



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Adam Weissbach

Tekniska åtgärder och skyddet för åtkomstkontroll

Examensarbete
20 poäng

Ulf Maunsbach

Immaterialrätt

Termin 9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	
1. INLEDNING	
1.1 Syften och frågeställningar	4
1.2 Avgränsningar	5
1.3 Metod	5
1.4 Perspektiv	5
1.5 Disposition	6
2. TEKNISKA ÅTGÄRDER OCH TEKNISKA SKYDDSSYSTEM	
2.1 Åtkomstkontroll	7
2.1.1 Initial åtkomstkontroll	8
2.1.2 Åtkomstkontroll efter initial access/ uppspelningskontroll	8
2.2 Kopieringskontroll	9
2.2.1 Sambandet mellan åtkomst- och kopieringskontroll	9
2.3 Tekniska skyddssystem	10
2.3.1 Kryptering	10
2.3.1.1 CSS	10
2.3.2 SCMS	11
2.3.3 DRM/ECMS	11
3. DEN NYA UPPHOVSRÄTTEN	
3.1 Exemplarframställning	13
3.2 Privat bruk	14
3.3 Tillgängliggörande för allmänheten	15
4. INFOSOC DIREKTIVET	
4.1 Inledande bestämmelser	17
4.2 Upphovsrättsliga verk	19
4.3 Kopieringskontroll	20

4.4	Åtkomstkontroll	21
4.5	Förberedande aktiviteter	22
4.6	DRM	23
4.7	Undantagen i art. 6.4, infosoc-direktivet	23
5. SVERIGES REGLERING AV TEKNISKA ÅTGÄRDER		
5.1	Inledande bestämmelser	25
5.2	Kopieringskontroll	26
5.3	Åtkomstkontroll	27
5.4	Åtkomst- och kopieringskontroll	28
5.5	Förberedande aktiviteter	29
5.6	DRM	31
5.7	Undantagen i 52 f §, URL	32
5.7.1	Konklusion	35
6. INTERNATIONELL JÄMFÖRELSE		
6.1	Skandinavien	36
6.2	Storbritannien	37
7. RIMLIG SKYDDSNIVÅ		
7.1	Behövs tekniska åtgärder?	40
7.1.1	Tekniska åtgärder kan användas i illegitima syften	40
7.1.2	Shapiro och Varians kritik	42
7.1.3	Lawrence Lessigs kritik	43
7.2	Skyddsnivån för åtkomstkontroll i Sverige	44
7.2.1	Upphovsrättsligt relevant handling	45
7.2.2	Uppspelning av ett verk	47
7.2.3	Den tekniska verkligheten	49
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		50
Offentligt tryck		50
Litteratur		50
Artiklar		51
Övrigt		52
Elektroniska källor		52

Sammanfattning

Föreliggande examensarbete skall behandla lagskyddet för tekniska åtgärder. I undersökningen kommer fokus att riktas mot skyddet för åtkomstkontroll. Det första av två övergripande syften i framställningen är att undersöka hur Sverige har implementerat infoc-direktivets bestämmelser om åtkomstkontroll. Granskningen påvisar att den svenska lagstiftaren har tolkat skyddet för åtkomstkontroll snävare än vad infoc-direktivet föreskriver. Enligt svensk lagstiftning skyddas endast åtkomstkontroll i Internet, men enligt direktivets lydelse skall nämnda kontroll erhålla skydd även i den "fysiska verkligheten", på CD- och DVD-skivor. Ett underordnat syfte i denna del är att jämföra Sveriges reglering av åtkomstkontroll med motsvarande bestämmelser i de övriga skandinaviska länderna och Storbritannien. Undersökningen visar att Sveriges reglering av infoc-direktivet liknar bestämmelserna i Norge, Danmark och Finland. Bestämmelserna i Storbritannien ligger dock närmare direktivets lydelse.

Det andra av två övergripande syften med föreliggande uppsats är att fastställa huruvida den svenska regleringen av åtkomstkontroll är ställd till en rimlig skyddsnivå sett till den informationstekniska verkligheten. Ett annat syfte i denna del är att utreda huruvida tekniska åtgärder behövs överhuvudtaget. Om tekniska åtgärder alls inte behövs i dagens samhälle bör skyddsnivån för åtkomstkontroll vara obefintlig.

Först och främst kan det konstateras att tekniska åtgärder behövs. Farhågorna om att yttrande- och informationsfriheten kan komma att drabbas av åtkomstkontrollen är överdrivna. Den avgörande frågan är istället huruvida staten ställer upp ett kringliggande skydd för medborgerliga fri- och rättigheter. Slutligen fastställs det att Sverige har ställt upp ett för snävt skydd för åtkomstkontroll utövat med hjälp av tekniska åtgärder. Skyddet för åtkomstkontroll bör omfatta såväl *fysiska* digitala verk som internetburna digitala verk. Om åtkomsten är fri på en av dessa arenor så sprider sig de åtkomna exemplaren lätt till den andra arenan. Dessutom medför tekniken i dagens samhälle att de tekniska åtgärdernas andra led med kopieringskontroll kräver ett åtkomstskydd för att överhuvudtaget fungera.

Förord

Upphovsrättsliga frågor är ständigt aktuella i dagspress och i övrig media. Hittills har intresset riktats mot fildelning och de straff denna verksamhet kan ge upphov till, men rättighetshavarna använder sig alltmer av förebyggande åtgärder. Tekniska åtgärder är en anordning som har uppmärksammats av rättighetshavarna och sedermera har lagstiftaren valt att ge nämnda åtgärder ett visst skydd gentemot kringgående. Rent spontant trodde jag nog att debatten skulle vända och bli mindre kritisk till det upphovsrättsliga systemet när potentiella intrångsmakare hindras istället för att straffas. Istället har diskussionen tillspetsas ytterligare och ur detta virrvarr av åsikter på bloggar och liknande forum väcktes min slutliga ambition att skriva föreliggande examensarbete.

Jag vill passa på att tacka Ulf Maunsbach för god handledning och Per Jonas Nordell för en stimulerande introduktion till ämnet. Dessutom vill jag rikta ett tack till min familj och mina vänner som alltid stöttar mig i allt jag företar mig.

Uppsatsen tillägnas Karl Weissbach, som var en sann akademiker i en sjöfarares kropp.

Malmö i februari 2006

Adam Weissbach

Förkortningar

CC	Copy Control
CD	Compact Disc
CDPA	Copyright, Designs and Patents Act 1988
CSS	Content Scramble System
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
DRM	Digital Rights Management
DVD	Digital Versatile Disc
ECMS	Electronic Copyright Management System
EIPR	European Intellectual Property Review
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
RB	Rättegångsbalken
SCMS	Serial Copy Management System
URL	Upphovsrättslagen
VCR	Video Cassette Recorder
WCT	World Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organisation

1 Inledning

Tekniska åtgärder har kritiserats hårt av samhällsvetare och jurister. Motståndarna till tekniska åtgärder har som bäst beskrivit dem som ett tillfälligt hinder för den informationstekniska utvecklingen och som värst ett hot mot demokratin. Rättighetsinnehavarna, som är de främsta förespråkarna av tekniska åtgärder, frågar istället varför de inte åtnjuter samma privilegier som andra fysiska personer: En biltillverkare får ju sätta upp staket runt sina förmögenhetsrätter varför får inte rättighetshavarna göra det runt sina?

Bakgrunden till den hätska debatt vi ser mellan förespråkare för tekniska åtgärder och dess antagonister bottnar i principiella överväganden om hur balansen mellan upphovsrättsinnehavares och konsumenters intressen skall upprätthållas. Internet, möjligheterna att föra över konstnärliga verk till digitala medier och kopieringstekniken har skapat helt nya förutsättningar för upphovsrätten och balansen har förflyttats till konsumenternas fördel, åtminstone sett till situationen under det senaste decenniet. Frågan är nu om det är en korrekt fördelning av rättigheter som har uppstått eller om balansen har blivit snedvriden och behöver justeras.

Man kan också inta en motsatt utgångspunkt och ponera att upphovsrätter tillhör samhället, eller *allmänningen*, och att utvecklingen således går i rätt riktning. Utgår man från detta perspektiv är tekniska åtgärder inte av godo. Samtidigt som samhället försöker hinna ikapp den digitala verkligheten förs kriget om upphovsrätter mellan privata aktörer. Tekniska åtgärder och DRM (Digital Rights Management) är några av rättighetsinnehavarnas metoder i försöken att återfå kontrollen över de upphovsrättsliga verken. Genom den nya upphovsrättslagen, som bygger på *infosoc-direktivet*¹, har emellertid lagstiftaren fört över en del av kriget till den statliga nivån. Tekniska åtgärder skyddas, sedan implementeringen den första juli 2005, enligt kapitel 6 a i upphovsrättslagen. Klart är att tekniska åtgärder som syftar till att förhindra exemplarframställning av ett upphovsrättsligt verk erhåller lagstiftarens skydd, men det är inte lika klart i vilken omfattning åtgärder som syftar till att kontrollera åtkomst till ett verk skyddas enligt svensk lagstiftning.

1.1 Syften och frågeställningar

Det första av två övergripande syften med denna uppsats är att undersöka hur infosoc-direktivets bestämmelser om åtkomstkontroll för tekniska åtgärder har implementerats i den svenska lagstiftningen. Frågan är om Sverige har följt sina åtaganden enligt direktivet. Ett underordnat syfte i

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

denna del är att jämföra Sveriges reglering av åtkomstkontroll med regleringen i övriga skandinaviska länder och Storbritannien.

Det andra av två övergripande syften är att fastställa huruvida den svenska regleringen av åtkomstkontroll är ställd till en rimlig skyddsnivå sett till den informationstekniska verkligheten. Ett annat syfte i denna del är att utreda huruvida tekniska åtgärder behövs överhuvudtaget.

1.2 Avgränsningar

Föreliggande uppsats skall inte behandla specialreglerade skyddsområden för tekniska åtgärder. Sedan tidigare existerar det EU-direktiv för datorprogram, databaser och avkodningsutrustning och dessa områden undantas uttryckligen från infoc-direktivets tillämpningsområde.²

Slutligen bör det påpekas att - när upphovsrätter diskuteras i denna uppsats - åsyftas också närstående rättigheter. Endast i de fall närstående rättigheter regleras annorlunda än upphovsrätter kommer närståendeskyddet att behandlas specifikt.

1.3 Metod

Metoden i föreliggande uppsats är rättsdogmatisk. För tydlighetens skull bör det påpekas att rättsdogmatiken inte hindrar vidare resonemang. Man kan skilja på vad lagen säger och vad som är riktigt ur ett demokratiskt, ett moraliskt, eller ett ekonomiskt perspektiv. Förövrigt tillkommer ett inslag av jämförelser mellan svensk och internationell rätt. Jag vill här påpeka att det inte kommer att företas komparationer mellan länderna utan enbart jämförelser. En välgrundad komparation skall ta upp kringliggande ekonomiska, politiska och sociala faktorer i en stat och det skulle innebära ett alltför omfattande arbete och dessutom inte rymmas inom syftet för denna uppsats.³

1.4 Perspektiv

I *Inledningen* till föreliggande uppsats redogjordes det för två konkurrerande synsätt. Grovt förenklat förespråkar det traditionella synsättet att upphovsrättsliga verk skall betraktas som förmögenhetsrätter i upphovsrättsinnehavarnas händer. Det motstående synsättet betraktar emellertid

² Se infoc-direktivet art. 1.2. Se vidare; Rådets Direktiv 91/250/EEC av den 14 Maj 1991 (*Software Directive*), Europaparlamentet och Rådets Direktiv 96/9/EC av den 11 Mars 1996 (*Database Directive*) och Europaparlamentet och Rådets Direktiv 98/84/EC av den 20 November 1998 (*Conditional Access Directive*).

³ För en genomgång av den komparativa metoden; Se Cruz, Peter de, *Comparative law in a changing world*, second ed., 1999, s. 1 ff.

upphovsrätter som något tillhörande samhället eller ”allmänningen”. Detta arbete kommer att utgå från det traditionella perspektivet, men ett kortare avsnitt skall ägnas ”allmänningen” och dess främsta förespråkare. Att helt ignorera det senare av dessa perspektiv skulle göra denna framställning mindre intressant för den stora skara som idag bekänner sig till *the commons*.⁴

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med utredande av viktiga begrepp (2 kap.). Åtkomst och kopieringskontroll förklaras här närmare. Vidare presenteras de tekniska skyddssystem, som är relevanta för denna uppsats. Slutligen konkretiseras en del för upphovsrätten familjära begrepp (3 kap.). Deras innebörd fyller en viktig funktion för analysen av tekniska åtgärder.

I uppsatsens andra del skall infosoc-direktivet analyseras (4 kap.). Denna del fyller också en pedagogisk funktion på det sätt att läsaren förbereds för mer svår genomträngliga resonemang. I analysen av den svenska lagstiftningen fördjupas resonemanget något, mer tyngd läggs på åtkomstkontroll och jämförelser med direktivet företas (5 kap.). Den andra delen avslutas med en kortare internationell jämförelse (6 kap.).

I uppsatsens sista del ställs frågan huruvida tekniska åtgärder behövs överhuvudtaget (7 kap.). Här sätts de tekniska åtgärderna in i ett bredare perspektiv. Vidare fördjupas jämförelsen mellan den svenska och den EG-rättsliga lagstiftningen och jag svarar här på den första frågan; vilket skydd har åtkomstkontroll i Sverige (7.2 kap.). Slutligen ämnar jag besvara den andra frågan i denna framställning; vilken skyddsnivå är rimlig i Sverige sett till den informationstekniska verkligheten (7.2.3 kap.).

⁴ För en mer utförlig definition av vad rörelsens perspektiv innebär för upphovsrätten; se nedan avd. 7.1.3.

2 Tekniska åtgärder och tekniska skyddssystem

I doktrinen har de tekniska åtgärderna delats upp i olika grupper beroende på vilken kontrollfunktion eller vilket syfte de uppfyller. Det mest frekventa sättet att dela upp tekniska åtgärder i både svensk och utländsk litteratur har varit att skilja på *access control* och *copy control*.⁵ När *access control* åsyftas, kommer jag härnäst att använda uttrycket åtkomstkontroll, som väl fyller betydelsen av det engelska begreppet. Det är svårare att hitta en bra svensk översättning till *copy control*. Kopieringskontroll är det stilnärligaste bästa alternativet men det innefattar inte den tydliga betydelsen av ”copy”, som inbegriper både ”kopiera” och ”kopia”. För denna uppsats, som skall fokusera på åtkomstkontroll, spelar emellertid dessa lingvistiska funderingar en underordnad roll och begreppet kopieringskontroll kommer fortsättningsvis att användas.

2.1 Åtkomstkontroll

Syftet med åtkomstkontroll definieras av Menezes m.fl. som ”*restricting access to resources to privileged entities*”.⁶ Denna definition är för allmänt hållen för att ge någon vidare förståelse för begreppet åtkomstkontroll, men kanske kan en vidare indelning ge en fördjupad insikt i vad konceptet innebär. Åtkomstkontroll kan delas in i två olika kategorier: Åtgärder som kontrollerar den initiala accessen till ett verk och åtkomstkontroll som sker efter det att den initiala accessen har skett.⁷

⁵ Se bl.a. Westman, Daniel, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, NIR, 2002, s. 234, Dussollier, Severine, *Electrifying the fence: The legal protection of technological measures for protecting copyright*, EIPR 1999, s. 285 och Braun, Nora, *The interface between the protection of technological measures and the exercise of exceptions to copyright and related rights: Comparing the situation in the United States and the European community*, EIPR, 2003, s. 496.

⁶ Menezes, Alfred J., van Oorschot, Paul C. och Vanstone, Scott A, *Handbook of applied cryptography*, 5 uppl. 2001, s. 3.

⁷ Förevarande kategorisering av åtkomstkontroll bygger i huvudsak på Koelman och Helbergers konstruktion. Koelman, Kamiel J. & Helberger, Natali, *Protection of technological measures*, Hugenholtz, Bernt (ed.), Institute för information law, 1998. Koelman och Helberger delar emellertid in kontrollfunktionerna i fyra olika kategorier: *Technologies that control access at the online outlet*, *technological measures that control access at the level of the end user or receiver of the information*, *measures that control access to an already acquired copy of a work* och *Measures that prevent subsequent access*. Det förefaller dock mer ändamålsenligt, åtminstone för denna framställning, att på det principiella planet knyta samman de två första kategorierna med varandra och på motsvarande sätt länka de sista två klasserna till varandra så att åtkomst endast behandlas i två fack.

2.1.1 Initial åtkomstkontroll

Initial åtkomstkontroll utövas vanligen i Internet, exempelvis vid e-handel eller när en användare söker tillträde till en hemsida med skyddad information. Användaren måste erlægga en viss betalning eller fylla i ett lösenord för att få tillgång till tjänsten eller informationen. Vid handel med upphovsrätter har denna typ av kontroll stor betydelse för rättighetshavarnas möjligheter att innehålla en vara till efter en betalning har erlagts av konsumenten. Vid e-handel skyddas vanligen denna typ av åtkomstkontroll genom ett s.k. DRM.⁸

2.1.2 Åtkomstkontroll efter initial access/ uppspelningskontroll

Åtkomsten kan också kontrolleras efter att en tidigare access har blivit godkänd av rättighetshavaren. Användaren har t.ex. införskaffat en DVD (Digital Versatile Disc), eller laddat ner en kopia av ett verk i Internet, men rättighetshavaren kan fortfarande kontrollera åtkomsten till informationen på skivan eller på den digitala kopian. Det är framdeles viktigt att skilja mellan den uppspelningskontroll som utövas på fysiska verk och den uppspelningskontroll som utövas på verk distribuerade via Internet. Ett exempel på en teknisk åtgärd applicerad på ett fysiskt verk är regionkoderna på DVD-skivor, som gör att en DVD från Europa inte kan spelas på en DVD-spelare ämnad för den amerikanska marknaden och vice versa.⁹ Åtkomsten kan också nekas användaren när han/hon ämnar spela upp en CD (Compact Disc) på en dator eller när han/hon ämnar omformatera en CD till MP3-format för att kunna spela den på sin MP3-spelare. I det sistnämnda exemplet är således åtkomsten begränsad till att CD-skivan endast skall kunna spelas på en CD-spelare. Här handlar det om en *åtkomstkontroll efter initial access*, eller *uppspelningskontroll*, eftersom det fysiska exemplet redan har införskaffats.

