det är en privat handling mellan mig och den eller de som jag talar med. Här krävs en avvägning mellan den mänskliga rätten till personlig integritet och en privat sfär och rättighetsorganisationernas behov av insyn i privatpersoners liv.

Denna avvägning är en del av en mycket större sådan avvägning som måste göras.

¹¹¹ Kumar 2001

Balansakt och nollsummespel

Integritet, Informationsfrihet och Immaterialrätt

Till sist handlar varje diskussion om upphovsrätten om mer än upphovsrätten. Vi får inte stanna vid att analysera alla frågor ur ett rättighets-innehavarperspektiv. Det finns andra perspektiv här som också måste tillgodoses.

Pamela Samuelsson, på jakt efter ett nytt perspektiv i denna fråga, skrev nyligen i en artikel om framtidens upphovsrätt att:¹¹²

It will sound strange perhaps to put it this way, but our information ecology will be disrupted if intellectual property rights get too strong. So far Greenpeace hasn't taken up the cause, but maybe it should.

Distributionsformerna, om det nu är formaten eller nätverken det rör sig om, är en integrerad del av de framväxande informationsekologier som vi formar. De framtida infotoper vi bygger skall våra barn och barnbarn leva i och vi gör klokt i att med eftertanke försöka hitta en god balans mellan åtminstone tre huvudintressen:

- Den personliga integriteten
- Informationsfriheten
- Immaterialrätten

Förhållandet mellan dessa tre faktorer påminner om ett avancerat nollsummespel. Om vi stärker någon av dessa sker det på bekostnad av de övriga. Balansen är inte på något sätt enkel och själva arbetet kommer att kräva en hel del kalibrering.

Vad vi kan konstatera idag är att det ser ut att finnas ett lobbyingunderskott vad avser informationsfriheten och den personliga integriteten, åtminstone i den svenska diskussionen. Det finns dock tankar på hur detta kan avhjälpas. En sådan idé redogörs för nedan.

¹¹² Samuelson 2001 s 99

I USA når upphovsrätten förmodligen en gräns när den kommer i konflikt med yttrandefriheten. I en nyligen uppmärksammat artikel i New York Times berättas om ett antal forskare som ställt in en presentation av en rapport om svagheter i ett kopieringsskydd av rädsla för rättsligt efterspel.¹¹³

Upphovsrättens begrepp – expansion eller anpassning?

Ytterst måste vi också lägga litet tid på en rent begreppsanalytisk övning. Ett av de stora intellektuella misstagen som begås vid diskussion av upphovsrätten och de nya distributionsformerna är just att skilja dessa två företeelser åt. Juristen eller rättsvetenskapsmannen vill gärna lyfta begreppen i håret och abstrahera dem till den grad att de blir föga annat än vad Wittgenstein en gång refererade till som ”språket på tomgång”. Begrepp lever i faktiska användningar och konkreta språkspel. De existerar som beteendemönster och fenomen. När vi diskuterar upphovsrätter, ensamrätter, kopior, framföranden och alla de andra begrepp som det upphovsrättsliga språkspellet har gjort till sina bör vi kanske inse att de växer fram ur en praxis som är stadd i kraftig förändring.

Det går, strikt talat, inte att ställa frågan ”Hur påverkar de nya distributionsformerna upphovsrätten?”, eftersom distributionsformerna är en del av den praxis som upphovsrätten samtidigt växer fram ur och är. Det rör sig inte här om två skilda himlakroppar som utövar ett visst inflytande på varandra, utan på ett sammansmält helt som är i förvandling.

Det finns två huvudsakliga svar på frågan om det är ’emot upphovsrätten’ att ladda ned mp3-filer från Napster i dagens debatt. Lustigt nog är de båda jakande:

- Ja, det är förbjuden kopiering.

¹¹³ Markoff 2001 och Kaplan 2001

- Ja, det är visserligen förbjuden kopiering, men upphovsrätten kan inte gälla Internet, eftersom Internet ställer allt på huvudet.

