

Tekniska åtgärder. Nordiskt genomförande av artikel 6 i infosoc-direktivet

Av jur. kand. Daniel Westman¹

1. Inledning

Denna artikel behandlar ett antal frågor som artikel 6 i infosoc-direktivet² och dess genomförande i de nordiska länderna aktualiserar. Bestämmelsen innebär helt kort att medlemsstaterna skall ge ett tillfredsställande rättsligt skydd dels mot kringgående av s.k. effektiva tekniska åtgärder, t.ex. kopieringsspärrear, dels mot vissa former av befattnin med anordningar, t.ex. datorprogram, som kan användas för kringgående av sådana åtgärder. I bestämmelsen finns även en reglering av förhållandet mellan skyddet för de tekniska åtgärderna och inskränkningarna i den upphovsrättsliga ensamrätten. Den närmare innebörden av artikel 6 har varit omdiskuterad, såväl vad det gäller skydds föremålet (artikel 6.3), som skyddets utformning (artikel 6.1 och 6.2) och dess gränser (bl.a. artikel 6.4).

De olika tolkningarna av bestämmelsen är inte bara av teoretiskt intresse, utan har direkt betydelse för vilka beteenden hos enskilda individer som skall tillåtas och vilka affärsmodeller som skall ges rättsligt stöd. Inte helt oväntat har den rättspolitiska debatten i denna del kommit att kretsa kring ett antal praktiska konsekvenser som det nya skyddet kan få för konsumenterna, främst köpare av fysiska bärare med t.ex. musik eller film, vilka försetts med spärrear som endast möjliggör uppspelning i viss utrustning. Frågan är om artikel 6 ger ett rättsligt skydd för denna typ av spärrear eller ej. Även möjligheterna att framställa exemplar för personligt bruk trots att tekniska åtgärder applicerats har diskuterats. Bakom dessa konkreta frågeställningar döljer sig en rad principiella problem förknippade med ett rättsligt skydd för tekniska åtgärder i allmänhet samt grundläggande frågor om tolkningen av artikel 6.

Huvudföremålet för framställningen är en konkret rättslig bestämmelse och det finns i detta sammanhang ingen ambition att fullständigt behandla fenomenet tekniska åtgärder.³ För att det skall vara möjligt att bedöma bestämmelsens

¹ Doktorand i rättsinformatik vid Juridiska institutionen Stockholms universitet. Texten utgör en utökad och uppdaterad version av det anförande som höll vid det XI Nordiska upphovrätts symposiet i Helsingfors i juni 2003. Författaren tackar Peter Adamsson, Sandart & Partners, för värdefulla kommentarer på en tidigare version.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

³ För en mer principiellt inriktad behandling av fenomenet tekniska åtgärder se Westman, Daniel, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, NIR 2002 s. 226–250 och där anförda arbeten. För senare publicerade synpunkter på det nordiska genomförandet av skyddet för tekniska åtgär-

faktiska tillämpningsområde och effekt finns det emellertid anledning att försöka sätta in det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder i sitt tekniska och affärsrättsliga sammanhang. Därtill är det för förståelsen av bestämmelsen viktigt att se den i ljuset av vissa andra rättsliga bestämmelser som direkt eller indirekt reglerar informationsåtkomst och förfoganden över information.

Implementeringsprocessen har i skrivande stund avancerat olika långt i de nordiska länderna. Danmark är det enda land i Norden som har nått i mål. Den 22 december 2002 trädde ett nytt kapitel (Kapitel 6 a, *Tekniske foranstaltninger m.v.*) i den danska upphovsrättslagen i kraft. Hösten 2002 lämnade den finska regeringen ett förslag på genomförande till riksdagen (*Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av upphovsrättslagen och 49 kap. strafflagen, nedan kallad "regeringspropositionen"*). Riksdagen har emellertid uppmanat regeringen att omarbete förslaget och att återkomma till höstrikdagen. I Norge presenterade Kultur- och kirke departementet under våren 2003 ett *Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven m.m.* (nedan "höringsutkastet"). Justitiedepartementet i Sverige publicerade i juni 2003 en departementspromemoria med förslag till svenskt genomförande (Ds 2003:35, *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*, nedan "promemorian").

2. Faktisk och rättslig kontroll över information

Dagens samhälle beskrivs ofta som ett informationssamhälle, där information utgör en viktig ekonomisk, politisk och kulturell resurs. Begreppet *information* används här i en vid och allmänspråklig mening, innefattande alla typer av meningsinnehåll som kan föras över till och förstås av en människa, oavsett om det föreligger i form av text, bild, ljud, datorprogram etc. och om det omfattas av rättsligt skydd eller ej.

De tekniska åtgärder som här är föremål för diskussion utgör ett sätt för den som applicerar dem att skapa en *faktisk kontroll över information*, dvs. en möjlighet att bestämma över vilka som skall få tillgång till (access till) och rätt att på annat sätt förfoga över informationen, t.ex. genom att kopiera den eller göra den tillgänglig för allmänheten. De praktiska möjligheterna till faktisk kontroll över information ser olika ut i olika tekniska miljöer. I en pappersmiljö har det t.ex. varit möjligt för en författare att genom olika tekniska arrangemang skydda sina alster mot åtkomst eller tillgängliggörande, men det har varit svårt eller omöjligt att upprätthålla sådana arrangemang på en massmarknad. Har texten väl spritts är det omöjligt att med tekniska medel hindra access och vidare spridning. I en elektronisk – framför allt digital – miljö är situationen mer komplex. Samtidigt som användarnas möjligheter till access, kopiering och tillgängliggörande generellt ökar och därigenom exempelvis kan utgöra ett hot mot upphovsmäns och producenters affärsmodeller och intäkter, kan det noteras att möjligheterna till faktisk kontroll över alla typer av information på senare år har ökat bl.a. genom

der se även Foged, Therese, *U.S. v. E.U. Anti-Circumvention Legislation: Preserving the Public's Privileges in the Digital Age*, E.I.P.R. 2002 s. 525–542 samt Riis, Thomas, *Ophavsretlige selvhjælpsforanstaltninger*, Festskrift till Mogens Koktvedgaard, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003, s. 425–446.