Förutom regionkoder på DVD-skivor och åtkomstspärrar på CD-skivor kan rättighetshavarna kontrollera åtkomsten till verk distribuerade över Internet. Handeln med digitala kopior av musik och film omfattas av denna typ av åtkomstkontroll. Den digitala kopian införskaffas med en spärr som endast möjliggör ett visst antal uppspelningar av verket, eller en användning under viss begränsad tid. Vill användaren spela upp den digitala kopian i en högre omfattning måste hon införskaffa samma rättigheter till verket igen eller utöka antalet spelningsrätter/speltimmar. Nämnda uppspelningskontroll utövas vanligen genom DRM. Således kontrollerar flertalet DRM både den initiala åtkomsten och den senare uppspelningen.

⁸ Det redogörs mer utförligt för DRM nedan, avd. 2.3.3.

⁹ Se nedan, avd. 2.3.1.1.

2.2 Kopieringskontroll

Det andra viktiga syftet med en teknisk åtgärd utgörs av kontroll av kopiering. Ett verk kan inte kopieras om inte rättighetshavaren godkänner det, men kopieringskontrollen blir aldrig aktuell om inte verket har införskaffats, eller en åtkomst till verket har skett. Kopieringskontrollen är således alltid beroende av initial åtkomst. Det som skiljer kopieringskontroll från åtkomstkontroll efter initial access är vad användaren ämnar göra efter åtkomsten. Om användarens vidare syfte endast är att fortsättningsvis tillgodogöra sig verket, handlar det om rättighetshavarens möjlighet att kontrollera åtkomst efter en initial access, eller uppspelning. Om användaren däremot vill få tillstånd en access till ett verk för att senare kunna kopiera det, handlar det om rättighetshavarens kopieringskontroll.

Kopieringskontroll kan utövas genom kopieringsspärar applicerade på CD- och DVD-skivor och på digitala exemplar i Internet. Spärrarna kan t.ex. förhindra kopiering av en originaldisk, men det finns också ”mjukare” versioner som endast förhindrar att kopior fabriceras av kopior. Branschens egen märkning; ”*copy control*”, eller ”CC”, omfattar idag - förutom kopieringsspärar - visst åtkomstskydd. Märkningen CC kan ibland återfinnas på CD-skivor, men detta är branschens etikettering och i föreliggande uppsats skall kopierings- och åtkomstkontroll noggrant åtskiljas. En CD belastad med en copy control kan endast spelas upp på en CD-spelare och inte på en PC eller en MP3-spelare.¹⁰ Upphovsrättsinnehavarna har nämligen uppmärksammat det naturliga sambandet mellan kopierings- och åtkomstkontroll.

2.2.1 Sambandet mellan åtkomst- och kopieringskontroll

Ovan har det konstaterats att kopieringskontroll är avhängigt initial åtkomst. Kopieringskontroll utgör s.a.s. det andra steget i kontrolltrappan och åtkomstkontrollen det första. Hittills har upphovsrättsinnehavarna varit mest angelägna att förhindra kopiering eftersom den snabba spridningen av verk i Internet och försäljningen på piratmarknaden till största delen beror på möjligheterna att lätt kopiera CD- och DVD-skivor. Daniel Westman har emellertid uppmärksammat att kopieringskontroll blir i det närmaste meningslös om inte åtkomsten till ett verk samtidigt skyddas.¹¹ Den digitala miljön medför att tillfälliga kopior uppstår t.o.m. utan att användaren har haft det som mål. Om man spelar upp ett digitalt verk på en dator, uppkommer en tillfällig kopia i datorns olika minnen automatiskt. Vidare medför en öppen datormiljö alltid enkla medel för en hacker att kringgå kopieringsskydd av olika slag.¹² När användaren väl kan spela upp en CD

¹⁰ Se Branschorganisationen IFPI:s information på; www.kopieringsskydd.com/faq.htm.

¹¹ Westman, Daniel, *Tekniska åtgärder. Nordiskt genomförande av artikel 6 i infosoc-direktivet*, NIR, 2003, s. 564.

¹² Loc. cit.

eller en fil på datorn finns det inga existerande kopieringsspärrar som kan förhindra att han/hon kopierar CD-skivan eller filen. Med ovanstående resonemang i beaktande lyder sambandet mellan åtkomst- och kopieringskontroll; *om inte åtkomsten till verk kan kontrolleras (och därigenom förhindras att spelas på datorer) kan inte kopieringen kontrolleras (begränsas eller förhindras) heller.*

2.3 Tekniska skyddssystem

De tekniska skyddssystemen används för att uppfylla de olika syften som det har redogjorts för ovan, nämligen kopierings- och/eller åtkomstkontroll. Man kan fråga sig vad en redogörelse för tekniska skyddssystem har att skaffa i en juridisk uppsats. Svaret är att resonemangen behöver konkretiseras; läsaren behöver en uppräknning av olika tekniska åtgärder för att kunna återknyta sin kunskap om åtkomstkontroll och kopieringskontroll till verkligheten.¹³

2.3.1 Kryptering

Ordet kryptering härstammar från det grekiska ordet *krypto* som betyder förborga eller dölja.¹⁴ Informationssäkerhet är s.a.s. krypteringens övergripande mål. Krypteringen går till på det viset att en krypteringslogarithm appliceras på viss data som blir oläslig. En behörig person använder sedan en nyckel för att göra informationen förståelig igen. Sistnämnda förfarande benämns dekryptering. Kryptering är idag den vanligaste metoden för att kontrollera kopiering och åtkomst av upphovsrättsliga verk.

2.3.1.1 CSS

Ett av de vanligaste systemen för kryptering är CSS (Content Scramble System). Det syftar till att kontrollera åtkomst till filmer i DVD-format. Något förenklat utgör DVD-skivans innehåll det krypterade materialet och DVD-spelaren besitter krypteringsnycklarna som behövs för att dekryptera skivan. Endast de spelare som har en CSS-licens kan dekryptera den skyddade DVD-skivan. Licensen uppställer ett mycket omfattande skydd av filmmaterialet. Förutom åtkomstkontrollen, som syftar till att förhindra att filmerna visas på alternativa DVD-spelare, t.ex. på datorer, skyddas också innehållet efter det att den initiala accessen har åstadkommit. Licensen ges inte till de tillverkare som producerar DVD-spelare vars tekniska funktioner omfattar möjligheter till kopiering av skivor och omformatering av DVD-formatet. En ytterligare begränsning av spelarnas användningsområde hänför sig till geografiska förhållanden. En DVD införskaffad i Europa kan

¹³ Kategoriseringen är inte uttömmande och det bör påpekas att flera nya skyddssystem utvecklas löpande av en mängd olika intressenter och rättighetshavare.

¹⁴ Nationalencyklopedin, 1993, elfte bandet.

inte spelas upp på en DVD-spelare ämnad för den amerikanska marknaden och vice versa.¹⁵

2.3.2 SCMS

SCMS (Serial Copy Management System) bygger på medvetna lagringsfel i form av kopieringsflaggor på ursprungskopian.¹⁶ Systemet syftar till att förhindra andragenerationskopiering, eller att en kopia tas på en kopia. Syftet uppnås genom att kopieringsflaggorna på t.ex. en CD respekteras av den utrustning som kan reproducera CD-skivan. SCMS har dock blivit överspelat när systemet inte har klarat de förändringar som informations-tekniken har medfört. Flertalet datorer som har producerats efter det att SCMS togs i bruk, vilket skedde under senare delen av förra seklet, svarar inte på signalerna från flaggorna och kopiering kan därför ske utan begränsningar.¹⁷

2.3.3 DRM/ECMS

DRM tidigare benämnt ECMS (Electronic Copyright Management System) utgör avancerade helhetslösningar med tekniska åtgärder i kombination med licensvillkor. De digitala rättighetssystemen syftar till att kontrollera åtkomst och kopiering av upphovsrättsliga verk i Internet, precis som de tekniska åtgärder som redogjorts för ovan, men de syftar dessutom till att tillförsäkra rättighetshavarna ersättning för deras upphovsrätter.¹⁸ I samband med att ersättning betalas till rättighetshavarna kan styrsystemet tilldela användaren en licens som gör att hon tillfälligt kan bryta access- eller kopieringsspärrarna.¹⁹

Den kanske mest kända affärsmodellen i Internet är företaget Apples, *iTunes Music Store*, med ca 1,25 miljoner sålda verk per dag.²⁰ Verken säljs via ett musikbibliotek och konsumenterna kan välja mellan att köpa både enstaka låtar och hela album. Tjänsten består av skivaffär, distributionssystem och ett upphovsrättsligt regelverk med relativt generösa spridningsregler.²¹

¹⁵ Världen delas in i sex regioner: 1) Nordamerika, 2) Europa, Mellanöstern, Japan och Sydafrika, 3) Ost- och Sydostasien, 4) Australien, 5) Indien, Eurasien och resten av Afrika, 6) Kina. Se Schollin, Kristoffer, *Virtuell upphovsrätt*, Juridisk Tidskrift, 2004/05, s. 69, not 20.

¹⁶ Westman 2002: 233, not 26.

¹⁷ Marks, Dean S. och Thurnbull, Bruce H., *Technical protection measures: The intersection of technology, law and commercial licenses*, EIPR, 2000, s. 201 f.

¹⁸ Koelman och Helberger, 1998: 50. Syftet med ”rena” tekniska åtgärder är självfallet också att tillförsäkra rättighetshavarna ersättning, men mer indirekt genom att säkerställa en vidare försäljning av andra exemplar efter det att det skyddade exemplaret har gått över till konsumenten.

¹⁹ Se <http://www.caslon.com.au/ipguide11.htm>.

²⁰ Se <http://news.techwhack.com/690/apple-itunes-250-million/>. Uppgiften är från januari 2005.

²¹ Schollin 2004/05: 72.

Idag existerar en mängd olika DRM, som kan hjälpa stater, företag och privatpersoner att kontrollera informationsflödet i Internet. Samlingsbegreppet för det mest kontroversiella systemet är *Imprimatur*. Ordet härstammar från den latinska frasen *imprima'tur* som betecknade censurens godkännande i romarriket.²² Vissa sakkunniga hyser farhågor att yttrandefriheten i Internet kan påverkas negativt om Imprimaturprojekten utvecklas.²³

²² Nationalencyklopedin, 1992, nionde bandet.

²³ Se Walker, John, *The Digital Imprimatur: How big brother and big media can put the Internet genie back in the bottle*, 2003. Internetversion: <http://www.fourmilab.ch/documents/digital-imprimatur>.
Jämför Stallman, Richard, *The Right to Read*, 1997. Internetversion: <http://www.gnu.org/philosophy/right-to-read.html>.

3 Den nya upphovsrätten

För att kunna utreda åtkomstkontrollens plats i det upphovsrättsliga regelkomplexet krävs först och främst en redogörelse för hur de nya bestämmelserna angående *exemplarframställning, privat bruk och tillgängliggörande för allmänheten* gestaltar sig i ett informationstekniskt perspektiv.

3.1 Exemplarframställning

Till upphovsmannens ensamrätter hör att framställa exemplar av konstnärliga verk, 2 § URL. Det har länge varit en given grundsats i den svenska upphovsrätten att upphovsrättsinnehavaren själv bestämmer hur många exemplar som skall produceras av ett visst verk. Tidigare har det emellertid varit oklart om tillfälliga kopior har omfattats av ensamrätten. Uppfattningen i propositionen till det förra lagförslaget var att när en kopia försvann på ett ögonblick, eller så fort datorn stängdes av, var kopian så osjälvständigt fixerad att den inte kunde anses vara en upphovsrättslig relevant exemplarframställning.²⁴ Utskottet var emellertid mer försiktiga och valde att inte uttala sig varken för eller emot de tillfälliga kopiornas upphovsrättsliga relevans.²⁵

Det uppstår tillfälliga kopior vid i stort sett varje överföring och uppspelning av digitalt material. När ett email skickas från en part till en annan uppstår en tillfällig kopia på nätverksdistributörens server. Likaså uppstår en tillfällig kopia på t.ex. bredbandsbolagets server i de fall olika fildelningsnätverk används för att skicka filer mellan olika användare av nätverket. Vidare ger en uppspelning av ett verk på en PC eller enkom ett informationssökande i Internet upphov till tillfälliga kopior.²⁶

Den svenska lagstiftaren valde att förtydliga rättsläget angående tillfälliga kopior, när infococ-direktivet införlivades i svensk rätt. I enlighet med art. 2, infococ-direktivet, stadgar 2 §, andra stycket, URL, att även tillfälliga kopior omfattas av rättighetsinnehavarens ensamrätt. Man kan fråga sig om de handlingar som räknas upp i ovanstående stycke faller inom rättighetshavarens ensamrätt. I propositionen utesluts först och främst att nätverks-leverantörerna skall kunna ställas till ansvar för olovlig exemplarframställning eller krävas på ersättning för framställningen.²⁷ Den tillfälliga lagring av information som sker på mellanhändernas servrar skall uttryckligen undantas också enligt p. 33, ingressen till infococ-direktivet, men endast under förutsättning att informationen ej modifieras av nätverksdistributören. En uppspelning av ett verk eller enbart en

²⁴ Prop. 2004/2005:110, s. 54.

²⁵ Loc. cit.

²⁶ Op. cit., s. 89.

²⁷ Op. cit., s. 95.

informationssökning på Internet skall ej heller leda till ansvar för användare så länge de är *lagliga*.²⁸ I propositionen definieras en laglig användning som ett brukande som har erhållit rättighetsinnehavarens samtycke eller som ett brukande som inte är otillåtet enligt lag. Det senare av dessa båda förhållanden kan t.ex. utgöras av användarens rätt till privat exemplarframställning i 12 § URL.

För att ett brukande skall vara att anse som otillåtet enligt lag krävs det vidare att den klandrade gärningen överhuvudtaget är *upphovsrättsligt relevant*. Upphovsrättsligt relevanta åtgärder består enligt förarbetena av exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten.²⁹ Att en person endast tittar eller lyssnar på ett verk i Internet utgör däremot inte en dylik åtgärd. Detta innebär att även olovliga förlagor kan tittas eller lyssnas på så länge användaren inte vidtar åtgärder för att spara en kopia av verket på sin egen dator. Slutsatsen angående de tillfälliga exemplaren är att undantagen är så omfattande att regleringen tappar mycket av sin verkan. Dessutom utgör resonemanget om *upphovsrättsligt relevanta åtgärder* i propositionen en tautologi: Ett brukande skall inte ses som en exemplarframställning om ett exemplar inte har framställts, tycks vara inställningen hos regeringen.³⁰ Vidare kan definitionen av *upphovsrättsligt relevanta åtgärder* ifrågasättas i sig.³¹

På en punkt är dock propositionen klar och tydlig: *Nedladdning* av material från Internet utgör en upphovsrättsligt relevant åtgärd och de tillfälliga kopior som har föregått nedladdningen omfattas av upphovsrättsinnehavarens ensamrätt till exemplarframställning.³² Skiljelinjen verkar alltså gå mellan att enbart se eller lyssna på ett verk, som är lagligt och att ladda ner verket som blir olagligt. Den tillfälliga kopia som uppstår i samband med nedladdning har uppenbarligen för stark koppling till nedladdningen i sig för att kunna ignoreras. För tydlighetens skull skall det tilläggas att om nedladdningen är lovlig, p.g.a. att rättighetsinnehavaren har lämnat sitt tillstånd eller p.g.a. en inskränkning i ensamrätten, (t.e.x. rätten till privat bruk), är också de tillfälliga kopiorna som föregår nedladdningen lovliga.

3.2 Privat bruk

Att upphovsrättsinnehavaren själv råder över hur många exemplar av ett verk som skall framställas kan te sig som en självklarhet, men vilka rättigheter har han/hon när ett exemplar har överlåtits? Som huvudregel övergår inte upphovsmannens rätt att framställa exemplar till den som förvärvar ett verk i t.ex. CD-format, men har förvärvaren någon som helst rätt att kopiera sitt exemplar?

²⁸ Prop. 2004/05:110, s. 95.

²⁹ Loc. cit.

³⁰ Loc. cit.

³¹ Se nedan, avd. 7.2.1.

³² Prop. 2004/05:110, s. 96.

Enligt den tidigare gällande upphovsrättslagen³³ föreskrevs var och en få framställa *enstaka* exemplar för *enskilt* bruk. Begreppet enstaka exemplar har behandlats i rättsfallet NJA II 1961 s. 116 och den övre gränsen för vad som ansågs omfattas av enstaka exemplar bestämdes till tio. Begreppet enskilt bruk avgränsades till en krets bestående av familjen, vännerna och mindre sammanslutningar.³⁴ Vidare skulle sammanslutningarna ha en privat karaktär och utgöras av ideella föreningar eller mer slutna klubbar där medlemskap inte var öppet för var och en. Dessutom tilläts viss exemplarframställning på arbetsplatsen under villkoret att kopiorna var ämnade åt verksamhetsinnehavaren eller kollegerna.³⁵

Enligt art. 5.2 b, infoc-direktivet, får en inskränkning i upphovsmannens ensamrätt företas av en fysisk person för *privat* bruk och begreppet har sedermera införlivats i 12 §, URL. Enligt förarbetena skall det privata bruket bestämmas något snävare än vad som gällde för enskilt bruk i den äldre lagstiftningen.³⁶ Framförallt märks skillnaden på arbetsplatsen där exemplarframställning å kollegornas vägnar inte längre tillåts. Privat bruk anses, liksom det äldre begreppet enskilt bruk, omfatta familjen och vänkretsen trots invändningar från film- och musikbranschens företrädare.³⁷

Enstaka exemplar i den förra versionen av upphovsrättslagen har ersatts av meningen *ett eller några få exemplar*. I propositionen till den nya lydelsen av 12 §, URL, fastslås det att den tidigare övre gränsen på tio exemplar är förlegad.³⁸ Sett till den nya lagens syfte, att anpassa upphovsrättsliga bestämmelser till det moderna samhället, bör istället rätten att kopiera för privat bruk begränsas. Hur många kopior som utgör den övre gränsen idag är svårt att fastställa, men jag skulle inte bli förvånad om de dömande instanserna kommer att sänka det tillåtna antalet exemplar markant.