Dessa två (vulgär)varianter behöver kompletteras av ytterligare två, denna gång, nekande svar:

- Nej, det är nonsens att fråga så. Upphovsrätten har inget med detta att göra, dess begreppskrets omfattar inte Internet. Mp3-filer och Napster är nya fenomen som inte omedelbart hör hemma inom upphovsrättens domäner. Om vi beslutar att de gör de kanske vi kan ställa frågan, men *per se* är frågan nonsens.
- Nej, Mp3-filer och Napster är inte fenomen som kan inordnas under något upphovsrättsligt regelverk utan att tänja begreppen alltför mycket. Det vore som att döma någon som fiskar aborre för mord efter att ha tänjt på begreppet ”annan” i BrB 3:1.

Den mer hårdföra tolkningsmetoden i det andra nekande svaret är kanske orimlig, men inte otänkbar. Faktum är att upphovsrättens begrepp stadigt vidgats under hela denna rättighetsmassas utveckling. David Vaver beskriver hur domstolar såg på begreppet kopiering i begynnelsen:¹¹⁴

Take a simple example: the concept of copying. In the nineteenth century copying was regarded quite literally. To translate was not to copy, as Harriet Beecher Stowe discovered mid-century when she asked the united states courts to halt the publication of a German language translation of *Uncle Tom's Cabin*. The court dismissed the claim. The judge thought that anyone putting the two books side by side could immediately see that the German version was nothing like the English version, and so not a copy. Similarly, when the copyright owner of a painting complained that *tableaux vivants* mimicking it were being staged in London without his authority, the English courts were unimpressed. A *tableau vivant* is no copy of the painting: try hanging it on a wall.

¹¹⁴ Vaver 2001 s 625

Vi kanske kan tycka att domstolarnas tolkningar i detta fall känns löjligt småaktiga, men det är faktiskt inte omöjligt att istället tycka att vår tids domstolar är löjligt medkännande med rättighetshavarna.

Låt oss läsa en sedelärande historia. Antag att jag uppfinner ett sätt att representera data på som använder sig av stor och små "L". Det är en binär kod och det är möjligt att digitalisera vad som helst med den. Med hjälp av min programvara översätter jag så ett antal fotografier från en dagstidning till en sekvens med stora och små "L". Jag publicerar denna sekvens på Internet. Har jag publicerat en *kopia*? Vem som helst som tittar på min sekvens av "L" kan konstatera att den inte är särskilt lik en bild alls.

Antag nu vidare att jag bygger ett avkodarprogram som jag lägger ut tillsammans med min sekvens av små och stora "L". Denna programvara tar en sträng vilken som helst och översätter den till fotografiformat igen (en bild i jpg, kanske). Har jag nu gjort en kopia? I och med att jag publicerade min programvara?

Låt oss fortsätta: det är i princip möjligt att översätta varje binär sträng till vilken bild som helst. Vad händer om jag nu börjar lägga ut olika avkodarprogramvaror som avkodar min sträng med "L" till massor av kända fotografier. Har jag då med min sträng och dessa programvaror kopierat alla dessa fotografier?

Vi kan gå längre: antag att någon annan bygger en avkodare som avkodar min sträng med små och stora "L" till ett musikstycke, har då jag plötsligt också kopierat detta? Är det så att eftersom det är möjligt att översätta vilken binär sträng som helst till vilket verk som helst med rätt programvara så har jag om jag någonsin publicerar en binär sträng kopierat alla kända verk som finns i världen? Om vi frestas att tala om den binära strängen som en "potentiell kopia" tycks vi vara på väg ned i denna malström av otydligheter.

Knappast, eller hur? Men var drar vi gränsen? Det kan knappast vara i exakthet. Det är fullt möjligt att skriva en exakt översättningsalgoritm som tar Mussorgskys "Tavlor på en utställning" och förvandlar musiken till digitala bilder av de tavlor som Mussorgsky inspirerades

av (om inmatningsslingan är lika med Mussorgskys stycke skriv ut dessa mönster). Ändå är vi ense om att Mussorgsky knappast kan läggas till last för denna 'kopiering'.

Vi står här inför ytterligare ett problem. Var finns kopian? Hos Mussorgsky eller i algoritmen? Båda tycks vara nödvändiga förutsättningar. Vi närmar oss här en märklig paradox: kopian finns vare sig i resultatet av digitaliseringen (i 1:orna eller 0:orna) eller i översättningsalgoritmen. Båda krävs för att vi skall kunna tala om en kopia. Det torde inte behövas särskilt mycket mer för att övertyga om att begreppet kopia i den digitala världen är väsensskilt från begreppet kopia i den klassiska världen.