lösningar som hindrar åtkomst- och kopiering (dvs. tekniska åtgärder). Dessa sätt att tekniskt kontrollera hur information, t.ex. verk, används och konsumeras av användarna innebär även ett stöd för nya affärsmodeller så som ”pay per view” och ”pay per use”.⁴ Exempelvis kan filmer säljas till ett lägre pris på en skiva som på grund av en teknisk åtgärd bara kan spelas upp en gång (och naturligtvis inte heller kan kopieras).⁵

Vissa typer av information är föremål för *rättslig kontroll*. Den rättsliga kontrollen över information bestäms genom regler som positivt slår fast ett subjekts rätt att ta del av viss information, men även som i det här diskuterade sammanhanget, genom regler om t.ex. upphovsrätt som ger rättighetsinnehavaren en ensamrätt att förfoga över verket och straffrättsliga regler som t.ex. förbjuder obehörig access till information. Upphovsrätten ger som bekant ingen absolut rättslig kontroll över information, utan skapar en ensamrätt till en viss form som givits information. En följd av de låga originalitetskraven som uppställts i praxis är emellertid att även relativt triviala utformningar numer skyddas. Ensamrätten gäller vissa förfoganden, nämligen exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten, och är därtill, på grund av viktiga intressen, begränsad genom en rad inskränkningar. Det talas ofta om ett behov av balans mellan rättighetsinnehavarnas intressen och nyttjarnas intressen.

Regleringen i artikel 6 innebär att ett rättsligt skydd skapas för vissa former av tekniska åtgärder. Därmed skapas en form av *indirekt rättslig kontroll över informationen*, vid sidan av den faktiska kontrollen och den befintliga rättsliga kontrollen, t.ex. den upphovsrättsliga ensamrätten. Regleringen innebär med andra ord att ett intrikat samspel mellan rättslig och faktisk kontroll över information skapas.⁶ För att kunna bedöma konsekvenserna av detta är det nödvändigt att förstå hur de tekniska åtgärderna rent praktiskt fungerar. Det handlar ju om att fastställa vilken faktisk kontroll som skall backas upp med ett rättsligt skydd.

3. Digitala tekniska åtgärder

Tekniska åtgärder för att skydda information, t.ex. upphovsrättsligt skyddade verk, mot access och kopiering är inte någon helt ny företeelse. Kodade kabel- och satellitsändningar, kopieringsspärrar på datorprogram, kopieringsskydd för köp- och hyrvideofilmer har funnits under många år. Vissa av dessa åtgärder åtnjuter redan ett rättsligt skydd,⁷ men detta skydd är snävare utformat än skyddet enligt artikel 6, bl.a. är det bara inriktat på vissa former av hantering av utrustning som kan användas för kringgående (inte själva kringgåendet) och definitionerna av vilken utrustning som är otillåten är snävare.

I det följande fokuseras på *digitala* tekniska åtgärder. Anledningen till detta är dels att digital distribution av information, t.ex. text, musik och film, blir allt

⁴ Westman, a.a. s. 243 ff.

⁵ Den tekniska åtgärden utgör här inte ett skydd mot piratkopiering, utan ett skydd för en viss affärsmodell. Skyddet skulle också kunna beskrivas som en slags skydd för en viss position, som kan liknas vid hur straffrätten skyddar besittning.

⁶ Se även Westman, a.a. s. 231 f., om nya möjligheterna till ”avtalsrättsligt skydd” i en digital miljö.

⁷ Westman, a.a. s. 237 f.

vanligare, dels att tekniska åtgärder, på grund av enkelheten att kopiera och distribuera information utan kvalitetsförlust, får en större praktisk betydelse än i en analog miljö. Syftet i detta sammanhang är inte att i detalj analysera konkreta system, utan att beskriva sådana principiella funktionssätt hos digitala tekniska åtgärder som kan vara betydelsefulla vid tolkningen av artikel 6.

De flesta digitala tekniska åtgärder spås i framtiden byggas upp kring *kryptering* av innehållet. Ett exempel på en teknisk åtgärd som väl illustrerar denna utveckling är CSS (*Content Scramble System*), som används för att skydda innehållet på en DVD (Digital Versatile Disc).⁸ Med hjälp av en krypteringsalgoritm och en uppsättning krypteringsnycklar omvandlas innehållet på skivan till en form som bara kan läsas av utrustning som innehåller en viss uppsättning uppspelningsnycklar. För att ett företag som utvecklar DVD-spelare eller tillverkare operativsystem till datorer som innehåller DVD-spelare skall få tillgång till algoritmen och uppspelningsnycklarna krävs att de ingår ett avtal med den organisation som förvaltar de patent som ligger till grund för CSS. I detta avtal förbinder sig tillverkaren bl.a. att se till att innehållet skyddas på visst sätt när det är dekrypterat, t.ex. skall det gå att titta på filmen via en vanlig TV men inte att kopiera den t.ex. till en dators hårddisk.⁹ Skyddet mot kopiering bygger med andra ord på att uppspelning endast kan ske i en "säker miljö". Omvänt innebär detta att om uppspelning ändå kan ske i en icke-auktoriserad utrustning eller under ett icke-auktoriserat operativsystem så finns det ingen garanti för att kopiering kan hindras. Krypteringen – eller accesspärren om man så vill – utgör med andra ord en avgörande komponent i skyddssystemets funktion. Det enda fungerande alternativet till accesspärren för att förhindra digital kopiering är såvitt jag kan se att ställa rättsliga krav på att all hård- och mjukvara som hanterar vissa medieformat aktivt måste respektera sådana kopieringspärren, dvs. detaljerad rättsliga krav på teknisk utformning.¹⁰