3.3 Tillgängliggörande för allmänheten

Begreppet ”tillgängliggörande för allmänheten” i 2 §, URL, rymmer fyra olika kategorier; *visning, spridning, offentligt framförande och överföring till allmänheten*. Den sista av dessa kategorier är en nyhet som främst skall tillämpas i IT-sammanhang. Tidigare har t.ex. s.k. djuplänkning varit att anse som offentligt framförande, men idag används benämningen *överförande till allmänheten*.³⁹

³³ SFS 1960:729

³⁴ Prop. 2004/05:110, s. 101.

³⁵ Loc. cit.

³⁶ Op. cit., s. 108.

³⁷ Op. cit., s. 107. Svenska Antipiratbyrån, Sveriges Videodistributörers Förening och Sveriges Filmuthyrareförening motsatte sig att kopiering till såväl familjen som vänkretsen skulle vara tillåten medan Motion Picture Association ansåg att kopiering till den närmaste familjen var acceptabel.

³⁸ Op. cit., s. 111.

³⁹ Se NJA 2000 s. 292. I avgörandet ansågs s.k. djuplänkning till upphovsrättsligt skyddat material medföra ansvar för *offentligt framförande*. Högsta domstolen ansåg inte att man

Enligt 2 §, tredje stycket, p. 1, URL, överförs verket till allmänheten när det; ”på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket”. Inledningsvis kan det konstateras att trådbunden eller trådlös väg innefattar alla informationstekniska möjligheter som är tillgängliga idag och för all framtid. Satsen ”överföring till allmänheten” har dock gett upphov till vissa funderingar i förarbetena. I propositionen görs det gällande att frasen bör tolkas i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande vid den plats varifrån överföringen sker.⁴⁰ Ett uppenbart fall skulle således vara användningen av peer-to-peer.

Vissa gränsfall som när överföringen sker inom en och samma myndighet eller mellan olika lägenheter i samma byggnad har diskuterats i propositionen. I myndighets- eller organisationsfallet anser regeringen att det inte är fråga om en distansöverföring, men väl att fallet kan hamna inom tillämpningsområdet för offentligt framförande. Om det upphovsrättsligt skyddade materialet sänds mellan datorer i olika lägenheter anser regeringen emellertid att det är fråga om en överföring.⁴¹

Sveriges filmuthyrarförening och Sveriges Videodistributörers Förening har uttryckt viss oro för att s.k. hubbar kanske omfattas av stadgandet om överföring till allmänheten. Hubbarna är uppbyggda i mindre sammanslutningar om ett fåtal personer som i sin tur är kopplade till andra liknande sammanslutningar i ett cellsystem. De enskilda sammanslutningarna och i förlängningen hela systemet kan eventuellt vara att betrakta som slutna kretsar och därigenom undgår de att omfattas av begreppet allmänheten. Regeringen betonar dock att en helhetsbedömning får göras och man bör dessutom se bortom den tekniska konstruktion som har valts.⁴² Om domstolarna är lika pragmatiska som regeringen återstår att se.⁴³

kunde klassificera länkningen som ett *spridande* eller ett *visande*, utan att bryta mot legalitetsprincipen.

⁴⁰ Prop. 2004/05:110, s. 62.

⁴¹ Op. cit., s. 73.

⁴² Op. cit., s. 74.

⁴³ Hösten 2005 avgjordes ett uppmärksammat mål (2005-10-25, B 1333-05) mot en svensk fildelare hemmahörande i Västerås. Han hade lagt ut filmen Hip Hip Hora på en svensk server och dömdes enligt 46 §, URL, (äldre upplagan av URL) för att ha gjort filmen tillgänglig för allmänheten. Tingsrätten i Västmanland dömde honom till böter, vilket sågs som en seger av fildelningsförespråkare. Orsaken till fildelningsförespråkarnas positiva reaktion är att husrannsakingar, liknande den som låg till grund för åtalet mot Västeråsbon, inte får genomföras om straffvärdet inte uppgår till fängelse (jfr. 28 kap. 1 § i RB). Antipiratbyrån har emellertid utlovat att framtida åtal kan gälla olovligt spridande av fler än endast en film och att straffvärdet då kan höjas till fängelse. Ett snarlikt fall av fildelning prövades senare under året av Sollentuna Tingsrätt (Dom 2005-11-09, B 1380-05). Den s.k. ”Sollentunabon” dömdes liksom Västeråsbon till 80 dagsböter. En viktig invändning även vad gäller denna dom är att den äldre versionen av upphovsrättslagen var tillämplig på fildelningen som ägde rum under 2004. Än så länge har inga avgöranden baserats på den senaste upplagan av upphovsrättslagen som trädde i kraft den 1 juli 2005.

4 Infosoc-direktivet

De tidigaste regleringarna av tekniska åtgärder på ett internationellt plan infördes 1996 och återfinns i WCT (WIPO Copyright Treaty).⁴⁴ Utvecklingen i WIPO (World Intellectual Property Organisation) skyndade på utvecklingen i USA och 1998 antog kongressen section 1201 i DMCA (Digital Millennium Copyright Act), vilken ställde upp ett starkt skydd för tekniska åtgärder. Den internationella utvecklingen och ett ökat tryck från olika rättighetshavarorganisationer i Europa ledde fram till infosoc-direktivet som trädde i kraft 22 juni, 2001.

4.1 Inledande bestämmelser

Det var endast Grekland och Danmark som hade implementerat det nya direktivet om upphovsrätt i informationssamhället när sista datumet för implementering stod, den 22 december 2002. Orsaken till att flertalet EU-länder dröjde med införlivandet av direktivet var att det var mycket omdiskuterat och svårtolkat. Uppfattningen bland sakkunniga var att infosoc-direktivet skulle medföra ett mycket omfattande skydd av tekniska åtgärder och effekterna av detta ansågs inte kunna förutses med tillräcklig säkerhet.⁴⁵

Artikel 6.1 i direktivet stadgar att:

“Member states shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know that he or she is pursuing that objective.”

I den inledande artikeln introduceras vissa grundläggande begrepp och det ställs ett krav på att intrångsgöraren har ett uppsåt att kringgå åtgärden eller att han/hon åtminstone är att betrakta som oaktsam vid ett eventuellt kringgående. Artikeln besvarar dock inte vad en *effektiv* teknisk åtgärd är och man kan vidare fråga sig vad som gäller för skyddet av kopierings- och åtkomstkontroll. I art. 6.3 infosoc-direktivet stadgas vidare att:

“... ‘technological measures’ means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subject matter, which are not authorised by the rightholder of any ... Technological measures shall be deemed effective where the use of a protected work or other subject matter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation

⁴⁴ Braun 2003: 496.

⁴⁵ Westman 2002: 246, Koelman och Helberger 1998: 23 ff. och Dusollier: 296f.

of the work or other subject matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective.”

Inledningsvis skall begreppet en *effektiv* teknisk åtgärd diskuteras. Kraven för att en teknisk åtgärd skall kunna benämnas effektiv och erhålla lagens skydd är att användningen av ett verk kontrolleras av rättighetsinnehavaren med hjälp av kryptering eller annan teknik och att målet med åtgärden därigenom uppnås. Att syftet med den tekniska åtgärden måste uppnås för att den skall bedömas som effektiv har gett upphov till en del reflektioner i doktrinen. Om endast de åtgärder som bedöms effektiva skyddas och endast de åtgärder som uppnår sitt syfte bedöms som effektiva blir hela stadgandet om tekniska åtgärder i infosoc-direktivet överflödigt.⁴⁶ De åtgärder som inte kringgås är enligt ovanstående synsätt att beakta som effektiva och åtnjuter därmed skydd i infosoc-direktivet, medan de som kringgås inte är effektiva och inte åtnjuter skydd i direktivet. Eftersom ett av direktivets huvudsyften är att skydda tekniska åtgärder kan emellertid denna tolkning inte vara riktig.⁴⁷

Effektivitetskravet tycks istället innebära att den tekniska åtgärden måste uppfylla sin funktion till en viss nivå. Vidare kan man fråga sig om det räcker att intrångsmakaren endast uppfattar att en teknisk åtgärd kringgås eller om det krävs ett visst mått av ansträngning från dennes sida.⁴⁸ Till en början kan man konstatera att bevisbördan för att en åtgärd är effektiv, enligt normala bevisregler, vilar på rättighetshavaren, eller den som hävdar intrång. Det existerar inget i infosoc-direktivet som motsäger denna presumtion. Enligt Nora Braun måste rättighetshavaren styrka att intrångsgöraren har tvingats till en ansträngning utöver ett uppmärksammande av att en teknisk åtgärd har kringgåts.⁴⁹ Frågan är emellertid hur denna bedömning korrelerar med art. 6.1. Nämnade artikel stadgar att en intrångsmakare kan fällas enbart på den grund att han/hon borde ha förstått att ett kringgående var för handen, (omedveten culpa), men också om ett uppsåt kan styrkas. Bör bedömningen av culpa eller uppsåt ske helt fristående från bedömningen av den tekniska åtgärdens effektivitet? Förhoppningsvis blir frågeställningen lättare att förstå genom ett exempel:

Tillämpas fristående bedömningar på t.ex. ett kringgående av SCMS torde undersökningen få följande resultat: Vad gäller omedveten culpa får det göras en bedömning från fall till fall huruvida intrångsgöraren borde ha förstått att ett kringgående var för handen. Rör det sig om en van datoranvändare borde han/hon ha förstått att en kopiering av det skyddade exemplaret utgjorde ett intrång. Rör det sig däremot om en ovan datoranvändare, borde han/hon kanske inte ha förstått att kopieringen

⁴⁶ Braun 2003: 499.

⁴⁷ Se bl.a. ingressen till infosoc-direktivet, p. 47 och p. 48.

⁴⁸ Att fastställa regler för en helt objektiv bedömning torde ej vara önskvärt eftersom skyddssystemen är konstruerade på en mängd olika sätt och nya system hela tiden tillkommer. Vidare skulle de nya systemen inte passa in i regelkomplexet om kraven på effektivitet vore fastställda i detalj.

⁴⁹ Braun 2003: 499.

utgjorde ett intrång. Vidare kan man konstatera att så länge det går att bevisa ett uppsåt, är oaktsamhetsbedömningen irrelevant.

Förutom underökningen om oaktsamhet eller uppsåt, kan ett effektivitetstest genomföras. SCMS torde idag inte kunna betraktas som en effektiv teknisk åtgärd, eftersom den utrustning som inte korrelerar med systemet, (flertalet datorer tillverkade efter sekelskiftet), inte ens uppmärksammar kopieringsflaggorna under det att en kopia framställs. Enligt Braun är effektivitetskravet ställt till att intrångsgöraren har tvingats till en ansträngning utöver ett uppmärksammande av att en teknisk åtgärd har kringgått. I förlängningen kan man fråga sig om oaktsamhetsrekvisitet i art 6.1 spelar någon roll eller om det konsumeras av kravet på effektivitet: Om det krävs ett aktivt handlande av den som begår kringgåendet torde det likafullt krävas ett uppsåt hos densamme. Man kan också vända på syntesen och ponera att det är svårt att spåra ett uppsåt om den tekniska åtgärden inte har uppmärksamats av intrångsmakaren. Slutsatsen i denna del är att effektivitetsbedömningen och uppsåtsbedömningen bör ske sammantaget och inte oberoende av varandra.

4.2 Upphovsrättsliga verk

I art. 6.3, infosoc-direktivet regleras ytterligare en begränsning i skyddet för tekniska åtgärder; endast de åtgärder som skyddar upphovsrättsliga verk åtnjuter rättsligt skydd. Vad innebär detta för åtkomstkontroll och kopieringskontroll kan man vidare fråga sig.

Kommissionens tidigare förslag till skydd för tekniska åtgärder omfattade endast åtkomstkontroll- inte kopieringskontroll.⁵⁰ Samtidigt ansågs, tillika med dagens bestämmelser, endast åtgärder som syftade till att skydda upphovsrättsliga verk vara omfattade av förslaget. Eftersom själva åtkomsten till ett verk, eller tillgängliggörande av verket för allmänheten, inte var reglerad under någon upphovsrättslag i EU blev lagskyddet för tekniska åtgärder i det närmaste obefintlig enligt flertalet kritiker.⁵¹ Resonemanget utgick emellertid från en direktivförslaga som låg WCT reglering mycket nära. Artikel 11 i WCT reglerar tekniska åtgärder på ett mycket generellt sätt:

“adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.”

⁵⁰ Koelman, Kamiel J., *A hard nut to crack: The protection of technological measures*, E.I.P.R., 2000, s. 275.

⁵¹ Koelman 2000: 275. Jämför Koelman och Helberger 1998: 10 och Dussollier 1999: 290. För utförlig kritik mot utformningen av det tidigare förslaget se dessutom; Vinje, Thomas C., *Should we begin digging copyright's grave*, EIPR, 2000, s. 551 ff.

Enligt bestämmelsen skall det existera ett samband mellan den tekniska åtgärden och de rättigheter en upphovsrättsinnehavare har enligt fördraget i övrigt. Förmodligen är detta den främsta orsaken till inställningen att de tekniska åtgärderna skulle vara i samstämmighet med övrig lagstiftning. Kritikerna är inte vidare tydliga i sina resonemang. Jane Ginsburg hävdar t.ex. att WCT inte ger ett lagligt skydd för åtkomstkontroll eftersom det inte nämns uttryckligen i andra bestämmelser i WCT.⁵² Kopieringskontroll nämns inte heller direkt och att så enkelt, utan vidare motivering, avfärda skydd för åtkomstkontroll i denna del ter sig oöverlagt. Art. 11, WCT avslutas dessutom på ett öppet sätt eftersom de tekniska åtgärderna skall kunna förhindra handlingar som inte är tillåtna av rättighetshavarna. I detta hänseende kan åtkomstkontroll erhålla skydd.

Dagens reglering i art. 6.3, infosoc-direktivet ger inte något som helst stöd för den uppfattning som tidigare rådde. Istället framgår det klart och tydligt att skyddet omfattar *vilka upphovsrättsliga verk som helst*.

4.3 Kopieringskontroll

I anslutning till ovanstående resonemang kan man fråga sig om infosoc-direktivet skyddar ett totalt hinder för exemplarframställning eller endast i den omfattning lagen sträcker sitt skydd. Det är med andra ord en viss skillnad mellan att skydda ett upphovsrättsligt verk och att skydda en upphovsrätt enligt respektive unionsstats lagstiftning. Det senare skyddet ger en användare rättigheten att framställa ett eller några få exemplar för privat bruk, åtminstone i Sverige.⁵³ Om direktivet endast stadgar att tekniska åtgärder skall skydda upphovsrättsliga verk, finns det inget som talar för att vissa undantag kan tillåtas. Direktivtexten stadgar, som bekant, att skydd skall ges tekniska åtgärder som förhindrar eller begränsar handlingar som inte är tillåtna av upphovsrättsinnehavaren till vilken upphovsrätt som helst. Att upphovsrättsinnehavaren ges rätt att helt förhindra handlingar kopplade till en upphovsrätt måste tolkas som att kontrollen får utövas obegränsat i denna del.

Kopieringskontroll åtnjuter följaktligen obegränsat lagskydd, sett endast till ovanstående resonemang. Dock inskränks skyddet i och med de undantag som ställs upp i art.6.4, infosoc-direktivet, där bl.a. rätten för användaren att företa ett begränsat antal kopior regleras.

⁵² Ginsburg, Jane C., *From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Group, Paper number 8, 2000, s. 4, not 7.

⁵³ Se ovan, avd. 3.2.

4.4 Åtkomstkontroll

Givet sambandet mellan åtkomst- och kopieringskontroll torde även åtkomstkontroll kunna skyddas eftersom det i sin tur möjliggör skyddet gentemot olovlig exemplarframställning. Det som talar emot detta alternativ är att art. 6.3, infosoc-direktivet, inte stadgar att den tekniska åtgärden skall skydda en upphovsrätt indirekt, eller i samband med en teknisk åtgärd som direkt skyddar en upphovsrätt. Problemet med denna lösning är således att den brister i legitimitet.

Det mest sannolika alternativet är istället det som poneras gällande kopieringskontroll. Rättighetsinnehavarens möjligheter att kontrollera åtkomst begränsas till de fall en upphovsrätt skyddas. I art. 6.3, infosoc-direktivet, stadgas det uttryckligen att åtkomstkontroll är ett av de syften som tekniska åtgärder kan försvara.

I förlängningen bör frågan ställas om både initial åtkomstkontroll och kontroll efter initial access skyddas. Svaret på den frågan torde vara enkelt; alla typer av åtkomstkontroll skyddas. Direktivtexten reglerar åtkomstkontroll och undantar varken initial åtkomstkontroll eller åtkomstkontroll efter initial access. I de fall en åtkomstkontroll skyddar både upphovsrättsliga verk och helt andra åtgärder, t.ex. indelningen av marknaden i olika regioner, är det emellertid svårare att se huruvida åtkomstkontrollen kan erbjuda rättsligt skydd enligt infosoc-direktivet.⁵⁴ Det finns ingen bestämmelse som riktar sig mot just detta scenario. Det finns tre möjliga handlingsalternativ: Den tekniska åtgärden kan skyddas helt, delvis eller inte alls.