En rimlig invändning här är att det inte spelar någon roll. En kopia är en kopia är en kopia. Men denna invändning gör sig skyldig till *ignoratio elenchi*, frågan var inte om en kopia är en kopia, utan vad som faktiskt faller in under kopia- eller exemplarbegreppet.¹¹⁵ En annan invändning är att om funktionen faktiskt är att framställa något som effektivt är en kopia så föreligger en kopia. Även denna invändning skjuter bredvid målet. Vilka funktioner skall vi då fästa oss vid? En digital kopia av en bild kan inte sättas upp på kylskåpet, klistras in i ett fotoalbum eller placeras i en ram. Samtliga av dessa funktioner kan den vanliga bilden uppfylla. Varför skall vi bortse från dessa funktioner i vår bedömning?

Ett annat perspektiv är då om inte grundfrågan trots allt är om detta är egendom eller inte. Norman Siebrasse hävdar detta i en artikel, och undersöker upphovsrätten ifrån denna utgångspunkt. Han menar att det helt enkelt handlar om att inse att det är detta som är upphovsrättens fokus, att dra upp rålinjer för vad som är egendom och vad som inte är det:¹¹⁶

¹¹⁵ Var och en som störs på att vi diskuterar kopiering istället för exemplarframställning får gärna ersätta diskussionen med dessa två termer istället. Oaktat att de är äldre och mer otympliga gäller, tror jag, samma för dem.

¹¹⁶ Siebrasse 2001 s 59

Intellectual property is property. Like ordinary tangible property, it can be owned, bought, and sold, and injunctive relief is available to protect it. But it is also 'intellectual'. Unlike ordinary property, it can be shared by as many as want it, without diminishment. It is no surprise that analysis of copyright has tended to focus on what is unique – the 'intellectual' or 'public good' aspect – in preference to the mundane property aspect. [...]this emphasis, while understandable, is misplaced

Denna tankefigur återkommer ofta i den allmänna diskussionen. Det är egendom. Att kopiera – stjäla – denna egendom är fel. Är förhållandet verkligen så svartvitt? The Economist hade en annan och intressant åsikt i en nyligen publicerad artikel:¹¹⁷

So when owners of intellectual property say they are being robbed—as the record companies said they were, by Napster, or as big pharmaceutical companies say they are, by producers of cheap drugs in poor countries—one's instinct is to see things their way. Property comes in many forms, one supposes, but whatever form it takes, stealing it must be wrong.

Not so fast. The urge to possess may be a basic human instinct, but the legal idea of property—and what, precisely, this complicated notion entails—is a human invention, developed down the years (and still being revised) to serve economic and social goals. The law on intellectual property, in particular, is everywhere both comparatively new and in flux. This is not a question of black and white, of right or wrong, as rich-country owners of intellectual property insist. It is a matter of striking a balance—and it is possible that owners are getting too much of a good deal.

Nyckelordet i detta citat är nog ”balans”. Egendomsbegreppet är i stätt i utveckling och en stor del av denna utveckling är förändringarna i distributionsstrukturen för idéer och tankar. Barlows gåta är en gåta för att vi ser *något helt nytt*. Inte för att vi har svårt att sortera in ett känt fenomen i en given kategori. Upphovsrätten är i allra högsta grad en ideologisk frågeställning, och den är inte alls så enkel att det går att skilja mellan de som är för och emot den; frågan handlar mer om utformning än existens. Diskussionen måste därför, som Peter Seipel

¹¹⁷ ”Market for Ideas” The Economist 12th April 2001

konstaterar, ta upp grundläggande ideologiska ställningstaganden som om det var första gången vi mötte dessa fenomen.¹¹⁸

Om vi demonterar föreställningen om att upphovsrätter är egendom, och som egendom skyddsvärda, kan vi hitta många andra intressanta synsätt. David Vaver erbjuder ett synsätt som onekligen ger en ny infallsvinkel:¹¹⁹

If intellectual property was seen as a form of subsidy – a willingness by society at large to provide economic benefits to one sector in return for the prospect of larger benefits for all – then few would question the need to keep intellectual property under constant review to ensure that the scheme was working well.