En variant på CSS-lösningen – som kan anses vara av tillfällig karaktär – är de olika system som används för att skydda CD-skivor. Problemet ur skyddssynpunkt är här att det redan finns en mycket spridd plattform för avspelning som inte stöder något system som hindrar kopiering. Samtidigt är det om CD-skivor med musik kan spelas i en dator mycket enkelt för användaren att göra perfekta digitala kopior, vilka enkelt kan lagras eller göras tillgängliga, t.ex. via internet. Lösningen har varit att på nya CD-skivor åstadkomma medvetna lagringsfel, vilka gör att spåren inte kan spelas upp på många av de CD-spelare som sitter i datorer. I traditionella CD-spelare skall uppspelning emellertid kunna ske utan

⁸ Ett system som har flera likheter med CSS kan användas för att skydda sändningar av digital-tv. Även nästa generations standarder för distribution av musik på CD-skivor har ett liknande funktionssätt.

⁹ Förutom skyddet mot kopiering finns i systemet en omdiskuterad regionkodning, vars syfte är att hindra uppspelning av filmer som släppts i en annan region, t.ex. kan filmer som köpts i USA (region 1) inte spelas upp i regionsbundna spelare som sålts i Europa (region 2). I denna del fungerar den tekniska åtgärden som ett rent skydd mot access till innehållet.

¹⁰ Jfr t.ex. om SCMS (Serial Copy Management System) i Westman, a.a. s. 233 not 26. Att sådana aktiva krav på teknikutformning inte följer av direktivet framgår av stycke 48 i ingressen.

problem.¹¹ I vissa fall kompletteras den skyddade CD-skivan med krypterade filer med samma innehåll. Dessa filer kan spelas upp i ”säkra datormiljöer” på samma sätt som beskrivits ovan.

Denna tillfälliga lösning med medvetna lagringsfel illustrerar tydligt fördelen med att istället använda *kryptering*. Om en tillverkare skapar en datorutrustning som kan spela skivor med lagringsfel är det svårt att hävda att detta utgör ett hjälpmedel för kringgående av en effektiv teknisk åtgärd (jfr stycke 48 i ingressen). Undersökningar har nämligen visat att spärrarna inte alls är effektiva i alla tekniska miljöer. Dekryptering är däremot alltid en medveten åtgärd för att kringgå en spärr.

Ett annat sätt att skydda material mot kopiering i en online-miljö är s.k. *streaming*. En datafil görs tillgänglig för uppspelning i realtid i användarens dator, mot betalning eller avgiftsfritt. För att kunna spela upp en streamad fil krävs ofta att ett särskilt spelarprogram finns installerat på användarens dator. Detta program utför en ”handskakning” när det kopplar upp sig mot den server där filen finns. Obehöriga program nekas åtkomst till filen och det behöriga programmet kan hindra att innehållet kopieras. Även här är alltså nyckeln till skyddets funktion att en ”säker miljö” skapas. Om ”handskakningen” kan utföras av ett icke-auktoriserat datorprogram kan servern som sänder ut informationen luras att sända innehållet till en dator där kopiering kan ske.¹²

Gemensamt för de här beskrivna tillvägagångssätten för att förhindra kopiering är att de kan hamna i konflikt med användares intresse av att kunna använda *valfri utrustning och datormiljö för uppspelning* av innehållet. Särskilt starkt har vissa användare reagerat mot att fysiska informationsbärare, t.ex. DVD- och CD-skivor, som användare lagligen har i sin besittning inte kan spelas upp på viss utrustning, t.ex. har det framhållits att lagligen inköpta DVD-filmer inte har kunnat ses på datorer som använder operativsystemet Linux.

Tekniska åtgärder kan som nämnt ovan även användas för att stödja ”pay per view” och liknande affärsmodeller. Den tekniska åtgärden har i dessa sammanhang primärt till syfte att hindra att icke-betalande kunder får tillgång till informationen eller tjänsten. Accessspärren, t.ex. krypteringen, blir därmed inte bara ett medel för att hindra kopiering, utan ett mål i sig. Hittills har dessa affärsmodeller mest använts för sändningar och interaktiva tjänster, där konflikten med ägandet av en fysisk informationsbärare inte blir lika tydlig. Lagstiftaren har ansett att vissa tjänster som erbjuds på villkor att betalning erläggs är skyddsvärda i sig själva, dvs. alldeles oavsett frågan av om innehållet omfattas av upphovsrätt eller någon annan ensamrätt.¹³

¹¹ I media har emellertid vissa problem rapporterats, t.ex. när det gäller CD-spelare för bilar.

¹² Denna problematik illustreras av ett amerikanskt rättsfall, *RealNetworks v. Streambox* (No C99-2070P, W.D. Wash. Jan. 18, 2000).

¹³ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 98/84/EG av den 20 november 1998 om det rättsliga skyddet för tjänster som bygger på eller utgörs av villkorad tillgång, som förbjuder befattningsmed vissa typer av avkodningsutrustning. Direktivet har i Sverige genomförts genom lagen (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning.

4. Teknikutformning och lagstiftning

De här diskuterade frågorna berör som redan nämnts samspelet mellan rättslig och faktisk kontroll över information, t.ex. frågan om hur den rättsliga regleringen skall förhålla sig till teknisk utformning. Den befintliga tekniska miljön utgör ofta *utgångspunkt* för rättsliga bedömningar, t.ex. lagstiftningstekniska överväganden eller domstolars bedömningar av konkreta situationer. Vissa egenskaper hos den digitala tekniken kan ofta uppfattas som en självklar följd av tekniken i sig, medan andra är resultatet av mer eller mindre medvetna utformningsbeslut och kan påverkas, t.ex. genom direkta rättsliga krav eller genom att vissa tekniska lösningar rättsligt ges en viss behandling. För lagstiftaren handlar det med andra ord om att ha en förståelse för teknikens egenskaper och vilka *krav på teknikutformning* som är rimliga att ställa. Det finns inte alltid någon skarp gräns mellan sådana tekniska egenskaper som måste tas för givna och som därmed får bilda en naturlig utgångspunkt för den rättsliga regleringen och sådana egenskaper som lagstiftaren kan förhålla sig mer aktivt till, t.ex. genom att stödja eller förbjuda.