Att välja det första alternativet och skydda den tekniska åtgärden helt vore att gå utanför direktivtexten som talar om skydd för upphovsrättsliga verk och inte nämner regionkoder eller några andra syften som skyddsvärda. Regionkoder gagnar till viss del skyddet av upphovsrättsliga verk genom att exemplar som sprids från t.ex. Europa inte kan visas på en DVD-spelare i USA och vice versa, men detta är endast en bieffekt.

Att skydda en teknisk åtgärd med dubbla syften endast partiellt torde vara den bästa lösningen, sett ur ett principiellt perspektiv. Den del av åtgärden som skyddar det upphovsrättsliga verket skulle enligt detta förslag erbjuda det legala stödet medan regionkoder inte skulle åtnjuta något skydd. Problemet med denna lösning är att den inte är förankrad i den informationsteknologiska verkligheten. En teknisk åtgärd hackas antingen i sin helhet eller inte alls; några partiella kringgåenden existerar inte.

Att överhuvudtaget inte skydda en teknisk åtgärd som besitter funktioner utöver kontrollen av upphovsrättsliga verk är den bäst lämpade lösningen sett ur ett praktiskt och legalt perspektiv. Att skydda tekniska åtgärder utan

⁵⁴ Jämför ovan, avd. 2.3.1.1.

restriktioner kan också synas praktiskt men det överensstämmer inte med infoc-direktivets lydelse och att partiellt skydda tekniska åtgärder är som bekant inte praktiskt möjligt. Utav tre dåliga val är således det som inte ger något skydd för tekniska åtgärder med regionkoder, det som följer direktivtexten närmast. Ovanstående tolkning av direktivtexten torde innebära att det världsomfattande CSS, som skyddar åtkomsten till DVD-skivor på datorer, men dessutom delar in marknaden i olika geografiska områden, inte åtnjuter skydd. Rättighetsinnehavare som vill att deras tekniska åtgärder skall skyddas av infoc-direktivets bestämmelser har dock möjligheten att konstruera sina tekniska åtgärder efter de förutsättningar som ges. För CSS innebär detta att skyddssystemet kan tillåtas i framtiden om funktionen, som delar in marknaden för DVD-skivor och DVD-spelare i olika regioner, tas bort.

4.5 Förberedande aktiviteter

Ovanstående resonemang är enligt Westman viktigt endast ur ett principiellt perspektiv. Han hävdar nämligen att skyddet för tekniska åtgärder blir i det närmaste obegränsat vad gäller förberedande aktiviteter.⁵⁵ Medlemsstaterna skall bistå med adekvat lagskydd mot bl.a. tillverkningen, importen, distributionen, försäljningen, uthyrningen och innehavet för kommersiella ändamål av effektiva tekniska åtgärder, enligt art. 6.2, infoc-direktivet. I flertalet fall torde ett kringgående av en teknisk åtgärd föregås av någon av dessa handlingar. Endast när utrustningen, som kan nyttjas för att kringgå tekniska åtgärder, besitter huvudsakligen andra och lagliga funktioner, eller när utrustningen enkom innehas för privat bruk, undgår den att omfattas av punkterna a-c i art. 6.2. För att ett kringgående skall vara olagligt krävs det att ett *upphovsrättsligt verk* hotas, men detta krav återfinns inte i art. 6.2. Resultatet blir, enligt Westman, att tekniska åtgärder som skyddar t.ex. regionkoder till syvende och sist erhåller lagstöd.

Kravet på att den tekniska åtgärden endast får skydda upphovsrättsliga verk skulle emellertid kunna läsas in även angående de förberedande handlingarna. I art. 6.3 definieras nämligen tekniska åtgärder för hela direktivet, som en företeelse vars skydd i lag endast omfattar de fall åtgärderna skyddar upphovsrättsliga verk. I art. 6.2. är det *tekniska åtgärder* som är skyddsobjektet och således torde rekvisitet att tekniska åtgärder endast erhåller lagskydd i den del de skyddar upphovsrättsliga verk gälla även för de förberedande handlingarna. Detta innebär att andra åtgärder än de som syftar till att endast skydda upphovsrättsliga verk inte kan skyddas enligt bestämmelserna om förberedande handlingar. T.ex. CSS, som delar in marknaden i olika regioner, kan inte erhålla skydd enligt bestämmelserna om förberedande handlingar.

⁵⁵ Westman 2002: 242.

4.6 DRM

Medlemsstaterna har förbundit sig att skydda ”any effective technological measures”, enligt art 6.1 infosoc-direktivet. Eftersom vilken teknisk åtgärd som helst skyddas under förutsättning att den är effektiv torde detsamma gälla för DRM. Även för DRM gäller kravet på att ett upphovsrättsligt verk utgör skyddsföremål. Flertalet DRM begränsar just användningen av upphovsrättsliga verk i kombination med att de säkerställer rättighetsinnehavaren viss ersättning för nyttjandet. Ersättningsdelen är så intimt förknippad med nyttjandet av verket att den inte kan undgå skydd p.g.a. bristande upphovsrättslig koppling. Det föreligger emellertid en väsentlig skillnad mellan tekniska åtgärder i allmänhet och DRM i synnerhet. För DRM existerar det inga direkta undantag. Detta framgår i art. 6.4, fjärde stycket, infosoc-direktivet:

“Provisions in the first and second subparagraphs shall not apply to works or other subject-matter made available to the public on agreed contractual terms in such way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.”

Systemen, som till viss del kan liknas vid kontraktbildningar omfattas onekligen av direktivtexten ovan. Att inte låta övrig upphovsrätt inskränka på verkningarna av DRM förefaller rimligt när man beaktar att det rör sig om en typ av avtal. P.g.a. avtalsfriheten torde även inskränkningar som rör annat än upphovsrätt respekteras. Att det sedan är ovisst om rättighetsinnehavaren kan åberopa skyddsreglerna i upphovsrättslagens 6 a kapitel eller endast avtalsrättsliga regler vid ett eventuellt kringgående är en annan fråga.⁵⁶

4.7 Undantagen i art. 6.4, infosoc-direktivet

Lagskyddet för tekniska åtgärder har vissa undantag som regleras i art. 6.4, infosoc-direktivet. Undantagen är utformade, i första hand, som en förpliktelse för rättighetsinnehavaren att utforma möjligheter för användaren att gå runt de tekniska åtgärderna. Om rättighetsinnehavaren inte ställer upp de undantag som är ”nödvändiga” skall medlemsstaterna fastslå dessa i respektive lagstiftning.

Undantagen som ställs upp i art. 6.4 kan delas in i ett *öppenhetsperspektiv* och ett perspektiv som tillvaratar ett begränsat *kopierande för privat bruk*.⁵⁷ De undantag som regleras enligt öppenhetsperspektivet är tvingande. Medlemsstaterna *skall* ställa upp undantag i skyddet för tekniska åtgärder för reproducering av verk i bl.a. museiverksamheter, i bibliotek, för vetenskapliga syften, för utbildningssyften och i hänsyn till landets

⁵⁶ Resonemanget utvecklas nedan, avd. 5.6.

⁵⁷ Se Braun 2003: 500. Hon delar in undantagen i ”private copying-” och ”public policy exceptions”.

säkerhet.⁵⁸ Vidare *får* medlemsstaterna undanta nämnda kategorier från rättighetsinnehavarens ensamrätt.⁵⁹ Direktivets verkningar kan således bli att inskränkningarna i rättighetshavarnas ensamrätt blir mer omfattande för tekniska åtgärder än vad som gäller för den händelsen verken inte är skyddade av tekniska åtgärder. Denna eventuella inkonsekvens i ett medlemslands lagstiftning behöver inte utgöra något större lagtekniskt problem eftersom behovet av att inskränka verkningarna av tekniska åtgärder kan vara större än i de fall tekniska åtgärder inte har applicerats. Om de tekniska åtgärderna kringgås i t.ex. utbildningssyfte återstår ändå ett eventuellt högre skydd vilket kan förhindra mångfaldigande av verket.

Användarens rätt till ett begränsat kopierande för privat bruk, *får* undantas från skyddet för tekniska åtgärder.⁶⁰ Denna enskilda rättighet anses uppenbarligen inte lika viktig som öppenhetsspektivet som skyddar mer allmänna intressen. Samtidigt lämnas det till medlemsstaterna att bestämma huruvida användarens privata bruk skall ges utrymme i lagen.⁶¹ Infosoc-direktivet öppnar således upp för den möjligheten att ett land inte undantar användarens rätt att kopiera för privat bruk från kringgåendeskyddet för tekniska åtgärder, men väl att exemplarframställningen godtas som en inskränkning i rättighetshavarens ensamrätt. I det fallet lägger sig den tekniska åtgärden som ett ”skal” kring användarens rätt enligt övrig upphovsrättslig lagstiftning.

Vidare kan det konstateras att undantagen inte är tillämpliga på art 6.2 infosoc-direktivet, som ställer upp lagskyddet för förberedande handlingar. Hänvisningen i direktivtexten görs uttryckligen till art. 6.1, som endast reglerar själva kringgåendet av tekniska åtgärder. Kopierandet för privat bruk och öppenhetsspektivet ges kanske inte den frizon som art. 6.4 vid ett första påseende ger vid handen eftersom i princip alla kringgåenden föregås av de förberedande handlingar som regleras i art. 6.2.

För tydlighetens skull skall det påpekas att undantagen inte kan åberopas i de fall rättighetsinnehavaren och användaren har kommit fram till en viss användning av verket på kontraktsrättslig väg.⁶² Detta innebär att skyddet för DRM kvarstår trots undantagen i art 6.4.

⁵⁸ Art. 6.4, första stycket, infosoc-direktivet. Se vidare art. 5(2)(a), (2)(c), (2)(d), (2)(e), (3)(a), (3)(b) och (3)(e); för alla reglerade undantag.

⁵⁹ Art. 5.2, infosoc-direktivet.

⁶⁰ Art. 6.4, fjärde stycket, infosoc-direktivet.

⁶¹ Se art. 5.2, infosoc-direktivet. Medlemsstaterna *får* besluta om undantag eller begränsningar i rättighetshavarens förfoganderätt.

⁶² Se art. 6.4, 4 st., infosoc-direktivet. Jämför dessutom p. 53, ingressen till infosoc-direktivet.

5 Sveriges reglering av tekniska åtgärder

Sverige implementerade infosoc-direktivet den första juli 2005 - drygt två och ett halvt år efter det att det skulle ha införts i det svenska regelkomplexet. Dock är Sverige på intet sätt ensamt bland EU-länderna om att dröja med implementeringen av direktivet, som av de flesta lagstiftare i Gemenskapen har uppfattats som mycket svårtolkat.⁶³

5.1 Inledande bestämmelser

I den svenska lagstiftningen talas det inte om ett effektivitetskrav –istället definieras tekniska åtgärder i § 52 b, andra stycket, URL som:

”Varje verkningsfull teknik, anordning, eller komponent som har utformats för att vid normalt bruk hindra eller begränsa exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten av ett upphovsrättsligt skyddat verk utan samtycke från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare.”

Effektivitetsrekvisitet har således ersatts av ett krav på *verkningsfullhet*. I promemorian utreds emellertid effektivitetskravet - inte kravet på verkningsfullhet.⁶⁴ Inledningsvis fastställs det att direktivtextens reglering är att anse som en tautologi. En åtgärd skall anses effektiv om den uppfyller skyddsändamålet. Eftersom skyddet för tekniska åtgärder inte fyller någon funktion om kravet ställs så högt måste denna tolkning förkastas. Istället konstateras det i promemorian att en skyddsåtgärd inte får vara alltför enkelt utformad utan måste fylla en praktisk funktion.⁶⁵ Vidare fastställs det att den exakta gränsen för en *effektiv* åtgärd bör meddelas av EG-domstolen. Så här långt skiljer sig inte promemorians förslag från infosoc-direktivets betydelse, men eftersom direktivtexten är så oklar i denna del rekommenderar Justitiedepartementet att effektivitetskravet slopas och att lagtexten endast talar om *tekniska åtgärder*.

I propositionen följer regeringen riktningen som dras upp av justitiedepartementet och effektivitetskravet anses kunna slopas.⁶⁶ Det förmodade syftet med effektivitetskravet, nämligen att den tekniska åtgärden måste vara något så när slagkraftig, har dock behållits i det slutgiltiga lagförslaget som förutsätter en verkningsfull teknisk åtgärd för att skydd skall kunna erhållas. I propositionen tas inte frågan upp i någon vidare bemärkelse. Istället fokuserar regeringen på rekvisitet om de tekniska åtgärdernas skyddsföremål får utgöras endast av upphovsrättsliga verk.

⁶³ Braun 2003: 498.

⁶⁴ Ds 2003:35, s. 332.

⁶⁵ Loc. cit.

⁶⁶ Prop. 2004/05:110, s. 290 f.

Ovan konstaterades att infosoc-direktivet skyddar tekniska åtgärder enbart i den utsträckning en teknisk åtgärd skyddar ett upphovsrättsligt verk. Relevant lagrum i denna del är 52 d §, URL, vilket stadgar:

”Det är förbjudet att utan samtycke från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare kringgå en digital eller analog spärr som hindrar eller begränsar framställning av exemplar av ett upphovsrättsligt skyddat verk, kringgå en teknisk skyddsprocess, exempelvis en kryptering, som hindrar eller begränsar tillgängliggörande för allmänheten av ett upphovsrättsligt skyddat verk eller kringgå en annan teknisk åtgärd som hindrar eller begränsar sådant tillgängliggörande.

Första stycket gäller inte när någon som lovligen har tillgång till ett exemplar av ett upphovsrättsligt skyddat verk, kringgår en teknisk åtgärd för att kunna se eller lyssna på verket.”

Efter en ytlig genomläsning av bestämmelsen tycks den överrensstämman någorlunda väl med stadgandet i infosoc-direktivet. Dock nämns varken kopierings- eller åtkomstkontroll i det svenska lagrummet och vad innebär egentligen det andra stycket?

5.2 Kopieringskontroll

Begreppet kopieringskontroll omfattas av formuleringen, *framställning av exemplar*, 52 d §, URL, men det nämns inte uttryckligen i lagtexten. Inte heller diskuteras kopieringskontroll närmare i promemorian eller propositionen.

I propositionen talas det om att endast de tekniska åtgärder som hindrar eller begränsar *upphovsrättsligt relevanta handlingar* bör åtnjuta skydd i lagen.⁶⁷ Med upphovsrättsligt relevanta handlingar åsyftas exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten.⁶⁸ Lagtexten ställer således upp ett helomfattande skydd för kopieringskontroll: Det är enligt 52 d §, URL, otillåtet att kringgå en spärr som *hindrar* eller begränsar *framställningen av exemplar* av ett upphovsrättsligt skyddat verk. Åtgärder som till fullo hindrar exemplarframställning av ett upphovsrättsligt verk erhåller således skydd trots att användaren har rätt att kopiera för privat bruk enligt 12 § URL. För att kunna avgöra om skyddet för tekniska åtgärder och rätten att framställa exemplar för privat bruk är kontradiktoriska krävs det emellertid att undantagen i kap. 6 a analyseras. Nämnda redogörelse företas i bilaga A

⁶⁷ Prop. 2004/05:110, s. 293.

⁶⁸ Loc. cit.

5.3 Åtkomstkontroll

Det har tidigare konstaterats att åtkomstkontroll kan delas in i två huvudkategorier; initial åtkomstkontroll och åtkomstkontroll efter initial access.⁶⁹ Den första kategorin är främst att hänföra till åtkomst av verk i Internet. T.ex. träffas verkens tillgängliggörande i fildelningsnätverk av definitionen. Den andra kategorin är att relatera till främst fysiska exemplar, t.ex. CD- eller DVD-skivor, och i vilken utsträckning användaren skall kunna tillgodogöra sig verket efter att exemplaret har införskaffats.

Inledningsvis skall det konstateras att initial åtkomstkontroll skyddas med stöd av 52 d §, första stycket, URL: Användaren får inte kringgå en teknisk skyddsprocess som hindrar tillgängliggörande för allmänheten av ett upphovsrättsligt skyddat verk eller kringgå en skyddsprocess som hindrar eller begränsar exemplarframställning. Som bekant benämns dessa båda alternativa rekvisit; upphovsrättsligt relevanta handlingar. Med andra ord får inte det åtkomstskydd som är anslutet till upphovsrättsliga verk, i Internetmiljö, kringgå. Om det kringgås gör sig användaren skyldig till både exemplarframställning och tillgängliggörande till allmänheten.⁷⁰ Exemplarframställningen äger rum redan vid själva åtkomsten när en tillfällig kopia skapas och tillgängliggörandet sker eventuellt i ett senare skede i form av överföring till allmänheten.⁷¹ Så långt överrensstämmer den svenska lagtexten med infococ-direktivet.

I 52 d § andra stycket URL undantas uttryckligen åtkomstkontroll efter initial access. De tekniska åtgärderna får enligt detta stycke kringgåas om användaren har *lovlig* tillgång till exemplaret och kringgåendet är nödvändigt för att hon skall kunna se eller lyssna på verket.⁷² Det finns inget i infococ-direktivet som ger belägg för denna tolkning. Både initial åtkomstkontroll och åtkomstkontroll efter initial access omfattas av direktivet. Orsakerna till att regeringen har valt den väg som ställer upp ett snävare lagskydd för tekniska åtgärder än vad som stadgas i infococ-direktivet är sannolikt många, men i förarbetena är det främst farhågorna om att tekniska åtgärder skall skydda annat än upphovsrättsligt relevanta förfoganden som lyfts fram. Åtkomstkontroll behandlas ur en snäv synvinkel, med fokus på regionkoder, i både promemorian och propositionen.⁷³

⁶⁹ Jämför ovan, avd. 2.1.

⁷⁰ Prop. 2004/05:110, s. 293.

⁷¹ Jämför med diskussionen ovan, avd. 3.1 och 3.3.