Om vi ser ensamrätterna som en sorts offentligt stöd eller subsidier till konstnärer och innovatörer så framstår klart att de måste balanseras och granskas kontinuerligt. Det monopol som upphovsrättsinnehavaren har på sina produkter är då en form av statligt stöd och som sådant är det en fråga om grundläggande samhällseliga intressen att granska hur det delas ut.

James Boyle, en annan framstående forskare på området, pekar också på hur upphovsrättens expansionism erövrar ständigt nya områden:¹²⁰

Over the last twenty years, there has been an enormous extension of intellectual property; a far-ranging enclosure movement over the public domain, paralleling the eighteenth century's enclosure of common lands. Intellectual property rights have been broadened to cover more subjects, deepened to cover them for a longer time, widened to cover them in more ways. Current law is actually nibbling at the two areas that supposedly could never be owned, facts and ideas respectively.

Boyles oro är att när allt material är upphovsrättsligt *skyddat* så kommer rättighetsinnehavarna att rikta sina blickar mot distributionsformerna för att kontrollera andra-handsmarknader, privata köp, gåvor, lån...I

¹¹⁸ Seipel 1998

¹¹⁹ Vaver 2001 s 636f

¹²⁰ Boyle 2000

farans riktning ser Boyle en rättighetsarkitektur som hämmar utvecklingen av ett informationssamhälle för alla.

En ny miljörörelse?

James Boyle skrev också en mycket uppmärksammat artikel om behovet av en ny miljörörelse för nätet. Hans slutsatser är både intresseväckande och kontroversiella:¹²¹

Similarly, I claimed the "public domain" is disappearing, both conceptually and literally, in an IP system built around the *interests* of the current stakeholders and the *notion* of the original author, around an over-deterministic practice of economic analysis and around a "free speech" community that is under-sensitized to the dangers of private censorship. In one very real sense, the environmental movement *invented* the environment so that farmers, consumers, hunters and birdwatchers could all discover themselves as environmentalists. Perhaps we need to *invent* the public domain in order to call into being the coalition that might protect it.

Boyles tanke här – att vi behöver uppfinna "public domain" igen, och försvara denna uppfinneting – är kanske ett tecken i tiden. Samuelsons tanke på en informationsekologi både hämtar stöd i denna tanke och utvecklar den.¹²²

Var skall då denna kamp stå? Det tycks ganska klart att det är på distributionsnivå och tekniknivå som rättighets-innehavarna valt att föra den, med kopieringsskydd och säkra hårdvaror. Den som då vill kämpa emot måste förmodligen ta kampen till samma nivå.

¹²¹ Boyle 2001. Notera att Boyle publicerat artikeln på nätet med förbehållet att den ej citeras. Den är så pass viktig och har citerats i bl.a. *Communications of the ACM* varför jag gör så här också. Läsaren bör dock komma ihåg att detta citat inte nödvändigtvis är den slutgiltiga versionen.

¹²² Samuelson 2001

Slutord

Upphovsrätten och de nya distributionsformer som växer fram, de förändringar i hela det intellektuella skapandets infrastruktur som nu sker, är av avgörande betydelse för hur informationssamhället byggs.

Vi måste, med James Boyle och Pamela Samuelson, fråga oss hur vi vill att vår informationsekologi skall se ut. Hur skall vi konstruera den nya infotop som samhället kommer att bli. Hur skall tankemiljöerna se ut? Mer konkret: hur balanserar vi immaterialrätt, integritet och informationsfrihet/flöde i denna infotop?

Finns det nya modeller? Kan vi hitta andra sätt att se till att upphovsmännen får de pengar de förtjänar? Pengar som får antas inspirera dem till nya verk. Kanske måste vi acceptera att olika typer av prissättningsmekanismer används för att skapa ersättningsmodeller.¹²³

Peer-to-peer nätverk, nya format, tekniska skyddsåtgärder och nya sociala mönster som utvecklas i infrastrukturen skapar en infotop under det att vi försöker analysera fenomenet. Förändringarna sker snabbt och balansen rubbas också den snabbt, även om vi inte ser det nu. Hela vår infotop står inför en fasförskjutning som kommer att ta oss med överraskning. Om denna fasförskjutning slutar i öppenhet eller slutenhet, ägande eller egendomslöshet, kontroll eller anarki, beror i viss mån av oss.