I samband med genomförandet av artikel 6 finns det anledning att särskilt uppmärksamma vissa *egenskaper hos digitaltekniken* som är så fundamentala att de i princip inte kan påverkas. För det första är det en inneboende egenskap i en digital miljö att varje åtkomst till ett informationsinnehåll, t.ex. bildskärmsvisning eller uppspelning av ett verk i en dator, innebär ett åtminstone tillfälligt framställande av en kopia av verket i fråga i datorns olika minnen. Detta faktum är naturligtvis bakgrunden till direktivets omdiskuterade reglering i artiklarna 2 och 5.1, som jag skall återkomma något till. För det andra kan det i en öppen datormiljö (i motsats till en "säker" t.ex. i en auktoriserad DVD-spelare) sägas vara givet att digital åtkomst till verksinnehållet alltid relativt enkelt möjliggör digital kopiering. Att tekniskt och rättsligt tillåta t.ex. uppspelning av en CD-skiva i en för användaren valfri datorutrustning innebär sålunda att det knappast går att hindra kopiering av skivan. Detta är förklaringen till varför de mer avancerade digitala tekniska åtgärderna idag bygger på en kombination av access- och kopieringsskydd. Sammanfattningsvis kan man alltså säga att digitaltekniken på flera sätt gör accessfrågan och kopieringfrågan intimt förknippade. Den uppdelning som i rättsliga diskussioner ofta görs mellan tekniska åtgärder som innebär ett *accesskydd* och sådana som innebär ett *kopieringsskydd* är, sett ur denna synvinkel, knappast ändamålsenlig.

Tekniska åtgärder har ofta flera användningsområden, t.ex. kan en teknisk åtgärd användas för att förhindra ett upphovsrättsintrång, men även till att förhindra åtgärder som är tillåtna enligt upphovsrätten t.ex. därför att åtgärden applicerats på ett objekt som inte är föremål skydd, att det inte rör sig om ett upphovsrättsligt förfogande eller att en inskränkning i ensamrätten är tillämplig i det aktuella fallet. På samma sätt kan ett datorprogram för kringgående av en teknisk åtgärd användas såväl till åtgärder som faller utanför ensamrätten som rena intrångshandlingar. Att få den faktiska kontrollen som sker med hjälp av tekniska åtgär-

der i full harmoni med upphovsrätten är knappast möjligt – för det är upphovsrätten allt för fylld av avvägningar i den konkreta situationen.¹⁴

Frågan är vilken betydelse dessa förhållanden skall tillmätas när det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder bestäms. Annorlunda uttryckt kan man fråga sig vilka krav på *teknisk utformning* lagstiftaren skall ställa dels på den som skapar och använder en teknisk åtgärd för att den skall erhålla rättsligt skydd, dels på den som skapar utrustning etc. som kan användas för att hantera prestationer försetts med en sådan åtgärd för att utrustningen skall vara lagliga att använda. När det gäller den tredje aktören, dvs. den användare som utför kringgåendet av den tekniska åtgärden aktualiseras inte frågan om teknisk utformning, men däremot *valet av teknisk utrustning* som används för att få åtkomst till informationen och frågan är om lagstiftningen kan ställa några krav i dessa delar, t.ex. på att utrustning som används för tillåtet kringgående av tekniska åtgärder för uppspelning etc. skyddar innehållet mot kopiering.

Svaret på dessa och en hel del andra frågor skall utläsas ur artikel 6.

5. Exkurs: En möjlighet att rättsligt kontrollera access?

Tolkningen och genomförandet av artikel 6 aktualiserar frågan om det genom denna reglering skapas en rättslig uppbackning av tekniska spärrar som hindrar *access*. Om så är fallet kan rättsinnehavaren tekniskt kontrollera vem som får tillgång till ett verk och på vilket sätt detta sker, t.ex. i vilken utrustning, och angrepp mot dessa åtgärder skyddas rättsligt mot kringgående och hantering av anordningar för kringgående. Innan denna fråga analyseras närmare finns det anledning att något undersöka om det redan utan artikel 6 finns upphovsrättsliga eller andra regler som ger rättsinnehavaren möjlighet att rättsligt kontrollera vem som får access. Direkt kan det konstateras att upphovsrättsliga regler som *uttryckligen* fastslår en ensamrätt att kontrollera access i den här beskrivna meningen saknas. Frågan är istället om tillämpningen av ensamrätten till exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten i vissa miljöer *indirekt* skapar sådana rättsliga kontrollmöjligheter.¹⁵

I en *analog miljö* innebär det egna läsandet av en bok eller lyssnandet på en skiva inte att upphovsmannens ensamrätt aktualiseras. Rättighetsinnehavaren kan i någon mening med hjälp av äganderätten till de fysiska verksexemplaren och en restriktiv spridningspolitik hindra folk från att få åtkomst till verksinne-

¹⁴ Westman, a.a. s. 250. Däremot är det möjligt att utforma tekniska åtgärder som *beaktar de motstående intressen som ligger bakom upphovsrätten*, men kanske på ett något annorlunda sätt. Exempelvis finns det tekniska åtgärder som tillåter att enstaka kopior av en fil görs, men som hindrar att dessa kopior används som förlagor för ytterligare kopior.