⁷² Om användaren har fått tillgång till ett verk på olovlig väg, t.ex. genom piratkopiering eller olovlig spridning, gäller således inte undantaget i 52 d § andra stycket och förfogandet kan drabbas av huvudregeln i första stycket. Ett olovligt förfogande träffas dessutom av upphovsrättslagens övriga förbudsregler. Uttrycket *lovlig* är vidare att hänföra endast till upphovsrättsliga förhållanden –inte straffrättsliga. (Undantaget tillämpas när tillgången är lovlig –inte laglig). En stulen kopia omfattas av undantaget och således kan en snabbare, liksom vilken konsument som helst, kringgå en åtkomstspärr utan att förfarandet träffas av 52 d § första stycket, URL.

⁷³ Ds 2003:35, s. 331 f. och s. 341. Jämför prop. 2004/05:110, s. 303.

Till viss del har regeringen fog för sin oro. Åtkomstkontroll efter initial access handlar till stor del om kontroll över andra betingelser än rent upphovsrättsliga. Varför hindra en access till ett verk *efter* att en konsument har införskaffat det om skälet är att skydda verket? En åtgärd som t.ex. delar in marknaden i olika regioner, skyddas som bekant vare sig av upphovsrättslagen eller infoc-direktivet och i denna del blir resultatet detsamma oberoende av de principiella skillnaderna i skyddet för åtkomstkontroll.

Det finns dock fall där åtkomstkontroll efter initial access skyddar det upphovsrättsliga verket utan att samtidigt skydda en åtgärd som *inte* är upphovsrättsligt relevant. CD-skivor kan ibland endast spelas på CD-spelare och inte på en dator eller på en MP3-spelare och i förlängningen kan en olovlig kopiering eller ett olovligt spridande av CD-skivan förhindras genom denna åtkomstkontroll. Det är främst i dessa fall resultatet av den svenska lagstiftningen skiljer sig från Gemenskapens -. Infosoc-direktivet skyddar tveklöst den ovan nämnda kontrollen eftersom all åtkomstkontroll som skyddar ett upphovsrättsligt verk omfattas av direktivet. Den svenska lagstiftningen bistår dock inte med skydd mot ett kringgående. CD-skivan är lovligt överkommen och det ger användaren rätt att kringgå åtgärden enligt 52 d § andra stycket URL.

Att endast se eller lyssna på ett verk utgör inte ett upphovsrättsligt relevant förfogande enligt regeringen.⁷⁴ Samtidigt har lagstiftaren insett att en uppspelning i en dator automatiskt innebär att en kopia framställs. Borde inte detta leda till att åtkomstkontrollerande åtgärder på CD-skivor skulle erhålla lagskydd? Exemplarframställning är som bekant en upphovsrättsligt relevant åtgärd. I propositionen konstateras det att CD-skivor med kopieringsspärningar och åtkomstskydd skall kunna kringgåas utan rättsverkningar eftersom rättsinnehavarna annars skulle erhålla ett ”*mycket långtgående skydd*” som i ”*vissa delar skulle sakna koppling till upphovsrätten*”.⁷⁵ Resonemanget utvecklas ytterligare nedan, avd. 7.2.

5.4 Åtkomst- och kopieringskontroll

I de svenska förarbetena uppmärksammas ej sambandet mellan åtkomstkontroll och kopieringskontroll. Anknytningen går kortfattat ut på att när åtkomst väl har åstadkommit i en öppen datormiljö blir kopieringskontrollen verkningslös. Skyddet för tekniska åtgärder inskränks således på ett avgörande plan i den svenska lagstiftningen. Eftersom åtkomstkontroll efter initial access inte skyddas kan verken på CD- eller DVD-skivor lagligen spelas upp på en dator. I dagsläget finns det inga kopieringsskydd som klarar av en ”öppen” datormiljö och kopiering kan därefter ske obegränsat. Redan i och med den första uppspelningen uppkommer, som bekant, ett tillfälligt exemplar.

⁷⁴ Jämför diskussionen ovan, avd. 3.1.

⁷⁵ Prop. 2004/05:110, s. 303.

De kopieringsspärar som kringgås enbart genom att objektet, t.ex. CD-skivan, spelas upp på en dator erhåller förmodligen inget skydd eftersom de inte kan anses uppfylla kravet på effektivitet eller verkningsfullhet.⁷⁶ De kopieringsspärar som kräver en arbetsinsats en bit utöver att stoppa in CD-skivan i matningsenheten, är visserligen olagliga att kringgå, men när skivan väl har spelats upp på en dator är hackandet betydligt svårare att förhindra.

Eventuellt kan ett samband göra sig gällande även åt andra hållet. Kopieringskontrollen kan påverka åtkomstkontrollen. I ett remissvar har Stockholms universitet uppmärksammat lagstiftaren på att det vid åtkomsten till ett verk på en dator uppkommer en tillfällig kopia.⁷⁷ Eftersom en sådan kopia omfattas av upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning, och denna rätt innebär att allt kopierande kan stoppas, kan åtkomst efter initial access erhålla lagstöd indirekt, genom att kopieringskontroll skyddas. Den här tolkningen kommer, som jag tidigare visat, i tydlig konflikt med 52 d §, andra stycket. I nämnda lagrum regleras det uttryckligen att det första stycket, som stadgar om upphovsmannens rätt att hindra exemplarframställning, inte äger tillämpning om någon äger lovlig tillgång till ett verk och vill se eller lyssna på verket. Misstaget att endast ge åtkomstkontroll begränsat skydd kan inte räddas genom den pragmatiska lagtolkning som Stockholms universitet öppnar upp för genom sitt remissvar. Lydelsen av 52 d §, andra stycket, URL, är alldeles för klar och tydlig för att den pragmatiska tolkningen, varigenom åtkomstkontroll erhåller skydd p.g.a. dess skydd mot exemplarframställning, skall kunna ge något gensvar i en svensk domstol.

5.5 Förberedande aktiviteter

Förberedande aktiviteter regleras i 52 e §, URL:

”Det är förbjudet att tillverka, importera, överföra, sprida genom att exempelvis sälja eller hyra ut, eller i förvärvssyfte inneha anordningar, produkter eller komponenter eller att tillhandaha tjänster som

- 1. marknadsförs eller utannonseras i syfte att kringgå en teknisk åtgärd,*
- 2. utöver att kringgå en teknisk åtgärd endast har ett begränsat intresse från förvärvssynpunkt eller ett begränsat förvärvsmässigt användningsområde, eller*
- 3. huvudsakligen är utformade, konstruerade, anpassade eller framtagna i syfte att möjliggöra eller underlätta kringgående av en teknisk åtgärd.”*

⁷⁶ SCMS är ett exempel på en underhållig kopieringsspär.

⁷⁷ Prop. 2004/05: 110, s. 293.

Paragrafen är på pricken lik art. 6.2, infoc-direktivet, förutom att effektivitetskravet, som bekant, har tagits ur den svenska definitionen av tekniska åtgärder. En förberedande aktivitet föregår således ett kringgående i nästintill samtliga fall. Endast när utrustningen, vilken förutsättes kunna brukas i kringgåendet av tekniska åtgärder, besitter huvudsakligen lagliga funktioner, eller när utrustningen enkom innehas för privat bruk, undgår den att omfattas av 52 e §, URL.

Man kan fråga sig om det är olagligt att förbereda ett kringgående av en teknisk åtgärd i de fall åtgärden skyddar annat än upphovsrättsliga verk. Först och främst skall det klargöras att det inte existerar en uttrycklig upphovsrättslig begränsning i 52 e §. Rimligtvis bör dock tolkningen av det svenska rättsläget kunna företas på samma sätt som tolkningen av infoc-direktivet. I direktivet läses art. 6.2 i ljuset av art. 6.3. I sistnämnda artikel definieras tekniska åtgärder som en företeelse som syftar till att skydda upphovsrättsliga verk. *Tekniska åtgärder* har således denna innebörd även i art. 6.2.⁷⁸ I URL definieras tekniska åtgärder i 52 b §, andra stycket, som en åtgärd som hindrar eller begränsar exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten av ett *upphovsrättsligt skyddat verk*. 52 e §, URL, skall läsas i kombination med 52 b § och konsekvensen för förberedelseskyddet blir densamma för den svenska- såväl som den Gemensamma lagstiftningen: Förberelse till kringgående av en teknisk åtgärd sanktioneras endast av lagstiftaren i de fall ett upphovsrättsligt skyddat verk är objektet.

I promemorian tas frågan upp om DVD-spelare som inte stöder regionkoder skall vara att anse som ett hjälpmedel för att kringgå tekniska åtgärder.⁷⁹ Enligt min uppfattning är denna fråga inte särskilt relevant eftersom svaret har fastställts redan i.o.m. att en teknisk åtgärd som besitter regionkodning inte erhåller något lagskydd. Slutsatsen gäller dessutom för förberedande aktiviteter. Om dessa konklusioner *inte* är riktiga kan emellertid resonemanget i promemorian vara av visst intresse. I lagtexten stadgas det att det är förbjudet att tillverka eller inneha produkter som marknadsförs eller utannonseras i syfte att kringgå en teknisk åtgärd om produkten, utöver att kringgå en teknisk åtgärd endast har ett begränsat användningsområde eller, huvudsakligen är konstruerad i syfte att möjliggöra ett kringgående av en teknisk åtgärd. Enligt promemorian omfattar lagtexten överhuvudtaget inte en regionfri DVD-spelare.⁸⁰ Huvudsyftet med en sådan spelare är inte att kringgå en teknisk åtgärd utan att möjliggöra apparatens normala funktion –att spela upp DVD-skivor.

I anslutning till ovanstående resonemang har frågan ställts huruvida hemelektronikbranschen är skyldig att tillverka produkter som stödjer tekniska åtgärder.⁸¹ Frågan behandlas i ingressen till infoc-direktivet, punkt 48 och där stadgas att ingen vidare anpassningsskyldighet föreligger

⁷⁸ Se ovan, avd. 4.5.

⁷⁹ Ds 2003:35, s. 346 f.

⁸⁰ Op. cit., s. 347.

⁸¹ Ds 2003:35, s. 347.

så länge inte art. 6 blir tillämplig. Det som blir avgörande i denna fråga är hur gränsen kommer dras mellan hjälpmedel och icke-hjälpmedel. Att idag existerande hemelektronik, såsom datorer och MP3-spelare, inte betraktas som hjälpmedel till kringgåendet av tekniska åtgärder förefaller självklart, men hur kommer bedömningen att göras för framtida innovationer? Kanske ser man under kommande tid en förändrad inställning till ny teknologi. Om upphovsrätten sätts i fokus kanske det *huvudsakliga syftet* med en uppfinning omvärderas och görs utifrån det nya upphovsrättsliga blickfånget. Framtida uppfinningar kan således hotas av förbudet mot fabrikationen av hjälpmedel till kringgåendet av tekniska åtgärder. Den risken förefaller emellertid inte överhängande idag och det är onödigt att fördjupa sändet utan att några prejudikat på området ännu har presenterats.

5.6 DRM

Liksom i infosoc-direktivet omnämns inte DRM uttryckligen i de stadganden som upprätthåller skyddet för tekniska åtgärder i Sverige. Istället omfattas DRM av de bestämmelser i kapitel 6 a, URL, som ställer upp det generella skyddet för tekniska åtgärder. Man kan av den orsaken lätt tro att endast upphovsrättsligt relevanta åtgärder, eller upphovsrättsligt relevanta DRM, skyddas enligt lagen. Så är emellertid inte fallet. När ett verk ”*tillhandahålls på begäran, enligt avtalsvillkor och mot betalning via Internet*”, skall även icke relevanta åtgärder, som att se eller lyssna på ett verk, erhålla skydd.⁸² Motivet till detta är att om inte den villkorade tjänsten erhåller skydd, erhåller inte heller de upphovsrättsligt relevanta objekten något skydd och således skulle direktivets syfte att skydda verk i informationsområdet inte uppnås. Resonemanget är invecklat och i viss utsträckning överflödigt. DRM erhåller utan tvekan skydd redan enligt lagtexten: I 52 d §, andra stycket, undantas endast åtkomsten till *lovligen* överkomna verk. För att lovligen överkomma ett verk som styrs av ett DRM krävs det att villkoren har godkänts av användaren. Kanske vill lagstiftaren genom resonemanget utöka skyddsområdet för DRM ytterligare. I propositionen hävdas det i samband med behandlingen av DRM att:⁸³

”Det skall vara förbjudet att kringgå en teknisk åtgärd som skyddar exempelvis musik eller filmer som säljs för nedladdning över Internet. Om en person som försöker kringgå det tekniska skyddet inte har någon lovligen tillgång till verket skall han eller hon inte få kringgå skyddet även om kringgåendet endast sker i syfte att titta eller lyssna.”

Resonemanget innebär att skyddet för DRM blir totalt. Det är helt upp till säljare och köpare att bestämma villkoren för upphovsrättens övergång.

Särställningen för DRM bekräftas dessutom av hur bilden ser ut angående begränsningarna av skyddet för de tekniska åtgärderna. Undantagen i 52 f §,

⁸² Ds 2003:35, s. 341f.

⁸³ Prop. 2004/05:110, s. 304.

URL, omfattar inte verk som har laddats ner i Internet. Enligt 52 f §, tredje stycket, gäller inte det första och andra stycket,

”I fråga om verk som har gjorts tillgängliga för allmänheten i enlighet med med överenskomna avtalsvillkor på ett sätt som gör att enskilda kan få tillgång till verket genom överföring från en plats och vid en tidpunkt som de själva har valt.”

Rättighetsinnehavaren och användaren kan fritt avtala om hur många gånger ett verk skall visas och på vilken utrustning ett verk skall spelas upp.⁸⁴ Vidare kan det diskuteras om liknande avtal kan träffas i skivaffären eller beträffande filmer i DVD-format. Kan rättighetsinnehavaren förpliktiga användaren att inte gå runt ett skyddssystem genom att förse CD- eller DVD-skivan med villkor i wrap-format? Är användaren bunden av villkoren efter brytandet av förpackningen? Det vore onekligen paradoxalt om sådana ensidigt dikterade villkor respekterades i Internet, men inte när användaren köper en CD i en skivaffär. I förarbetena är dock bilden entydig: Endast de verk som laddas ned i Internet erhåller skydd enligt 6 a kapitlet.⁸⁵ De avtal som knyts i skivaffären, erhåller visserligen ett avtalsrättsligt skydd, men efterlevnaden av dessa är mycket svår att kontrollera eftersom skivförsäljarna knappast gör kontrollvisiter i köparnas hem. Endast när hackade verk börjar dyka upp i Internet kan rättighetshavarna agera. Förhållandet torde emellertid vara detsamma för verk skyddade av DRM. Om ett DRM kringgås på en dator i hemmet upptäcks detta inte av rättighetshavaren om inte intrångsgöraren kopplar upp sig mot Internet. Denna uppfattning är dock inte helt riktig. På senare tid har s.k. *rootkits* börjat användas av rättighetshavarna i samband med DRM. Ett rootkit kan upptäcka en olovlig aktivitet utövad av en köpare till ett DRM-skyddat verk och ”hämnas” på användaren genom att härbärgera olika former av virus som kan förstöra hårddisken.⁸⁶ En viss typ av uppföljande kontroll kan således utövas av rättighetshavaren utan att konsumenten har tillgång till internet eller lägger ut verken på internet.

5.7 Undantagen i 52 f §, URL

Ovan, avd. 4.7, konstaterades det att undantagen i skyddet för tekniska åtgärder kan delas in i ett öppenhetsperspektiv och ett perspektiv som tillvaratar exemplarframställning för privat bruk. Öppenhetsperspektivet har uppmärksamrats i den svenska lagstiftningen och undantag i skyddet för tekniska åtgärder existerar för biblioteksverksamhet och till förmån för personer med funktionshinder enligt 52 f §, URL. Vidare omfattas exemplarframställning på utbildningsanstalter och på museer av undantagen

⁸⁴ Prop. 2004/05:110, s. 311. Jämför Pawlo, Mikael, Shrinkwrap- och clickwrap-avtal i svensk och internationell rätt, NIR, 1999, s. 140.

⁸⁵ Prop. 2004/05: 110, s. 304 och Ds 2003:35, s. 342f.

⁸⁶ För tillfället pågår flera s.k. class-actions mot Sony i USA som har använt sig av rootkits för att hämnas på olydiga konsumenter;
http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=165.

i den svenska lagstiftningen.⁸⁷ Samtliga inskränkningar i rättighetsinnehavarens ensamrätt som regleras i det andra kapitlet i upphovsrättslagen undantas däremot inte i kapitel 6 a.⁸⁸

Den mest framträdande av dessa avvikelser är förmodligen citaträtten som regleras i 22 §, URL, men som inte omnämns i 52 f §. I ett remissvar påtalar Sveriges Radio och Sveriges Television att citaträtten kan hotas av exempelvis kopieringsspärrar.⁸⁹ Regeringen ställer sig helt oförstående till detta och man kan endast dela regeringens uppfattning. Man behöver inte kopiera ett verk för att kunna citera det. Vad som inte diskuteras i propositionen är huruvida en åtkomstkontrollerande åtgärd kan förhindra en användares rätt att citera ett verk. Risken torde här vara uppenbar. Hur skall en individ kunna citera bitar ur ett verk när han/hon helt nekas åtkomst till det? Det är naturligtvis omöjligt och således kan citaträtten bli kringskuren av skyddet för tekniska åtgärder. Det skall tilläggas att citaträtten inte erhåller ett tvingande skydd enligt 6.4, infosoc-direktivet. Den svenska regeringen bryter således inte mot Gemenskapens bestämmelser.

En av de mest framträdande paradoxerna i den svenska upphovsrättsliga lagstiftningen är regleringen av exemplarframställning för privat bruk. Utgångspunkten är att rätten att framställa exemplar tillfaller rättighetsinnehavaren enligt 2 §, URL. Som bekant får dock var och en framställa ett eller några få exemplar för privat bruk enligt 12 §, URL. Om en upphovsrätt skyddas av ett kopieringsskydd förhindrar emellertid detta användaren från att framställa de exemplar som han/hon är berättigad till enligt 12 §.