¹²³ Se Schneier 2000 s 311

Efterord

Under själva seminariet där denna promemoria presenterades diskuterades en mängd frågor och flera kloka synpunkter lades fram. Alltifrån att upphovsrätten allvarligt överladdats till att det är viktigt att analysera begreppen var för sig. Två synpunkter lades emellertid fram som jag inte är helt lycklig över, och som jag gärna skulle vilja bemöta i sak.

Den första synpunkten som jag reagerade mot var att det verkligen skulle finnas någon betydande skillnad mellan den representation av ett verk som Mussorgskys ”Tavlor på en utställning” utgör och en digitalisering av, säg, en tavla.

Jag kan hålla med om att det är en djupt rotad *konvention* som gör att vi har en tendens att se Mussorgskys verk som en ”tolkning” eller ett ”verk i anslutning till.” Men det är icke desto mindre bara en konvention. Mussorgskys musikstycke är en representation. En serie ettor och nollor är en annan representation. Vissa representationer kallas i konventionen för ”kopior”, men det betyder inget annat än att vi någonstans valt att kallas vissa representationer för kopior. Sedan kan jag hålla med om att det är intressant att diskutera varför.

Ett svar som kanske skulle föresväva någon, är att det har att göra med exakthet i representationen. Det skulle föra för långt att här ta den debatten, men jag vill av flera skäl avråda från denna tolkning. Jag tror bl.a. att det hindrar oss från att se skillnaderna som de digitala representationerna uppvisar från de konventionella. Det går mycket lätt att konstruera algoritmer som översätter Mussorgskys tavlor med samma exakthet som digitala bilder. Jag tror istället att svaret står att söka i en diskussion om komplexitet, förutsägbarhet och representationsmetafysik – ett utforskat område.

Den andra synpunkten hade att göra med verksbegreppet. Någon deltagare tycktes tycka att det faktum att det är verket som skyddas i upphovsrätten och inte exemplaret gör att det inte är viktigt i vilken form verket sedan existerar. Digitalt eller ej. Lagen,

lyder argumentet, skyddar verket *in abstracto*, inte någon av dess uppenbarelser.

Detta är en intressant åsikt, men den är behäftad med en mängd svårigheter. Upphovsrätten lider av en olycklig platonisk föreställning om verket som autonomt från de exemplar det framträder i. Det finns ingen sådan autonomi. Verket är kanske summan av sina exemplar, eller möjligen lika med sitt första exemplar. Det skulle, som tankeexperiment, förmodligen gå utmärkt att skriva om upphovsrätten utan verksbegreppet och istället för att skriva verket tala om "det första exemplaret". Svårigheterna framträder klart om man försöker föreställa sig ett verk som inte finns i något exemplar. Är det skyddat? Vad är skyddat? Vad omfattar skyddet? Är det inte bara just språk på tomgång att tala om sådant? Relationen mellan verket, idén och exemplaret är inte trivial.

Inför en reformation av upphovsrätten vore det förmodligen tacknämligt om den antikverade estetiska konstsyn som verksbegreppet har sitt upphov i pensioneras. Vår föreställning om upphovsmän, verk och konst präglas i rättsliga språkspel fortfarande av den romantiska begreppsvärlden på ett olyckligt sätt.

Upphovsrättens framtid beror av att vi finner nya kategorier och analyser för dess begrepp, lika mycket som att branschen själv förstår och använder nya distributionsformer, tekniska format och skyddsåtgärder på ett sätt som står i samklang med det immateriellas logik.