¹⁵ Se vidare Bing, Jon, *The New or Evolving "Access Right"*, Proceedings of the ALAI Congress June 13–17, 2001, ALAI-USA inc., New York, s. 288–315. Jfr Heide, Thomas, *Copyright in the E.U. and United States: What "Access Right"*, E.I.P.R. 2001 s. 469–477, som kritiserar användningen av uttrycket *accessrätt* och istället talar om en befogenhet att kontrollera access. Se även Rognstad, Ole-Andreas, *Konsumpsjon og digitale overføringer. Et forslag til en alternativ løsningsmodell*, Festskrift till Mogens Koktvedgaard, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, Köpenhamn 2003, s. 447–472, på s. 470.

hållet. Men så snart ett exemplar har blivit tillgängligt för någon, t.ex. via ett bibliotek, upphör kontrollmöjligheterna vad avser detta exemplar.¹⁶ Fördelen med detta är att upphovsrätten inte i någon större utsträckning hotar tillgången till information i samhället samtidigt som upphovsmannens ekonomiska intressen tillvaratas. Den rättsliga kontrollen över informationen blir, som jag ser det, lagom stark.

I en *digital miljö* får exemplarframställningsrätten en helt annan praktisk betydelse. Artikel 2 i infoc-direktivet innebär att även tillfälliga och tekniskt betingade lagringar av delar av verk som sker i datorns arbetsminne, grafikminne etc. principiellt faller under ensamrätten. Detta innebär något förenklat att varje åtgärd för att ta del av ett verk, t.ex. att läsa en text eller att lyssna på musik, med hjälp av en dator principiellt faller under upphovsmannens ensamrätt. I denna ensamrätt finns det naturligtvis ett antal inskränkningar. I detta sammanhang är särskilt *artikel 5.1* av intresse. Denna bestämmelse undantar från ensamrätten bland annat vissa "tillfälliga former av mångfaldigande [...] som är flyktiga eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och vars enda syfte är att möjliggöra [...] en laglig användning av ett verk eller annat alster och som inte har någon självständig ekonomisk betydelse".¹⁷ Av stycke 33 i ingressen framgår att syftet bl.a. är att undanta webbläsning och cachelagring från ensamrätten, men bara under förutsättning att rekvisiten som anges i själva artikeln är uppfyllda. Frågan uppkommer därmed främst vad som utgör "en process vars enda syfte är att möjliggöra [...] en laglig användning" och vilka mångfaldigande av detta slag som "inte har någon självständig ekonomisk betydelse"?¹⁸

Beträffande det första rekvisitet anges i det aktuella stycket i ingressen att en användning "bör anses laglig om den görs med rättsinnehavarens tillstånd eller inte är otillåten enligt lag". Det är oklart om hänvisningen till att användningen *inte är otillåten enligt lag* endast avser upphovsrättslagen eller om även andra bestämmelser, t.ex. straffrättsliga regler om obehörig dataåtkomst (jfr nedan), skall beaktas. Rent språkligt kan någon begränsning till upphovsrätten inte utläsas vare sig ur själva artikeln eller ur det tillhörande stycket i ingressen. Det kan också ifrågasättas varför en tillfällig exemplarframställning som är ett led i en otillåten handling skall undantas från ensamrätten. I ett EG-rättsligt perspektiv kan man emellertid hävda att det skulle vara märkligt om tolkningen av en harmoniserad upphovsrättslig bestämmelse gjorts beroende av divergerande natio-

¹⁶ Rättighetsinnehavaren kan även utnyttja sin besittning av en lokal t.ex. en biograf till att sälja access till verksinnehållet. Upphovsrättsliga regler förhindrar att biografer som inte har tillstånd av rättighetshavaren visar filmen och straffrättsliga regler hindrar att icke-betalande besökare tar sig in i lokalerna. De begränsade möjligheterna att kontrollera access i en analog miljö gäller sålunda främst i samband med att verket sprids i form av fysiska exemplar.

¹⁷ Undantaget skall inte tillämpas på datorprogram och databaser. Tekniskt betingad och tillfällig exemplarframställning av dessa typer av verk regleras i artikel 5 i Rådets direktiv av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram (91/250/EEG) respektive artikel 6 och 8–9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser.

¹⁸ Det finns enligt artikel 5.1 inget krav på att förlagan för den tillfälliga exemplarframställningen skall vara "laglig" (jfr diskussionen om detta krav i relation till kopiering för privat bruk).

nella regler om obehörig dataåtkomst etc. Oavsett tolkningen i denna del framstår kravet på laglig användning som överflödigt. Om rekvisitet inte är uppfyllt kommer ju ingripande mot användningen som helhet ändå att kunna ske med stöd av andra bestämmelser.

Avgörande betydelse för rättighetsinnehavarnas möjlighet att rättsligt kontrollera accessen till deras prestationer är däremot tolkningen av kravet på att det tillfälliga mångfaldigandet *inte skall ha någon självständig ekonomisk betydelse*. Kravet tycks öppna upp för en mer marknadsinriktad bedömning av vad som skall vara föremål för ensamrätt. I de situationer där användaren förvärvat en DVD-skiva, utan att acceptera några särskilda begränsningar i nyttjandet, har de tillfälliga exemplar som framställs vid tittandet knappast någon självständig ekonomisk betydelse i bestämmelsens mening. Är affärsmodellen däremot på något sätt kopplad till ”pay per view” kan man säga att själva accessen, och därmed den tillfälliga exemplarframställningen, har en självständig ekonomisk betydelse, och att access som på något sätt hotar detta affärsupplägg skulle falla utanför undantagets tillämpning. Med en sådan tolkning skulle man kunna säga att en rättighetsinnehavare i vissa situationer har en möjlighet att rättsligt kontrollera åtkomsten till en skyddad prestation. Samtidigt måste det konstateras att kravet på exemplarframställningen inte skall ha en självständig ekonomisk – åtminstone om det tolkas extensivt – riskerar att leda till cirkelresonemang. Om ett tillfälligt exemplar inte omfattas av ensamrätten kan det ju utvecklas en marknad och då kan de tillfälliga exemplaren sägas ha en självständig ekonomisk betydelse!¹⁹