I redogörelsen för undantagen i infosoc-direktivet, ovan, påvisas det att art. 6.4 ger medlemsstaterna valet att själva bestämma huruvida exemplarframställning för enskilt bruk skall undantas från skyddet för tekniska åtgärder. I de svenska förarbetena dras slutsatsen att exemplarframställning för privat bruk inte skall vara ett av undantagen i 52 f §, URL.⁹⁰ Detta innebär att användarens rätt enligt 12 § kan kringskäras av kopieringsspärrar. Man kan också se det som att de tekniska åtgärderna ligger som ett skal runt exemplarframställningen för privat bruk. Skalet kan penetreras men det skulle innebära ett regelbrott trots att exemplarframställningen, som ligger i själva kärnan av rättigheten, är laglig.

Den svenska lagstiftningen må vara motsägelsefull i denna del men kanske är det ett ofrånkomligt krav att det privata bruket inte tillåts förminska de tekniska åtgärdernas tillämpningsområde. För det första tillåter inte den tekniska verkligheten att en kopieringskontroll känner av användarens rätt

⁸⁷ Ds 2003:35, s. 352.

⁸⁸ Loc. cit. Vissa av undantagen i det andra kapitlet är dock inte relevanta i en situation där tekniska åtgärder är aktuella. Det är t.ex. inte troligt att elevers och lärares upptagningar av egna framföranden (14 §) eller framställning av samlingsverk för användning vid undervisning (18 §) skulle skyddas av tekniska åtgärder.

⁸⁹ Se prop. 2004/05:110, s. 316.

⁹⁰ Prop. 2004/05:110, s. 314 ff. Jämför Ds. 2003:35, s. 355 ff.

att framställa ett eller några få exemplar för privat bruk. Om gränsen bestäms till ett specifikt antal exemplar skulle en teknisk åtgärd kunna respektera detta, men den kan knappast känna av om bruket kommer att bli privat. Tillåter man framställning av ett eller några få exemplar blir det dessutom mycket svårt att förhindra en kopiering i andra och tredje led. Till syvende och sist är kanske ett totalt kringgåendeförbud i denna del den bästa lösningen. Istället kan regleringen av privat bruk i 12 §, URL innehålla ett undantag för tekniska åtgärder. Om detta vore fallet skulle lagens olika delar stämma bättre överens inbördes. Kanske kan man t.o.m. gå så långt att användarens rätt att framställa ett eller några få exemplar för privat bruk helt avskaffas. Detta hade förövrigt varit en godkänd väg enligt infosoc-direktivet.⁹¹

Ännu ett problem med undantagen i 52 f §, URL, är att de i första hand skall genomdrivas med rättighetshavarens hjälp. Endast i de fall rättighetsinnehavaren vägrar hjälpa en berättigad användare kan användaren gå till domstol. En dylik process skulle kräva omfattande resurser och ta flera år. Vidare kan man fråga sig vad som händer om en användare på egen hand kringgår en teknisk åtgärd, som är föremål för ett undantag: Kan domstolens godkännande inhämtas i efterhand? Enligt lagstiftarens mening skall detta inte vara möjligt enligt bestämmelserna i 6 a kapitlet. Om användarna tillåts kringgå tekniska åtgärder på egen hand kommer det bli praktiskt taget omöjligt att yrka ansvar enligt 52 e § om förberedande aktiviteter.⁹² En användare kan i princip alltid hävda att tillverkningen, importen eller spridningen av komponenter för att kunna kringgå tekniska åtgärder är till för ett framtida, av domstolen tillåtet, kringgående. Istället skall rättighetsinnehavarna själva stå för själva kringgåendet, vid hot om vitesföreläggande i de fall de skulle vägra.

Förberedande aktiviteter i 52 e §, URL, erhåller, liksom motsvarande bestämmelse i infosoc-direktivet, inga inskränkningar. Visserligen hänförs inte undantagen i 52 f §, URL, uteslutande till själva kringgåendet, vilket är fallet i art 6.4. Istället stadgas i 52 f § om användarens; ”*rätt att använda ett exemplar av ett verk som denne lovligen har tillgång till ... även om exemplaret skyddas av en teknisk åtgärd.*” Enligt lagstiftaren föreligger det emellertid en risk att det kan skapas en legal marknad för hjälpmedel om kringgåendet tillåts företas av användarna.⁹³ P.g.a. denna risk kommer endast rättighetshavarna att få kringgå skydden i de fall domstolen har fastställt att ett undantag enligt 52 f § är för handen. Av dessa samband kan man dra slutsatsen att lagstiftarens inställning är densamma vad gäller undantag för förberedande åtgärder i sig. Om viss hantering tillåts blir det mycket svårt att bevisa att hanteringen är olaglig. Slutsatsen är således att inga undantag tillåts i skyddet för förberedande åtgärder. Infosoc-direktivet skall dessutom följas och enligt art. 6.4 är det endast själva kringgåendeskyllet som kan inskränkas.

⁹¹ Jämför art. 5.2, infosoc-direktivet.

⁹² Prop. 2004/05:110, s. 317.

⁹³ Loc. cit.

Vidare kan man fråga sig om det har någon vidare betydelse att skyddet mot förberedande aktiviteter är totalt. Eftersom själva kringgåendet ändå inte skall företas av användaren utan av rättighetshavaren, torde det inte spela någon roll. I de fall rättighetsinnehavaren på egen hand eller efter föreläggande om vite kringgår en teknisk åtgärd till förmån för t.ex. ett bibliotek eller en utbildningsanstalt saknar skyddet mot förberedande aktiviteter helt betydelse eftersom rättighetshavaren inte kan bryta mot sina egna spärrar.

5.7.1 Konklusion

I Sverige ges tekniska åtgärder mycket snäva undantag. T.o.m. snävare än vad infoc-direktivet kräver. Dessutom uppstår en tydlig krock med övrig upphovsrätt, främst vad gäller kopieringskontroll kontra enskild exemplarframställning, men också vad gäller åtkomstkontrollen i Internet kontra citaträtten. Vidare kan man fråga sig hur ett undantag skall göras gällande. Man kan skönja ett potentiellt problem när rättighetshavarna själva skall bistå med möjligheter för användarna att utnyttja undantagen. I Sverige krävs det att domstolen beviljar en användare rätten att kringgå en spärr.⁹⁴ Vidare är det knappast troligt att en privatperson har resurserna att genomgå flera år av rättsprocesser för att erhålla tillstånd att kringgå en skyddsåtgärd på ett enskilt verk. Organisationer, som t.ex. Piratbyrån, skulle eventuellt lägga tid och pengar på dylika processer, men några marknadsövergripande förändringar lär de knappast resultera i. I praktiken blir således undantagen utan verkan.

⁹⁴ I Danmark och Norge har man valt en annan väg där användaren får kringgå de tekniska åtgärderna om ett undantag är för handen. Se Schönning, Peter, *Tekniske skyddsåtgärder*, NIR, 2005, s. 583.

6 Internationell jämförelse

För att bilden av lagskyddet för åtkomstkontroll skall klarna ytterligare är det angeläget att åtminstone en kortare inblick i några angränsande rättssystem företas. Förståelsen för den svenska rättsuppfattningen torde sannolikt öka i.o.m. en dylik framställning och den värderande analysen behöver en bredare grund än enbart den svenska att stå på.

6.1 Skandinavien

Även i de övriga skandinaviska länderna står det klart att endast upphovsrättsliga verk skyddas enligt bestämmelserna om tekniska åtgärder. I denna del är infosoc-direktivet tydligt och frågan behöver inte diskuteras ingående. Till skillnad från direktivet anses, som bekant, endast tekniska åtgärder som hindrar en exemplarframställning eller ett tillgängliggörande för allmänheten kunna skyddas i Sverige. Det ställs med andra ord ett krav på att den tekniska åtgärden skall vara upphovsrättsligt relevant. I Norge och Danmark tycks inställningen till den upphovsrättsliga begränsningen sammanfalla med den svenska -. I Danmark existerar det visserligen ingen bestämmelse motsvarande 52 d §, andra stycket, URL, men i de danska förarbetena kan man skönja flera argument som senare har behandlats i den svenska promemorian och propositionen.⁹⁵

”Flertallet ønsker... att præcisere, at forslaget til § 75 c alene beskytter tekniske foranstaltninger, der har formål at forhindre eller begrænse ophavsretligt relevante handlinger, navnlig kopiering. Ikkeoffentlig fremførelse af et værk er ikke en ophavsretlig relevant handling... I det omfang det er nødvendigt at omgå en kode eller en kryptering for eksempelvis at kunne se en DVD-film eller lytte til en musik-cd i privatsfæren, vil dette ikke være omfattet af § 75 c.”

De norska förarbetena är inte särskilt detaljerade, men innehåller ändå passager som tyder på att en liknande reglering är att vänta. Nedanstående förklaring erbjuder en intressant tolkning av direktivet.⁹⁶

”Direktivet verner de systemer som under sin normale funksjon skal hindre eller begrense handlinger som rettighetshaver ikke har gitt tillatelse til. I likhet med de andre nordiske land, har departementet lagt til grunn at dette er handlinger som er tillagt rettighetshaver i kraft av å være rettighetshaver, altså eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten.”

⁹⁵ Kulturudvalget L 19 bilag 137, ”Beskyttelse av tekniske foranstaltninger”.

⁹⁶ Innst. O. nr. 103-2004-2005, kap. 1.3.5.1.3.1.1 ”Ophavsrettslig relevante handlinger”. Resonemanget analyseras nedan, kap. 7.2 ”Upphovsrättsligt relevant handling”.

Inställningen till åtkomstkontroll i Norge redan tidigare var att den inte var skyddsvärd. I fallet ”DVD Jon Johansen”⁹⁷ skapade en norsk tonåring programmet DeCSS för att kringgå skyddssystemet CSS på en DVD-film. Johansen hävdade att han hade dekrypterat CSS för att han skulle kunna se DVD-filmen på sin dator. Före dekryptering hade en visning av verket varit omöjlig emedan hans dator styrdes av operativsystemet Linux. Oslo Tingrett friade Johansen med motiveringen att det inte var olagligt att kringgå en åtgärd som hindrade åtkomst till ett lovligt införskaffat verk.⁹⁸

Den samnordiska synen splittras emellertid till viss del av Finlands bidrag. Enligt uppfattningen i de finska förarbetena är ett olagligt kringgående för handen utan att en exemplarframställning eller ett tillgängliggörande för allmänheten måste vara åtgärdens skyddsobjekt.⁹⁹ Det verkar emellertid som att denna ståndpunkt inte kommer att påverka skyddet för åtkomstkontroll. Regeringen föreslår nämligen ett undantag i skyddet för tekniska åtgärder i de fall användaren endast skall lyssna eller se på verket. 50 a §, tredje stycket, finska upphovsrättslagen, stadgar:¹⁰⁰

”Bestämmelserna i 1 mom. tillämpas inte om... någon som lagligen skaffat eller i sin besittning fått ett exemplar av ett verk kringgår en teknisk åtgärd för att lyssna eller se på verket. Det är förbjudet att framställa exemplar av ett verk, om den tekniska åtgärd som skyddar verket har kringgåts för att lyssna eller se på verket.”

Någon vidare motivering ges emellertid inte till undantaget och den principiella skillnaden mellan finsk och svensk lagstiftning kvarstår. Kravet på att skyddsobjektet med en teknisk åtgärd skall utgöras av en upphovsrättsligt relevant handling, existerar inte i den finska propositionen.

6.2 Storbritannien

Infosoc-direktivet implementerades den 31 oktober 2003 i Storbritannien. Bestämmelserna i den brittiska upphovsrättslagen, CDPA (Copyright, Designs and Patents Act 1988), indikerar en mer bokstavstrogen tolkning av direktivet än vad de nordiska ländernas rättsordningar har uppvisat. CDPA

⁹⁷ Oslo tingrett, sak nr: 02-507 M/94.

⁹⁸ På senare tid har Johansen kringgått skyddet för Apples rättighetsförvaltare iTunes. Se Johansens egen hemsida <http://www.nanocrew.net/index.php?s=iTunes>. Han har dessutom erhållit rättigheterna till hemsidan <http://www.deaacs.com/>. AACs förväntas bli ”det nya CSS” och kommer att lanseras på de nya formaten HD-DVD och Blu-ray senare i år. Se den officiella hemsidan; <http://www.aacsla.com/home>.

⁹⁹ Se RP 177/2002, s. 119.

¹⁰⁰ Lag (821/2005) om ändring av upphovsrättslagen. Given i Helsingfors den 14 oktober 2005. Dessutom stadgar 50 a §, tredje stycket, att åtkomst inte ger användaren rätt att framställa exemplar av verket. Härigenom skiljer sig 50 a §, tredje stycket, finska upphovsrättslagen från 52 d §, andra stycket i den svenska upphovsrättslagen. Den finska bestämmelsen utgör emellertid endast ett förtydligande i jämförelse med den svenska lagen. Kopieringskontrollen erhåller lagskydd efter det att åtkomst har uppnåtts även enligt de svenska bestämmelserna.

skyddar, liksom direktivet, uttryckligen åtkomstkontroll. Section 296ZF, CDPA, stadgar att tekniska åtgärder är att betrakta som effektiva om användningen av verket kontrolleras genom:

*“-an access control or protection process such as encryption, scrambling or other transformation of the work, or
-a copy control mechanism, which achieves the intended protection.”*

DRM erhåller samma ovillkorliga skydd som i Sverige.¹⁰¹ Skyddet för åtkomstkontroll i Internet är således heltäckande. På denna punkt är infosocdirektivets innebörd klar. Frågan är vidare om åtkomstkontroll även skyddas beträffande fysiska exemplar. I Skandinavien erhåller, som bekant, lovligt införskaffade verksexemplar inget åtkomstskydd. Har man som konsument köpt en DVD eller en CD får man kringgå ett skyddssystem för att kunna spela upp verket på valfri utrustning, t.ex. en dator eller en MP3-spelare. I Sverige, Norge och Danmark motiveras denna ståndpunkt med att åtkomstkontrollen i nämnda fall inte skyddar en upphovsrättsligt relevant handling. I det närmaste skall det beskrivas hur frågan har hanterats i Storbritannien.

I avgörandet *Sony v Ball*¹⁰² gav den brittiska High Court sin syn på åtkomstkontroll och kopieringskontroll enligt den nya engelska upphovsrättslagen. Bakgrunden till fallet var att Ball tillverkade ett elektroniskt chip som, när det installerades i TV-spelskonsolen Playstation 2, möjliggjorde för uppspelning av piratkopierade verk och CD- respektive DVD-skivor från en annan region än den Europeiska.¹⁰³ Balls huvudsakliga försvar gick ut på att endast en åtkomst till verken skulle uppnås med hjälp av chipet - inte en exemplarframställning. Uppfattningen i High Court, vid tillfället företrädd av Justice Laddie, var att en åtkomst och med den en uppspelning per automatik ledde till att ett exemplar av verket framställdes i konsolens RAM-minne. Att exemplaret kunde anses som tillfälligt, eller *“transient”* och endast existerade i bråkdelen av en sekund, ändrade inte domstolens inställning, som ansåg att det framgick av direktivet att även tillfälliga kopior omfattades av kringgåendeförbudet.¹⁰⁴

Problematiskt med domskälen är att det inte går att tolka huruvida det är åtkomstkontrollen i sig är skyddsvärd, eller om det är i funktion av försvar mot exemplarframställning som åtkomstkontrollen erhåller skydd. Åtkomstkontrollen på skivor införskaffade i en annan region än den spelaren är anpassad för erhåller lagens skydd. Detta vet vi säkert i och med avgörandet. Härigenom skiljer sig den brittiska lagstiftningen klart från den svenska. I Sverige hade 52 d §, andra stycket, URL, tillåtit ett kringgående eftersom verket är lovligt införskaffat, om än i en annan världsdelen. Det är

¹⁰¹ Section 296ZA och 296ZF, CDPA.

¹⁰² *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc and Others v Ball and Others*, Case No: HC 03 C04467, EWHC 1738, (Ch D), 19 July 2004.

¹⁰³ Skyddet i konsolen är tudelat och liknar en kombination av CSS, som förhindrar uppspelning av verk införskaffade i en annan region än den som spelaren är avpassad för, och SCMS, som förhindrar uppspelning av andrahandskopior.

¹⁰⁴ *Sony v Ball* (p. 13).

emellertid svårt att fastställa skälet till Justice Laddies resonemang. Antingen skyddas åtkomstkontrollen direkt eller skyddas den indirekt genom att den förhindrar exemplarframställning. Eftersom i stort sett hela domskälen behandlar det tillfälliga exemplaret, lutar jag åt det senare av dessa båda alternativ.

Kritiker menade, redan före Sony v Ball-avgörandet, att det engelska skyddet för tekniska åtgärder skulle kunna begränsa konkurrensen på ett lagstridigt sätt och påverka användarnas integritetsskydd i Internet.¹⁰⁵ Att skydda regionkoder på det sätt som nu tillåts efter avgörandet Sony Company v Ball kan mycket väl bli en fråga för *Office of Fair Trading* i London, men behöver det påverka skyddet för tekniska åtgärder? Den brittiska regeringens svar på kritiken var kortfattat att konkurrensrätten, eller något annat rättsområde för den delen, mycket väl kunde drabba användningen av en teknisk åtgärd, men att det inte utgör ett hinder mot att skydda tekniska åtgärder i sig.¹⁰⁶ I förlängningen till detta resonemang bör det tilläggas att avgörande för den brittiska regeringens ståndpunkt är att den legala användningen av tekniska åtgärder anses fylla ett legitimt intresse. Enligt kritikerna till infosoc-direktivet är detta ett felaktigt antagande, men vad är egentligen sant? I nästkommande avdelning skall denna fråga analyseras närmare.

¹⁰⁵ Se <http://www.euro-copyrights.org/index/8/13>. Webbplatsen ger översiktlig information om medlemsländernas implementeringar av infosoc-direktivet.

¹⁰⁶ <http://www.euro-copyrights.org/index/8/13>.