Litteratur

- “Stats speak kindly of Napster” Industry Standard
<http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,17057,00.html>
- ”Study: Napster boosts CD-sales” ZD Net
<http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2605961,00.html>
- “What is Gnutella”
http://www.gnutellanews.com/information/what_is_gnutella.shtml
- “Överlever upphovsrätten upphovsrätten?” PM från IT-rättsliga Observatoriet 2000:9
- ”Market for Ideas” The Economist 12th April 2001
- Bakos, Yannis, Brynjolfsson, Erik & Lichtman, Douglas “Shared Information Goods” *Journal of Law and Economics*, vol XLII (april 1999)
- Barlow, John Perry “The Economy of Ideas” *Wired* Mar 94
- Boyle, James “A Politics of Intellectual Property: Environmentalism For the Net?” [<http://www.law.duke.edu/boylesite/>]
- Boyle, James “Cruel, Mean or Lavish?: Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property” 536 *Vanderbilt Law Review* 2007 (2000)
- Brauner, Stephanie L. „High Tech Boxing Match: A Discussion of Copyright Theory Underlying the Heated Battle Between the RIAA and the MP3ers“, 4. Va. J.L. & Tech. 5 (Spring 1999)
- Carey, Mark and Wall, David “MP3:The Beat Bytes Back”, *International Journal of Law, Computers & Technology*, Vol 15, No.1 35-58, 2001
- Cohen, Julie ”Copyright and the Perfect Curve”, 53 *Vand. L. Rev.* (Nov 2000)
- Cohen, Julie “Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them” 12 *Berkeley Tech. L.J.* 161 (1997)
- Cohen, Julie “The Right to Read Anonymously: A Closer Look at “Copyright Management” in Cyberspace, 28 *Conn. L. Rev.* 981 (1996)
- Gervais, Daniel “Electronic Rights Management Systems”, *The Journal of World Intellectual Property*, vol 3, January 200, no 1.
- Jakobsson Olars, Henrik “Ulrika Messings CD-bränning inte olaglig” *Computer Sweden Online* (<http://nyheter.idg.se/display.pl?ID=010116-cs34>) 2001-01-16
- Kaplan, Charles L “Does an Anti-Piracy Plan Quash the First Amendment?” *Cyber Law Journal* [<http://www.nytimes.com/2001/04/27/technology/27CYBERLAW.html>]
- Kumar, Aprarna “Libertarian, or just Bizarro?” *Wired* apr 25 2001
- Landau, Michael “Digital Downloads, Copy Code and U.S. Copyright Law”, *BILETA* 2001, Edinburgh 9-10/4
- Loren, Lydia Pallas “Technological Protections in Copyright Law – Is More Legal Protection Needed?” *BILETA* 2001, Edinburgh 9-10/4
- Lundblad, Nicklas *The Answer to the Machine* (SISU rapport 1998:12)
- Lundblad, Nicklas *Teknotopier: den nya tekniken och rättens framtid* (Stockholm, Timbro 2000)

Några upphovsrättsliga frågor Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

- Markoff, John ” Scientists Drop Plan to Present Music-Copying Study” New York Times 27/4
[<http://www.nytimes.com/2001/04/27/technology/27MUSI.html>]
- Meurer, Michael “Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works” Buffalo Criminal Law Review
- Rice, David A. “Copyright as Artifact: Foundation for Regulation of Circumvention Technologies and Contractual Circumvention of Copyright Limits” BILETA 2001, Edinburgh 9-10/4
- Samuelson, Pamela “Regulation of Technologies to Protect Copyrighted Works” *Communications of the ACM* July 1996/ Vol. 39, No. 7
- Samuelson, Pamela “Toward a New Politics of Intellectual Property” *Communications of the ACM* March 2001, Vol 44 No 3
- Schneier, Bruce *Secrets and Lies: Digital Security in a Networked World* (Wiley: New York 2000)
- Schönning, Peter “User meets Author”, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, Häfte 1, 2000, Årgång 69
- Secure Digital Music Initiative, <http://www.sdmi.org>
- Seipel, Peter *Upphovsrätten, informationstekniken och kunskapsbygget. I: Vitterhetsakademiens årsbok 1998*
[<http://www.juridicum.su.se/iri/seip/text/upphov.htm>]
- SETI@home <http://setiathome.ssl.berkeley.edu/>
- Shapiro, Andrew L *The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know* (Century Foundation: New York 1999)
- Shy, Oz “The Economics of Copy Protection in Software and Other Media”, *Internet Publishing and Beyond: The Economics of Digital Information and Intellectual Property* (ed Varian, Kahin) (MIT-press: Cambridge 2000)
- Siebrasse, Norman ”A Property Rights Theory of the Limits of Copyright”, *University of Toronto Law Journal* Vol. LI, No. 1, Winter 2001
- Slevin, James *Internet and Society* (Polity Press: Cambridge 2000)
- Stefik, Mark *The Internet Edge: Social, Technical and Legal Challenges for a Networked World* (MIT Press: Cambridge 1998)
- *Uppföljning av grönboken om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet* (20.11.96) Kom (96) 568 Slutlig
- Wahl, Nancy J. „Protection of Intellectual Property on the National Information Infrastructure“ CQL ´96 Philadelphia USA
- Vaver, David “Intellectual Property:the State of the Art”, *The Law Quarterly Review*, Vol 116, October 2000