I sammanhanget bör noteras att tillfälliga kopior i vissa fall även kan framställas med stöd av bestämmelsen om *kopiering för privat bruk*. Ett potentiellt problem med att tillämpa denna bestämmelse på sådana tekniska kopior som uppstår vid digital access är emellertid att bestämmelsen bara ger rätt att framställa ett begränsat antal exemplar och att antalet lagringar av ett verk som uppstår vid körning i en dator normalt är mycket stort. Därtill kommer naturligtvis krav på att det verkligen skall vara fråga om personligt bruk och, enligt den nya lydelsen av bestämmelsen som redan införts eller som föreslås, att förlagan för kopieringen är ”lovlig”, dvs. inte framställd i strid med 2 § upphovsrättslagen. Det senare rekvisitet innebär t.ex. att bestämmelsen inte undantar sådana exemplar som framställs vid uppspelningen av en piratkopierad DVD-film eller CD-skiva från ensamrätten.

När vi analyserar frågan om rättslig möjlighet att kontrollera access i en digital miljö kan vi inte stanna vid upphovsrätten. *Straffrättsliga regler* om t.ex. dataintrång eller intrång i förvar ger ofta ett tämligen långtgående skydd mot att någon olovligen bereder sig tillgång till digitalt lagrad information. Här är skyddsobjektet inte ett immateriellt innehåll, t.ex. ett verk, utan den begränsade åtkomsten till vissa data. I vissa länder krävs det för straffbarhet att den som bereder sig tillgång till data har brutit igenom någon form av teknisk spärr, men i t.ex. Sverige är detta inte något krav och straffbarheten kommer då helt att avgöras av begreppet ”olovligen”. Informationsåtkomst är olovlig om den som bereder

¹⁹ Artikel 5.1:s förhållande till artikel 6 behandlas under avsnitt 7 nedan.

sig tillgång till informationen inte har samtycke eller annars kan stödja sig på lag. Personligen tycker jag att många straffrättsliga regler om dataintrång etc., som tillkom på stordatorernas tid, i dagens IT-miljö framstår som rena generalklausulerna. I en onlinemiljö torde reglerna innebära att det straffrättsliga skyddet blir tämligen starkt. Den som tar sig förbi en behörighetskontroll för att utan betalning läsa viss information kan straffas och rättsinnehavarna kan alltså redan idag sägas ha ett starkt skydd för sin affärsmodell. Vad de här nämnda straffrättsliga reglerna innebär när det gäller information som finns på en fysisk bärare t.ex. en CD-rom som den som skaffar sig access har i sin besittning är mer osäkert, men troligen måste man här vara mer försiktig i olovlighetsbedömningen. I det uppmärksammade norska DVD-målet fann Oslo Tingrett t.ex. att det inte var olovligt att bereda sig tillgång till innehållet på en DVD som man ägde, även om detta skedde på ett sätt som rättighetshavaren inte avsett. Samtidigt tycks Tingretten ha utgått ifrån att det omvända skulle gälla om det var fråga om en piratkopierad DVD. Med detta synsätt skulle det alltså vara straffbart att titta på piratkopierad film.²⁰

Ett skydd som är direkt kopplat till *tjänster som tillhandahålls på villkor om betalning* finns genom Europaparlamentets och rådets direktiv 98/84/EG av den 20 november 1998 om det rättsliga skyddet för tjänster som bygger på eller utgörs av villkorad tillgång. Skyddet för tjänsterna, t.ex. TV- och onlinetjänster, sker indirekt på liknande sätt som i artikel 6.2. i infosoc-direktivet, dvs. genom ett förbud mot hantering av utrusning etc. som kan användas för kringgående av tekniska spärrar.²¹ Direktivet innehåller inte något direkt förbud mot privat användning eller privat innehav av olovlig avkodningsutrustning,²² varför det rena accesskyddet måste betecknas som begränsat.

Beskrivningen i detta avsnitt ger en mycket splittrad och svårsammanfattad bild av möjligheterna att rättsligt kontrollera vem som får access till information t.ex. verk eller andra skyddade prestationer. Flera olika regelkomplex berörs och deras tillämpning är delvis osäker. Upphovsrätten ger inte uttryckligen en ensamrätt att kontrollera access, men i vissa begränsade situationer är de tillfälliga kopior som framställs vid access otillåtna om rättighetsinnehavarens samtycke saknas. Straffrättsliga regler, som är direkt inriktade mot obehörig åtkomst, ger i viss utsträckning ett starkare skydd. Generellt tycks denna kortfattade genomgång visa att en användare som har laglig tillgång till en *fysisk informationsbärare* inte med de här behandlade reglerna kan hindras att skaffa sig åtkomst till innehållet. I en *interaktiv onlinemiljö* har rättighetsinnehavare och tjänstetillhandahållare ett starkare skydd och användare som utan samtycke skaffar sig access till information begår i allmänhet ett brott.

²⁰ Oslo Tingrett, sak nr: 02-507 M/94. Målet är överklagat och några mer långtgående slutsatser av domstolen uttalande i denna del bör kanske inte dras.

²¹ En betydelsefull skillnad är emellertid att hanteringsförbudet när det gäller villkorade tjänster bara gäller verksamhet som sker yrkesmässigt eller annars i förvärvssyfte. Ett krav på kommersiellt syfte finns enligt infosoc-direktivet bara när det gäller innehav (se vidare avsnitt 8).

²² Enligt stycke 21 i ingressen är emellertid nationella förbud mot privat hantering tillåtna.