7 Rimlig skyddsnivå

Före en avslutande diskussion om åtkomstkontrollens skyddsnivå i den svenska lagstiftningen är det viktigt att kortfattat redogöra för argumenten som talar för respektive emot tekniska åtgärder i allmänhet och åtkomstkontroll i synnerhet. En sådan redogörelse hjälper också läsaren att förstå fenomenet tekniska åtgärder i en djupare bemärkelse.

7.1 Behövs tekniska åtgärder?

En mängd invändningar har riktats mot tekniska åtgärder. Kritiken står främst att hitta i Internet och stora delar har dessutom publicerats i NIR (Nordiskt Immateriellt Rättsskydd) och EIPR (European Intellectual Property Review). kommentarerna kan delas in i tre övergripande kategorier: 1) *Tekniska åtgärder kan användas i illegitima syften*, 2) *Shapiro och Varians kritik och*, 3) *Lawrence Lessigs kritik*.

7.1.1 Tekniska åtgärder kan användas i illegitima syften

Skyddet för tekniska åtgärder enligt infosoc-direktivet beaktar endast det tekniska syftet med åtgärderna - inte de tekniska åtgärdernas skyddsföremål explicit. Det är t.ex. tvistigt huruvida åtkomstkontroll skyddas enligt direktivet, men inte vad åtkomstkontrollen i sin tur kontrollerar. I art. 1, infosoc-direktivet, kan emellertid *ett* övergripande syfte spåras; skyddet för upphovsrätter i det informationstekniska samhället. I en vidare bemärkelse är syftet med de tekniska åtgärderna att stävja t.ex. piratkopiering.¹⁰⁷

Debatten om vad tekniska åtgärder kan komma att skydda, eller vad syftet med kontrollen kan komma att bli har dock debatterats i doktrinen och i förarbetena i de skandinaviska länderna. Framförallt Sverige har påvisat det felaktiga med att skydda regionkoder. I den svenska propositionen framgår det att regionkoder inte erhåller skydd eftersom de inte skyddar en upphovsrätligt relevant handling.¹⁰⁸ En mer vanligt förekommande invändning mot tekniska åtgärder är att de utgör en fara för yttrandefriheten. Framförallt Amnesty Internationals hemsidor har drabbats av tekniska åtgärder applicerade av odemokratiska stater.¹⁰⁹ Ett skräckexempel i sammanhanget är Kina som har upprättat ”Den stora brandväggen i Beijing”

¹⁰⁷ Jämför ingressen till infosoc-direktivet p. 15.

¹⁰⁸ Prop. 2004/05: 110, s. 292.

¹⁰⁹ Björkenfeldt, Mats, *Juridik, teknik och idéernas framtid*, NIR, 2002, s. 254.

och ”Den gyllene skölden” för att förhindra medborgarna att nå åtkomst till webbsidor innehållande, för staten, komprometterande material.¹¹⁰

I den finska propositionen presenteras dock en annan infallsvinkel än den kritikerna har framlagt.¹¹¹

”Användningen av tekniska åtgärder kan i princip begränsa möjligheterna att ta emot information. Ett verk och dess informationsinnehåll är emellertid två skilda saker. Samma information kan finnas tillgänglig i flera olika källor, även i oskyddad form. Ett verk kan finnas tillgängligt på varje upptänkligt sätt och utan några som helst villkor, om detta är vad upphovsmannen önskar. På samma sätt kan upphovsmannen bestämma att verket inte alls skall vara tillgängligt för allmänheten, eller att det skall vara tillgängligt för allmänheten endast på vissa sätt – t.ex. i en viss teknisk form – och på vissa villkor. Tekniska åtgärder skyddar verket, inte den information som verket innehåller. Information åtnjuter inte något som helst upphovsrättsligt skydd.”

I anslutning till ovanstående resonemang bör det tilläggas att statliga censurprojekt, motsvarande det i Kina, inte erhåller skydd enligt vare sig infosoc-direktivet eller enligt den svenska lagstiftningen. Det är som bekant endast upphovsrättsinnehavaren som kan disponera över sitt verk och inte staten.¹¹² I det fallet staten är att se som upphovsrättsinnehavare står den grundlagsskyddade offentlighetsprincipen över skyddet för tekniska åtgärder. I slutändan kommer resonemanget ner till vilken nivå ett land har i skyddet för medborgerliga fri- och rättigheter. Om inte en stat skyddar medborgerliga fri- och rättigheter, spelar det ingen roll att tekniska åtgärder används för att begränsa dem. Med andra ord är tekniska åtgärder endast ett redskap och kringliggande lagstiftning får sätta gränserna för dess användning.

Slutligen kan det konstateras att det inte är helt oproblematiskt att det är just syftet med en teknisk åtgärd som beaktas enligt direktivet. Det kan t.ex. vara svårt att avgöra om ett upphovsrättsligt verk verkligen är skyddsobjektet. Regionkoder erhåller, som bekant, inget skydd i Sverige, Norge och Danmark med motiveringen att de inte fyller ett upphovsrättsligt relevant syfte. Ur ett vidare perspektiv kan åtgärden emellertid vara att anse som upphovsrättsligt relevant eftersom regionkoderna till ej obetydlig del har som effekt att exemplarframställningen i olika regioner fördröjs. Om en regionkod knäcks i region 1, Nordamerika, är koden och verksinnehållet fortfarande skyddat i de fall en nordamerikansk kopia skulle komma att spelas upp i region 2, Europa. I förlängningen kan både tillgängliggörande för allmänheten och exemplarframställning komma att förhindras genom regionkoder.

¹¹⁰ Schollin 2004/05: 71. Kinas olika åtgärder är så omfattande att de torde kunna räknas som en form av Imprimatur, eller ett omfattande statligt censursystem i Internet.

¹¹¹ RP 28/2004, s. 155.

¹¹² Jämför art. 6.3, infosoc-direktivet, med 52 b §, URL.

7.1.2 Shapiro och Varians kritik

Shapiro och Varians tes är sammanfattningsvis att upphovsrättsinnehavarnas negativa förhållningssätt till de nya distributionsmöjligheterna i det informationstekniska samhället är missriktad.¹¹³ När rättighetshavarna har lärt sig att utnyttja de oprövade möjligheter som ges i form av nya distributionsvägar och i förlängningen nya affärsmodeller blir denna inställning ett minne blott, enligt författarna. De påvisar sin tes genom flera jämförelser med tidigare teknologiska språng. Tryckpressen och VCR (Video Cassette Recorder) är två exempel från olika århundraden vilka båda medförde att samtiden förutspådde förlags- respektive filmindustrins kollapser. Branscherna anpassade sig emellertid till omständigheterna och siandet om upphovsrättens sammanbrott kom på skam.

Invändningen man kan göra mot dessa jämförelser är att Internet och den digitala tekniken har gjort kopierandet och spridandet av upphovsrättsligt skyddat material betydligt mer omfattande än någonsin tidigare. En VCR kan man inte använda för att kopiera från kopia till ny kopia i mer än ett fåtal led innan kvaliteten på bandet har försämrats märkbart medan en CD eller DVD kan kopieras från kopia till ny kopia utan att någon märkbar kvalitetsskillnad inträffar ens efter flera hundra led.

Vidare har förutsättningarna för privatpersoner att sprida upphovsrättsligt skyddat material förbättrats markant i jämförelse med tidigare tekniska landvinningar. En tryckpress var inget som gemene man hade i källaren, det var helt enkelt för resurskrävande, men en elektronisk skrivare eller kopiator finns idag i de flesta hem. Möjligheterna att snabbt och världstäckande sprida upphovsrättsligt skyddat material har dessutom ökat dramatiskt med Internet. Postverkens framväxt kan t.ex. knappast jämföras med Internet och än idag tar det långt tid att skicka brev och försändelser t.o.m. mellan länder i Europa. Jämförelsevis räcker det att en film har kommit ut i ett land för att jordens resterande länder skall få snabb tillgång till filmfilen via Internet. Det är inte endast tiden som skiljer postförsändelser och försändelser i Internet åt. Att skicka ett upphovsrättsligt verk via posten kostar en ansevärd summa om ett större antal mottagare skall kunna nås. I Internet kan ett verk spridas till miljontals konsumenter utan att det behöver kosta ett öre. Slutligen kan man konstatera att den snabba spridningen av bredband och ADSL med högre hastighet ytterligare ökar möjligheterna att sprida upphovsrättsligt skyddat material.

Ur principiell synvinkel är det, trots kritiken ovan, svårt att invända emot Shapiro och Varians resonemang. Upphovsrättsinnehavarna måste utnyttja de nya möjligheterna bättre. Genom Internet har distributionskostnaderna sjunkit drastiskt och idag krävs det endast att resurser läggs på underhåll av en webbsida för att musik skall kunna spridas till ett stort antal konsumenter. Detta behöver emellertid inte innebära att tekniska åtgärder skulle vara förlegade - tvärtom. Om upphovsmännen och rättighetshavarna

¹¹³ Shapiro, Carl, Varian, Hal R., *A strategic guide to the network economy*, 1999, 4 kap.

skall kunna erhålla något i utbyte mot sina ansträngningar och nedlagda resurser krävs det att tekniska åtgärder appliceras på verken som ligger tillgängliga på Internet. DRM har redan blivit ett kontrollverktyg som används relativt frekvent av upphovsrättsinnehavare: Apple t.ex., med sin musiktjänst iTunes, har som mål att inom en snar framtid ha sålt över 500 miljoner låtar.¹¹⁴

7.1.3 Lawrence Lessigs kritik

Creative commons är en rörelse som bedriver en lobbyverksamhet med syftet att påvisa det orättvisa med dagens upphovsrättsliga system. Dess sympatisörer är många och syns inte minst på den debatt som pågår om fildelning på Internet.¹¹⁵ Dess företrädare är främst Lawrence Lessig, styrelseordförande, som genom ett flertal böcker och artiklar har förordat ett budskap som bygger på ett omvänt perspektiv på det upphovsrättsliga systemet.

Dagens upphovsrättsliga system bygger på en balans mellan å ena sidan skaparna, eller rättighetshavarna och å andra sidan det allmänna, eller konsumenterna.¹¹⁶ Enligt rättighetshavarna och flertalet lagstiftare i västvärlden har balansen rubbats genom de möjligheter som konsumenterna idag har att olovligt ladda ner upphovsrättsligt skyddat material över Internet.¹¹⁷ Tekniska åtgärder ses som en möjlighet att återställa den balansen. Upphovsrättsliga verk ses ur detta perspektiv som en förmögenhetsrätt som vilken annan, förutom att skyddstiden är begränsad till sjuttio år efter skaparens död.

Lawrence Lessig menar att synen på upphovsrätter som en sorts begränsade förmögenhetsrätter är förlegad och istället presenterar han begreppet ”commons”.¹¹⁸ Commons utgör de immateriella tillgångarna, men de definieras inte som förmögenhetsrätter, vilka kan ägas av individer, utan

¹¹⁴ <http://news.techwhack.com/1582/apple-now-aiming-for-half-billion-songs-sold-on-itunes/>.

¹¹⁵ I Sverige är dess främsta förespråkare *Antipiratbyrån*. När man skall karaktärisera Creative commons går det inte att tala om en sammanhängande organisation med hierarkisk struktur och rörelsen har mer sympatisörer än medlemmar av det traditionella slaget. Creative Commons logotyp är förvillande lik upphovsrättsbranschens egna CC-märkning (*Copy Control*-märkning). För mer information se hemsidan; <http://creativecommons.org/>.

¹¹⁶ Uppfattningen att det upphovsrättsliga systemet byggs av en balans mellan rättighetshavare och konsumenter är vedertagen oavsett om det är *droit d' auteur* eller *copyright-systemet* som utgör grunden för rättsuppfattningen. Se Dinwoodie, Graeme B m.fl., *International intellectual property law and policy*, 2001, s. 513 f.

¹¹⁷ Även i delar av doktrinen delas uppfattningen att piratkopiering har rubbat den upphovsrättsliga balansen. För ett uppdaterat inlägg se; Webber, David, *Intellectual property – Challenges for the future*, EIPR, 2005, s. 345 ff.

¹¹⁸ Lessig, Lawrence, *The future of ideas - the fate of the commons in a connected world*, 2002. Paradoxalt nog har inte Lessig möjliggjort för intresserade läsare att ta del av alla hans verk på Internet, se <http://www.lessig.org/>. Hans försäljningsstrategi liknar i mångt och mycket de DRM som möjliggör ett smakprov för konsumenten vilken sedan väntas bli mer intresserad och betala för vidare information.

som ett gemensamt tankegods vilket tillhör hela mänskligheten. Lessig försöker med andra ord vända på det rådande synsättet.

Lessig anser vidare att kontrollen av upphovsrätt är av ondo, i synnerhet den som utövas i det hittills fria Internet. Dagens skydd för immaterialrättsliga verk anser han förhindra nyskapande. Resonemanget går kortfattat ut på att alla nya immateriella skapelser bygger på tidigare kreationer och att de äldre verken därför borde få användas i det närmaste fritt. Tanken är emellertid inte ny för upphovsrätten som begränsar skyddet till ett bestämt antal år.¹¹⁹ Tekniska åtgärder och andra metoder för att förhindra spridandet av verk till allmänheten utgör enligt Lessigs resonemang ett steg i fel riktning.

Det omvända synsätt som Lessig förespråkar är visserligen intressant och nydanande, men varför skall endast immateriella rättigheter hamna i fokus. Om Lessigs resonemang följs fullt ut torde även andra former av förmögenhetsrätter vara att anse som ”allmänna”. Har man, som i alla demokratier, fastställt att rättsordningen skall skydda privat äganderätt gentemot staten, eller det allmänna, vore det fel att göra ett undantag för immateriella rättigheter. En film- eller musikskapares arbete bör värderas lika högt som en fabriksarbetares eller en kontorsanställds -.¹²⁰ De avvägningar som har gjorts angående hur långt skyddstiden bör sträcka sig kan man alltid kritisera. Har man emellertid konstaterat att ett skydd för upphovsrätter överhuvudtaget behövs - har den relevanta slutsatsen för denna framställning nåtts - tekniska åtgärder behövs.

7.2 Skyddsnivån för åtkomstkontroll i Sverige

Att tekniska åtgärder behövs i dagens upphovsrättsliga system är en ståndpunkt som jag menar har bekräftats genom bemötandet av ovanstående kritik. Frågan är vidare vilken skyddsnivå tekniska åtgärder skall erhålla i Sverige. Kopieringskontroll bör enligt förespråkare till dagens upphovsrättsliga system åtnjuta skydd i lagstiftningen. Tvistefrågan är om också åtkomstkontroll skall åtnjuta motsvarande skydd eller om skyddet för åtkomstkontroll bör vara lägre ställt.

Åtkomstkontroll skyddas endast partiellt enligt den svenska lagstiftningen. Den kontroll som kan begränsa en åtkomst i Internet skyddas av lagstiftaren, men inte den som utövas på fysiska exemplar, t.ex. CD- eller DVD-skivor. Regeringens motiv till att den senare av dessa båda åtkomstformer inte

¹¹⁹ Incitamentstanken är starkast i de länder som förespråkar copyright-systemet, men spår av en liknande föreställning återfinns även i länder som förespråkar droit d'auteur. Se Dinwoodie m.fl. 2001: 513.

¹²⁰ Att sedan rättighetsinnehavare eller fabriksägare tjänar på skaparens eller arbetarens ansträngning är inte relevant i sammanhanget. Argumentet om rättighetshavarens orimligt stora profit blandas ofta in av motsändare till dagens upphovsrättsliga system. Se bl.a. Kaarto, Magnus och Fleischer, Rasmus (red.), *Copy me – samlade texter från Piratbyrån*, 2005, s. 19.

erhåller skydd är att denna typ av förfogande från rättighetshavarens sida inte utgör ett *upphovsrättsligt relevant handlande*. Följer man regeringens resonemang fullt ut skulle åtkomstkontroll överhuvudtaget inte erhålla något skydd, vare sig i Internet eller i den fysiska verkligheten. En åtkomst innebär, enligt regeringen, aldrig att ett exemplar framställs eller att verket tillgängliggörs för allmänheten. Att åtkomsten till ett verk ändå skyddas i Internet följer av att DRM har ett totalt skydd.¹²¹ Dessa system karaktäriseras av en avtalsrelation mellan rättighetshavare och konsument och så länge någon form av avtal råder mellan de båda parterna, skyddas åtkomstkontrollen i Internet.¹²²

För att förenkla analysen i denna del skall regeringens resonemang delas upp i två hierarkiskt uppställda påståenden. Det övergripande påståendet, som skall analyseras först, är kravet på att en teknisk åtgärd skall skydda ett upphovsrättsligt relevant handlande. Därefter skall påståendet, att enkom en uppspelning av ett verk inte utgör ett upphovsrättsligt relevant handlande, analyseras. Slutligen skall resonemanget återkopplas till de tekniska realiteterna i dagens samhälle.

7.2.1 Upphovsrättsligt relevant handling

Att infosoc-direktivet endast ställer upp lagskydd för tekniska åtgärder när ett *upphovsrättsligt verk* är skyddsobjekt - det är en tydlig grundsats. Att direktivet endast ger skydd för åtgärder som utgör ett *upphovsrättsligt relevant handlande* finns det dock inte något stöd för i direktivtexten. En internationell jämförelse ger heller ingen vidare ledning i frågan. I Norge och Danmark är regleringen av åtkomstkontroll densamma som i Sverige och motivet är också i dessa båda länder den upphovsrättsliga relevansen. Finland begränsar skyddet för åtkomstkontroll men motivet till begränsningen är oklar. Vidare är rättsläget för åtkomstkontroll annorlunda i Storbritannien, men frågan om den upphovsrättsliga relevansen har inte tagits upp i rättsfall eller lagtext.