Några upphovsrättsliga frågor
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

SOU-rapporter m.m.

IT- Rättsinformation och IT 1996
kommissionens **Svårigheternas advokat eller möjligheternas**
rapport 5/96 **ambassadör?**

IT- Rättsinformation och IT 1998
kommissionens **Framtidsfrågor**
rapport 10/98
SOU 1998:109

IT- Rättsinformation och IT 1999
kommissionens **EG-rätten och den svenska**
rapport 1/2000 **rättsinformationen**
SOU 2000:48

IT- Rättsinformation och IT 2000
kommissionens **Rättsinformation under 2000-talet -**
rapport 1/2001 **Nuläget i Sverige och Europa trender och**
SOU 2001:71 **policy**

IT- Rättsinformation och IT 2001
kommissionens **Legal information and the Internet –**
rapport 5/2002 **Experiences and challenges**
SOU 2002:102

IT- Rättsinformation och IT 2002
kommissionens **Perspektiv på rättsinformationen**
rapport *(Under produktion)*
SOU 2003: xx

**Law and Information Technology.
Swedish Views**

IT- An anthology produced by the IT Law Observatory
kommissionens of the Swedish ICT Commission
rapport 6/2003
SOU 2002:112
Editor Peter Seipel

Observatorierapporter

- 1/97 ***Transaktionens anonymisering och dess påverkan på rättsliga problemställningar***
En teori om varför rättsliga problem uppstår vid användningen av IT
Joachim Benno
(SLUT - Rapporten är bearbetad och utgiven på engelska - se rapport nr 6)
- 2/97 ***Konsumentskyddet i informationssamhället***
Dokumentation från en hearing
- 3/98 ***Cyberrymdens juridik - Lagstiftning och självreglering***
Ett seminarium den 9 september 1997 om den framtida rättsordningen
- 4/98 ***Mobila agenter***
Ett underlag för diskussioner om rättsliga aspekter på agentteknik
Erik Woodcock
- 5/98 ***SPAM!?***
Dokumentation från två samtal om en ny företeelse och dess rättsliga konsekvenser
- 6/98 ***The "anonymisation" of the transaction and its impact on legal problems***
A theory as to why the use of ICT engendes legal problems
Joachim Benno
- 7/98 ***Fri aktör, egenanställd, ny daglönare!?***
Lösare förbindelser - hur, varför, vad göra?
Dokumentation från ett samtal den 15 juni 1998 anordnat av IT-kommissionens IT-rättsliga observatorium, Småföretagsdelegationen och Distansarbetsutredningen

- 8/98 **En missbruksmodell**
Ny reglering av skyddet för personuppgifter
Per Hammarstedt
- 9/98 **Rättspolitik på IT-området**
- ett diskussionsunderlag
Daniel Westman
- 10/99 **Teknikoberoende yttrandefrihetsreglering?**
Diskussionsunderlag för anpassning av det särskilda
yttrandefrihetsskyddet i TF och YGL till IT-utvecklingen
Martin Brinnen
- 11/99 **Fri aktör, egenanställd, ny daglönare!?**
(II)
- Hur ser det ut idag?
- Vad behöver göras?
Dokumentation från ett andra samtal den 12
april 1999 om nya anställningsformer anordnat
av Det IT-rättsliga observatoriet hos IT-
kommissionen.
- 12/2000 **Ledningsrätten i IT-tider**
- en kvartssekel gammal form måste anpassas till IT-
satsningarna
Anders Victorin och Barbro Julstad
- 13/2000 ---
- 14/2000 **Elektronisk handel och indirekt skatt**
Philip Hallenborg
- 15/2000 **Behov av nya associassionsformer?** - ett
diskussionsunderlag
Christina Helgesson
- 16/2000 **Insynens gränser - Allt eller intet?**
Peter Seipel
Seminarium hos det IT-rättsliga observatoriet om

handlingsoffentlighetens rättspolitiska aspekter

- 17/2000 ***Datavirus - Hur skall en reglering utformas?***
En redovisning av ett samtal
- 18/2000 ***e-skatt? i-skatt? o-skatt?***
Skatterätten i en digital miljö
Gustaf Johnssén
- 30/2001 ***Ledningsrätt i IT-tider***