6. Allmänt om genomförandet av artikel 6

Artikel 6 var under hela arbetet med direktivet föremål för debatt och bestämmelsen genomgick kraftiga förändringar från kommissionens förslag till den slutliga lydelsen. Liksom en del övriga delar av direktivet bär slutresultatet prägeln av en politisk kompromiss, som rent rättsligt lämnar en del övrigt att önska i form av tydlighet och frihet från motsägelser. En förklaring till detta resultat kan vara att det faktiska bruket av tekniska åtgärder vid tiden för direktivets tillkomst var relativt begränsad, något som gjorde det svårt att i alla delar förutse konsekvenserna av regleringen. Bland annat detta faktum har lett fram till artikel 12:s krav på en osedvanlig snabb utvärdering av reglerverket.

I Danmark har artikel 6 genomförts genom ett antal bestämmelser i ett nytt kapitel i upphovsrättslagen och samma lösning föreslås i de övriga nordiska länderna. Lagstiftarna har sålunda valt att betona den nära koppling som skyddet i artikel 6 har till upphovsrätten.²³ Direktivets komplexa uppbyggnad i denna del talar dessutom för ett genomförande som relativt nära anknyter till direktivtexten. Det tycks dock finnas en stark vilja att genom förtydliganden i lagtexten eller åtminstone i förarbetena föra fram en självständig tolkning av direktivregleringen, som på ett rimligt sätt hanterar de problem som ansetts vara förknippade med denna. Exempelvis kan man se att alla länder har vissa gemensamma problem som blir föremål för analys, t.ex. frågan om användarna skall ha rätt att spela upp ett fysiskt exemplar av ett verk som de har tillgång till på valfri utrustning. Mot bakgrund av den stora betydelse som skyddet för tekniska åtgärder har för såväl rättighetsinnehavare som användare, är det en naturlig strävan att försöka precisera den nationella regleringen. Samtidigt är riskerna, enligt min mening, uppenbara att resultatet av genomförandet därigenom kommer att bli splittrat och vid en prövning i EG-domstolen i vissa fall visa sig oförenligt med direktivet.²⁴ För de rättighetshavare som agerar på en internationell informationsmarknad och som utnyttjar tekniska åtgärder blir naturligtvis ett heterogent rättsläge extra besvärande. Det går sällan att anpassa de tekniska åtgärdernas funktionsätt till nationella ordningar och om verktyg för att bryta skyddet lagligt kan tillhandahållas i en medlemsstat är risken stor att det faktiska skyddet i en annan medlemsstat inte går att upprätthålla.

När det gäller artikel 6.4, som reglerar förhållandet mellan tekniska åtgärder och inskränkningarna i ensamrätten, är situationen litet annorlunda eftersom direktivet här, inom vissa ramar, kräver nationella ställningstaganden i samband med implementeringsarbetet. Detta gäller dels vilka inskränkningar som skall slå igenom skyddet för tekniska åtgärder, dels formerna för att säkerställa inskränk-

²³ Ett alternativ skulle vara att ta fasta på att skyddet i artikel 6 är en främmande fågel inom upphovsrätten och att skyddet för tekniska åtgärder inte helt anknyter till den upphovsrättsliga ensamrättens utformning. Lagstiftningstekniskt skulle genomförandet kunna ske i en särskild lag, som även skulle innehålla de nationella regler som följer av direktivet om skydd för tjänster som bygger på villkorad tillgång. Det valda upphovsrättsliga tillvägagångssättet innebär att bestämmelserna i det nya kapitlet får ett mycket komplext förhållande till de bestämmelser som genomför detta direktiv.

²⁴ Jfr ambitionen i stycke 47 i ingressen in fine.

ningarnas praktiska genomslag. Denna ordning är till stor del en konsekvens av att harmoniseringsförsöken när det gäller inskränkningarna inte nådde ända fram. För kommersiellt verksamma aktörer kan naturligtvis en nationell splittning vara besvärande även när det gäller dessa frågor.

7. Föremålet för skydd: ”effektiva tekniska åtgärder”

Föremålet för skydd enligt direktivet är ”effektiva tekniska åtgärder”. I artikel 6.3 första meningen definieras *tekniska åtgärder* som ”varje teknik, anordning eller komponent som har utformats till att vid normalt bruk förhindra eller begränsa handlingar, med avseende på verk eller andra alster, som inte är tillåtna av innehavaren av enligt lag föreskriven upphovsrätt eller enligt lag föreskrivna till upphovsrätten närstående rättigheter eller av den rätt av sitt eget slag som föreskrivs i kapitel III i direktiv 96/9/EG”. Tekniska åtgärder skyddas bara om de är ”effektiva” och i artikel 6.3 andra meningen anges att tekniska åtgärder skall anses vara *effektiva* om ”användningen av ett skyddat verk eller annat alster kontrolleras av rättsinnehavaren genom en åtkomstkontroll- eller skyddsprocess, t.ex. kryptering, kodning eller annan omvandling av verket eller alstret eller en kontrollmekanism för kopiering om processen uppfyller skyddsändamålet.”

En omdiskuterad fråga har varit om definitionen av skyddsföremålet även omfattar *tekniska åtgärder som hindrar access* t.ex. avlyssning och bildskärmvisning.²⁵ Användaren skulle med en sådan tolkning inte ha rätt att kringgå en spär som hindra honom eller henne från att spela upp ett fysiskt exemplar av ett verk t.ex. i en dator och utrustning som gör sådan avspelning möjlig skulle bara få hanteras enligt rättighetsinnehavarens tillstånd. Den finska regeringspropositionen utgår ifrån att det är fråga om ett kringgående av en teknisk åtgärd även om inget nytt exemplar av verket samtidigt framställs.²⁶ Men den finska regeringen verkar inte vara helt nöjd med konsekvenserna av denna tolkning, eftersom den samtidigt föreslår ett särskilt undantag från kringgåendeförbudet för sådant kringgående ”som utförs av en enskild person för att lyssna eller se verket eller för att för sitt personliga bruk framställa ett exemplar av ett av personen lagligen anskaffat verksexemplar”.²⁷ I förarbetena till den danska bestämmelsen i § 75 c Stk. 4,²⁸ liksom i det norska höringsutkastet²⁹ och den svenska promemorian³⁰ har det istället hävdats att direktivet bara skyddar tekniska åtgärder ”som hindrar en upphovsrättsligt relevant handling”, dvs. exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten. Något tillspetsat skulle man kunna säga att de tre ländernas tolkning innebär att artikel 6 ses som ett skydd för *förfogande-*

²⁵ Personligen har jag i en tidigare artikel utgått ifrån detta och visat på konsekvenserna av ett så långtgående skydd (se Westman, a.a. s. 241).