Motiveringen till att endast upphovsrättsligt relevanta handlingar skyddas i kapitel 6 a, URL, anger regeringen i vaga ordalag:¹²³

”Utifrån direktivets syfte och ordalydelse gjordes bedömningen att definitionen endast skulle omfatta sådana tekniska åtgärder som var ägnade att förhindra eller begränsa upphovsrättsligt relevanta förfoganden.”

Resonemanget har sin grund i promemorian där begränsningen behandlas på ett antal ställen. Första gången den upphovsrättsliga relevansen nämns i samband med tekniska åtgärder görs en vag antydning om att yttrande- och

¹²¹ Prop. 2004/05:110, s. 293.

¹²² Se 52 f §, tredje stycket, URL. Se dessutom beaktandesats 45, infosoc-direktivet och jämför Barczewski, Maciej, *International framework for legal protection of Digital Rights Management systems*, EIPR, 2005, s. 167.

¹²³ Prop. 2004/05:110, s. 291.

informationsintresset ligger bakom övervägningarna.¹²⁴ Yttrande- och informationsintresset erhåller emellertid grundlagsskydd och vid en eventuell konflikt med regleringen för tekniska åtgärder skulle yttrandefriheten vinna företräde.¹²⁵ Den huvudsakliga grunden för den svenska hållningen finner man emellertid i ingresspunkt 48, infosoc-direktivet.¹²⁶ Där fastslås att rättsligt skydd bör ges de tekniska åtgärder som effektivt begränsar de handlingar som inte är godkända av innehavarna till någon upphovsrätt. Satsen uttrycker inte i denna del något som inte också framkommer i art. 6.3, infosoc-direktivet, nämligen att endast upphovsrättsliga verk skyddas. I promemorian följs denna grundsats av ett resonemang som leder fram till slutsatsen att endast upphovsrättsligt relevanta åtgärder skyddas.¹²⁷

”Åtgärden måste alltså ha vidtagits i syfte att skydda upphovsrätten till ett verk... Det måste finnas ett tydligt samband mellan den tekniska åtgärd som vidtagits (t.ex. en kopieringsspärr eller en åtkomstkontroll av något slag) och den aktuella upphovsrätten... Det innebär i sin tur att den tekniska åtgärden måste fungera så att den på något sätt hindrar eller begränsar möjligheten att vidta upphovsrättsligt relevanta förfoganden med verket... Med andra ord måste åtgärdens funktion vara att hindra eller begränsa exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten av det skyddade verket eller prestationen. Detta följer av att det endast är sådana förfoganden (handlingar) som en innehavare av upphovsrätt... har möjlighet att kontrollera (tillåta eller förbjuda).”

Steget mellan det att ett upphovsrättsligt verk skyddas till att endast upphovsrättsligt relevanta åtgärder skyddas tas med hjälp av ett par mellanled. Först konstateras att ett tydligt *samband* mellan den tekniska åtgärden och upphovsrätten krävs. Detta är ett tillsynes rimligt krav, men vad säger egentligen ett sådant påstående? Så länge åtgärden skyddar upphovsrätten är det inte svårt att se ett samband mellan åtgärden och upphovsrätten. I det hänseendet spelar det ingen roll vilken typ av åtgärd som appliceras på verket. I nästa steg påstås nämnda samband leda till att den tekniska åtgärden på något sätt måste hindra eller begränsa möjligheten att vidta upphovsrättsligt relevanta förfoganden med verket. Kontentan av det invecklade resonemanget är att sambandet allena bör leda till att upphovsrättsligt relevanta åtgärder skyddas. Sambandet är, liksom den upphovsrättsliga relevansen, inget som diskuteras i infosoc-direktivet. Däremot tycks den svenska lagstiftaren ha tagit intryck av diskussionen som följde på det första direktivförslaget.¹²⁸

De sista två meningarna som behandlar den upphovsrättsliga relevansen i citatet ovan uttrycker emellertid ett mer verklighetsförankrat motiv. Det är endast exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten som

¹²⁴ Ds. 2003:35, s. 327.

¹²⁵ Jämför dessutom med resonemanget i den finska propositionen, ovan avd. 7.1.

¹²⁶ Ds. 2003:35, s. 331.

¹²⁷ Loc. cit. (De av mig bortklippta delarna behandlar närstående rättigheter).

¹²⁸ Jämför diskussionen ovan, avd. 4.2.

en rättighetsinnehavare har rätt att förfoga över enligt svensk rätt. Här blir konflikten mellan infoc-direktivet och svensk upphovsrätt påtaglig.¹²⁹ Lagstiftaren har valt att tolka infoc-direktivets bestämmelser om tekniska åtgärder utifrån den svenska lagstiftningen.¹³⁰ Resultatet är en reglering av tekniska åtgärder som inte är i koherens med Gemenskapens direktiv.

Slutligen kan man konstatera att om ovanstående bedömning är korrekt bör den viktigaste bestämmelsen för tekniska åtgärder i upphovsrättslagen revideras helt. 52 d § ger i dagsläget endast skydd för tekniska åtgärder som skyddar upphovsrättsligt relevanta handlingar.

7.2.2 Uppspelning av ett verk

Nästa steg i analysen av åtkomstkontroll är att undersöka vilka upphovsrättsliga konsekvenser en uppspelning av ett verk har. Eftersom det precis har konstaterats att en åtkomstkontroll inte behöver skydda en upphovsrättsligt relevant åtgärd kan detta nästa steg tyckas irrelevant. Om inte en exemplarframställning krävs för att åtkomstkontrollen skall åtnjuta skydd behöver det inte utredas huruvida en uppspelning av ett verk utgör en exemplarframställning eller ej. För att blidka de som hävdar att bestämmelserna om tekniska åtgärder skall tolkas i enlighet med den inhemska upphovsrätten ämnar jag ändå företa det andra steget.

Att endast se eller lyssna på ett verk innebär enligt lagstiftaren inte att ett nytt exemplar av verket har framställts.¹³¹ Denna ståndpunkt verkar dock inte gälla genom hela propositionen.¹³²

”När man använder datorn för att ta del av verk som lagrats i annan digital form, t.ex. på CD-ROM, DVD-skiva eller diskett, uppstår också med nödvändighet tillfälliga kopior i datorns arbetsminne.”

Att det endast uppstår en tillfällig kopia utgör inget hinder för att man skall kunna betrakta förfarandet som en exemplarframställning, enligt regeringen.¹³³ Visserligen godtas inte kopior som uppstår vid ett rent informationssökande i Internet, men det rör det sig inte om i de fall jag här åsyftar. Det avgörande i sammanhanget torde istället vara om den tillfälliga kopian har en *självständig ekonomisk betydelse*. Enligt art. 5.1, infoc-direktivet omfattas endast kopior av självständig ekonomisk betydelse av upphovsrättsinnehavarens ensamrätt. Enligt Westman har en uppspelning av ett verk, i normalfallet, inte en självständig ekonomisk betydelse.¹³⁴ Om konsumenten har förvärvat en DVD, med vissa begränsningar i användningen av verket, torde emellertid en självständig ekonomisk

¹²⁹ ”Konflikten” behandlas mer ingående i Bilaga A.

¹³⁰ Jämför uppfattningen i de norska förarbetena ovan, avd. 6.1.

¹³¹ Prop. 2004/05:110, s. 95.

¹³² Op. cit., s. 93.

¹³³ Prop. 2004/05:110, s. 89. Jämför resonemanget ovan, avd. 3.1.

¹³⁴ Westman 2003: 567.

betydelse kunna vara för handen även vid en uppspelning. Westman tar upp exemplet ”pay per view” för att åskådliggöra den ekonomiska betydelsen, men skulle inte i princip vilken begränsning som helst kunna ges en ekonomisk relevans? Även den åtkomstkontroll som förhindrar uppspelning av t.ex. CD- och DVD-skivor på datorer borde enligt detta synsätt skyddas eftersom den utgör ett affärsupplägg som har stor ekonomisk betydelse för rättighetshavarna: I en öppen dator-miljö kan användare framställa exemplar utan begränsningar vilket leder till att verken sedermera sprids i Internet. Vidare påverkar möjligheten för användarna att ladda ned ett verk gratis över internet deras vilja att införskaffa samma verk på laglig väg.¹³⁵

Mer tveksamt är om regionkoder kan erhålla skydd enligt ovanstående princip. Den ekonomiska betydelsen i att dela upp världen i olika avsättningsregioner är i.s.f. mer indirekt. Westman har emellertid påpekat att resonemanget om tillfälliga kopiers självständiga ekonomiska betydelse liknar ett cirkelresonemang.¹³⁶ Om tillfälliga exemplar kan framställas utan restriktioner kan det utvecklas en marknad för dessa och i förlängningen erhåller de exemplaren en självständig ekonomisk betydelse. En tillfällig kopia av en DVD som skyddas av regionkoder torde ur detta perspektiv få en självständig ekonomisk betydelse. CSS, eller skyddssystemet som omfattar regionkoder idag, är nämligen vida spritt och marknaden är intresserad av regionfria DVD-skivor för uppspelning i en fri miljö.

I det brittiska avgörandet *Sony v Ball*¹³⁷ gavs en tydlig indikation på att en uppspelning av ett verk faktiskt utgör en exemplarframställning enligt infosc-direktivet. I *Sony v Ball* ansågs det att uppspelningen av en CD eller en DVD på en Playstation-konsol automatiskt ledde till att ett exemplar framställdes i konsolens RAM-minne. Domstolen konstaterade vidare att kopian var att anse som tillfällig, men att den ändå var att betrakta som en kopia enligt infosc-direktivet. Någon diskussion om kopians ekonomiska självständighet går inte att spåra i High Courts resonemang. Enligt min mening bör, sett till Westmans synpunkter och *Sony v Ball*-avgörandet, begreppet *självständig ekonomisk betydelse* tolkas extensivt eller bortses ifrån helt.

Om tekniska åtgärder endast skall skydda upphovsrättsligt relevanta handlingar och man kan betrakta uppspelningen av ett verk som ett sådant förfogande krävs det inte särskilt omfattande förändringar i den svenska upphovsrättslagen. 52 d §, första stycket, kan kvarstå enligt exakt samma lydelse, medan det andra stycket måste strykas helt. Enligt 52 d §, andra

¹³⁵ Branschens förespråkare, främst IFPI, påstår att skivförsäljningen minskar p.g.a. fildelning: <http://www.ifpi.org/site-content/antipiracy/piracy-report-current.html>. Sakkunniga på KTH hävdar att muskförsäljningen inte har påverkats av fildelning men deras egna siffror talar för att 15-20 % av konsumenterna köper mindre CD-skivor p.g.a. fildelning: http://w1.nada.kth.se/media/Research/MusicLessons/Reports/deliverable_1.pdf. Oavsett om den legala försäljningen påverkas i negativ eller positiv riktning, är det rimligt att anta att fildelningen påverkar försäljningen på något sätt.

¹³⁶ Westman 2003: 567.

¹³⁷ *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc and Others v Ball and Others*, Case No: HC 03 C04467, EWHC 1738, (Ch D), 19 July 2004.

stycket, URL, får användaren kringgå en åtkomstkontroll om han/hon vill se eller lyssna på verket (spela upp verket). Detta stadgande är under inga förutsättningar i förenlighet med infosoc-direktivets lydelse.

7.2.3 Den tekniska verkligheten

Ovanstående resonemang visar att även fysiska exemplar erhåller åtkomstskydd enligt en bokstavstrogen tolkning av infosoc-direktivet. Vidare ligger den engelska synen på åtkomstkontroll nära infosoc-direktivets lydelse medan den skandinaviska synen däremot rimmar illa med både direktivets syfte och direkta bestämmelser. Slutligen talar också den tekniska miljön för ett mer helomfattande åtkomstskydd. Även om lagstiftarens fokus ligger på kopieringskontroll och på den illegala exemplarframställningen har åtkomstkontrollen en viktig funktion. Den digitala verkligheten gör skyddet för endast kopieringskontroll obsolet eftersom åtkomsten av ett verk i en fri miljö i princip omöjliggör för kopieringsskyddet att verka. Redan genom själva uppspelningen uppstår en kopia av verket.

Sambandet mellan kopieringskontroll och åtkomstkontroll är lika utslagsgivande för alla digitala verk oavsett om de distribueras genom de traditionella försäljningskanalerna eller i Internet. Dessutom existerar ett obestridligt samband mellan digitala verk i skivaffären och digitala verk i Internet. Om åtkomst, olovlig exemplarframställning och spridning av CD- och DVD-skivor fortsätter att vara en realitet spelar det ingen större roll att musik- och filmfiler i Internet erhåller ett totalt skydd. Eftersom de flesta upphovsrättsliga verken släpps i CD- eller DVD-format relativt snabbt och åtkomstskyddet inte skyddas här, sprids dessa digitala förlagor snabbt också i Internet. Det enda sättet för en rättighetshavare att erhålla lagens fullkomliga skydd mot ett kringgående blir således att distribuera sina verk uteslutande i Internet. Att snäva in rättighetshavarnas distributionsmöjligheter på ett dylikt sätt är inte förenligt med en marknad som fortfarande omsätter CD- och DVD-skivor. Om man tror att denna marknad kommer att existera även i framtiden, fordras det att åtkomstkontroll ges ett totalt skydd i den svenska upphovsrättslagen – den tekniska verkligheten kräver det.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Ds 2003:35 *Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*

Prop. 2004/05:110 *Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*

Danmark

Kulturudvalget L 19 bilag 137 *Betænkning afgivet af Kulturudvalget over Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven den 21. november 2002*

Finland

RP 177/2002 *Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av upphovsrättslagen och 49 kap. Strafflagen.*

Norge

Innst. O. nr. 103-2004-2005 *Innstilling fra familie-, kultur-og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m.*

Litteratur

Cruz, Peter de, *Comparative law in a changing world*, second ed., Cavendish Publishing limited, 1999.

Dinwoodie, Graeme B., Hennessey, William O. och Perlmutter, Shira, *International intellectual property law and policy*, LexisNexis, 2001.

Kaarto, Magnus och Fleischer, Rasmus (red.), *Copy me – samlade texter från Piratbyrå*, Roh-nin Förlag, Stockholm, 2005.

Lessig, Lawrence, *The future of ideas - the fate of the commons in a connected world*, Randomhouse, New York, 2002.

Menezes, Alfred J., van Oorschot, Paul C. och Vanstone, Scott A, *Handbook of applied cryptography*, 5 uppl., CRC Press, 2001.

Shapiro, Carl och Varian, Hal R., *A strategic guide to the network economy*, Harvard business school press, Boston, 1999.

Artiklar

Barczewski, Maciej, *International framework for legal protection of Digital Rights Management systems*, EIPR, 2005, s. 165-169.

Björkenfeldt, Mats, *Juridik, teknik och idéernas framtid*, NIR, 2002, s. 251-264.

Braun, Nora, *The interface between the protection of technological measures and the exercise of exceptions to copyright and related rights: Comparing the situation in the United States and the European community*, EIPR, 2003, s. 496-503.

Dussollier, Severine, *Electrifying the fence: The legal protection of technological measures for protecting copyright*, EIPR, 1999, s. 285-297.

Ginsburg, Jane C., *From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Group, Paper number 8, 2000.

Marks, Dean S. och Thurnbull, Bruce H., *Technical protection measures: The intersection of technology, law and commercial licenses*, EIPR, 2000, s. 198-213.

Koelman, Kamiel J., *A hard nut to crack: The protection of technological measures*, EIPR, 2000, s. 272-288.

Koelman, Kamiel J. och Helberger, Natali, *Protection of technological measures*, Hugenholtz, Bernt (ed.), Institute för information law, Amsterdam, 1998.

Pawlo, Mikael, *Shrinkwrap- och clickwrap-avtal i svensk och internationell rätt*, NIR, 1999, s. 140-156.

Schollin, Kristoffer, *Virtuell upphovsrätt*, Juridisk Tidskrift, 2004/05, s. 61-81.

Schønning, Peter, *Tekniska skyddsåtgärder*, NIR, 2005, s. 581-584.

Vinje, Thomas C., *Should we begin digging copyright's grave*, EIPR, 2000, s. 551-562.

Webber, David, *Intellectual property – Challenges for the future*, EIPR, 2005, s. 345-348.

Westman, Daniel, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, NIR, 2002, s. 226-250.

Westman, Daniel, *Tekniska åtgärder. Nordiskt genomförande av artikel 6 i infosoc-direktivet*, NIR, 2003, s. 559-579.

Övrigt

Nationalencyklopedin, Bokförlaget Bra Böcker, Höganäs, 1992.

Nationalencyklopedin, Bokförlaget Bra Böcker, Höganäs, 1993.

Elektroniska källor

(senast besökta 2006-02-25)

<http://creativecommons.org/>

<http://news.techwhack.com/690/apple-itunes-250-million/>

<http://news.techwhack.com/1582/apple-now-aiming-for-half-billion-songs-sold-on-itunes/>

<http://www.aacsla.com/home>

<http://www.caslon.com.au/ipguide11.htm>

<http://www.deaacs.com/>

<http://www.euro-copyrights.org/index/8/13>

<http://www.ifpi.org/site-content/antipiracy/piracy-report-current.html>

http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=165

<http://www.lessig.org/>

http://w1.nada.kth.se/media/Research/MusicLessons/Reports/deliverable_1.pdf

<http://www.nanocrew.net/index.php?s=iTunes>

Stallman, Richard, *The Right to Read*, 1997. Internetversion:
<http://www.gnu.org/philosophy/right-to-read.html>

Walker, John, *The Digital Imprimatur: How big brother and big media can put the Internet genie back in the bottle*, 2003. Internetversion:
<http://www.fourmilab.ch/documents/digital-imprimatur>

www.kopieringskydd.com/faq.htm

Rättsfallsförteckning

Sverige

NJA 2000 s. 292

NJA II 1961 s. 116

Sollentuna Tingsrätt, 2005-11-09, B 1380-05

Västmanlands tingsrätt, 2005-10-25, B 1333-05

Norge

Oslo tingrett, sak nr: 02-507 M/94

Storbritannien

Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc and Others v Ball and Others, Case No: HC 03 C04467, EWHC 1738, (Ch D), 19 July 2004