-utnyttjande av befintlig infrastruktur för att dra fram
optokablar för bredband
Andres Victorin & Barbro Julstad
- 31/2001 ***Fri aktör, egenanställd, ny daglönare? IV –
Fri, ensam, trygg?***

Dokumentation från ett samtal om soloföretagare och
socialförsäkring
- 43/2001 ***Gratiserbjudanden & IT***
Underlag till ett seminarium, en sammanfattning av
synpunkter och slutsatser
Lena Olsén
- 52/2002 ***IT i domstolsprocessen***
Redovisning av ett seminarium
- 54/2002 ***Open Source – Ur ett praktiskt juridiskt
perspektiv***
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier
Mattias Andersson
- 55/2002 ***Företagshemligheter i digital miljö***
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier
Fredrik Jonason

- 56/2002 **Behandling av personuppgifter och
rättsinformationen**
Workshop
- 59/2003 **Den nya marknaden**
- Förtal av företag - Annie Alsterholm
- Den autonoma marknadsplatsen - Christina Ramberg
- Nya konkurrensmöjligheter på den digitala marknadsplatsen -
Bertil Thorngren
- Värdering av nya tillgångar - Agne Lindberg &
Lennart Olsson
- 60/2003 **Regulation Management – nya verktyg för
lagstiftaren**
- Presentation of XML and discussion of its possible
legal uses. - Cecilia Magnusson Sjöberg
- Presentation of decision logic tables and Match (TM).
Discussion of regulation management. - Larry G L
Lucartdie and R W Overhoff
- Presentation of morphological analysis of complex
problems and the CASPER tool. - Tom Ritchey
- 61/2002 **Något om patenterbarhet av datorprogram i
svensk rätt**
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier
Patrik Wallström och Mikael Pawlo
- 62/2003 **Några upphovsrättsliga frågor**
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier
- Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik
Daniel Westman
- Upphovsrätt och nya distributionsformer
Nicklas Lundblad

- 1:1998 Missbruksmodell – Alternativ reglering av skyddet för personuppgifter. Per Hammarstedt
- 1:1999 Fri aktör, egenanställd, ny daglönare – Hur ser det ut idag? Vad behöver göras? En första karta och sammanställningar av utmaningar. Mats Utbult
- 3:1999 Observatoriets syn på vissa straff- och processrättsliga lagstiftningsfrågor
- 4:1999 Nätets genomskinlighet – En sammanfattning av ett samtal
- 5:1999 E-post på arbetsplatsen – En redovisning av ett samtal
- 6:2000 Fri agent, egenanställd, ny daglönare III. En workshop och ett förslag till ”Lag om självanställning”
- 7:2000 Rättsliga och andra samhällsaspekter på agentteknik. Rapport från ett seminarium
- 8:2000 Auktioner på Internet – Rapport från ett seminarium
- 9:2000 Överlever upphovsrätten upphovsrätten? Rapport från ett seminarium
- 10:2000 Bolagsstämma online – Rapport från ett seminarium
- 11:2001 Digitala dokumentets bevisvärde – Rapport från ett seminarium
- 12:2001 Deponering av källkod
- 14:2001 Fri agent, egenanställd, ny daglönare!?! - En summering
- 15:2001 Alternativ tvistelösning (ADR) online

Några upphovsrättsliga frågor
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

- 16:2003 Observatoriets syn på säkerhetskrav vid elektronisk fakturering
Införandet av direktivet 2001/115/EG i svensk rätt
- 17:2003 Öppen programvara i offentlig förvaltning – en juridisk inblick
Erik Woodcock & Markus Holm