²⁶ Regeringsproposition s. 119.

²⁷ Den föreslagna 50 a § 2 mom. Att problemet med kontrollen över det personliga lyssnandet och läsandet löses genom ett undantag från kringgåendeförbudet (artikel 6.1) innebär att det blir otillåtet att tillhandahålla hjälpmedel för att sådant privat tillgodogörande skall kunna ske (artikel 6.2).

²⁸ Se Kulturudvalget L 19 bilaga 137.

²⁹ Höringsutkastet s. 60.

³⁰ Ds 2003:35 s. 333 ff.

rätten (jfr dock nedan om inskränkningarna i förfoganderätten), medan den finska tolkningen innebär att artikel 6 uppfattas som en delvis *ny form av skydd för verket* (och därmed rättighetsinnehavaren).

I direktivets tillkomsthistoria finns inte mycket som kastar ljus över denna tolkningsfråga. I EU-kommissionens ursprungliga förslag till direktiv talades om ett skydd mot åtgärder som innebar ett ”otillåtet kringgående”, vilket kunde uppfattas så att kringgående för att på ett enligt lag tillåtet sätt förfoga över verket skulle falla utanför förbudet.³¹ Kommissionen var vid denna tidpunkt troli- gen påverkad av artikel 11 i WCT (World Copyright Treaty), där det talas om ett skydd för åtgärder som inte är ”authorized by the authors concerned or permitted by law” (kurs. här). Diskussionerna i samband med den slutliga lydelsens tillkomst tycks främst ha handlat om förhållandet mellan det nya skyddet och de upphovsrättsliga inskränkningarna. Detta skulle möjligen tyda på att det inte funnits något direkt syfte att stärka rättighetshavarnas kontroll över användarnas accessmöjligheter.³² Samtidigt kan man tycka att det skulle ha varit enkelt att – om det var avsikten – tydligt ange att bara tekniska åtgärder som förhindrar upphovsrättsliga relevanta handlingar omfattas av skyddet i artikel 6. Uttrycket ”som inte är tillåtna av [rättighetsinnehavaren]” kan läsas på olika sätt.³³ Antingen som ett påpekande om att bara tekniska åtgärder som applicerats på skyddat material omfattas av skyddet i artikel 6 och att detta skydd inte gäller om rättighetsinnehavaren rent faktiskt lämnat sitt samtycke till åtgärden (alltså oavsett om han eller hon har någon ensamrätt för den aktuella användningen), eller så att uttrycket kräver att det finns en ensamrätt med i bilden annars skulle det vara meningslöst att tala om en tillåtelse. Definitionen av ”effektiva” i 6.3 andra meningen nämner emellertid uttryckligen åtkomstkontroll och kryptering som ett sätt att skydda verken etc.

Att det från den nationella lagstiftarens sida finns en vilja att skapa en tydlig koppling mellan skyddet i artikel 6 och den upphovsrättsliga förfoganderätten, och därigenom bl.a. värna ”rätten att spela upp ett fysiskt exemplar av ett verk som man har i sin besittning i valfri utrustning” är i och för sig förståeligt. Denna tolkning ger emellertid mot bakgrund av de digitala tekniska åtgärdernas funktions sätt som beskrivits ovan upphov till problematiska effekter. De flesta mer avancerade tekniska åtgärder i en digital miljö bygger på en kombination av access- och kopieringsspärar. Accessspärren ser till att innehållet bara kan spelas upp i en ”säker” spelare där det inte kan kopieras. Tillåts uppspelning i en ”icke-säker” spelare fungerar inte heller kopieringsspärren. Den danska, norska och svenska tolkningen innebär att själva accessspärren faller utanför definitionen

³¹ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, KOM(97) 628 slutlig.

³² I punkt 13 i ingressen anges att tekniska åtgärder är av grundläggande betydelse ”eftersom det yttersta syftet med dessa åtgärder är att säkerställa tillämpningen av i lag fastlagda principer och garantier.”

³³ I stycke 48 i ingressen talas om ”åtgärder som inte är godkända” (min kurs.) av rättighetsinnehavaren. I den engelska versionen används ”authorised” både i det aktuella stycket av ingressen och i själva artikeln.

i artikel 6.3. och därmed utanför skyddet för tekniska åtgärder. Ett alternativ skulle vara någon slags värdering av det väsentliga syftet med spärren, på så sätt att skyddet inte skulle bortfalla bara för att åtkomsten hindras som en konsekvens av en kopieringspärr (jfr ”normalt bruk” i artikel 6.3). En rättslig bedömning av *syftet* istället för själva *funktionen* är emellertid problematisk, särskilt mot bakgrund av access- och kopieringsfrågornas nära samband i en digital miljö. Varje verksam kopieringspärr i en digital miljö kommer att hindra access för någon grupp av användare.

Att å andra sidan innefatta accesspärrar i skyddet leder också till problem, men då med ett långtgående skydd. ”Rätten att spela upp” *fysiska exemplar* kan emellertid, på det sätt som föreslagits i den i den finska regeringspropositionen, i viss utsträckning säkerställas genom ett undantag i kringgåendeförbudet. Det har emellertid från vissa håll hävdats att ett sådant undantag inte skulle vara förenligt med artikel 6.4, som enligt denna tolkning bara skulle ge medlemsstaterna rätt att vidta åtgärder för att säkerställa möjligheten att kopiera för personligt bruk, inte att inskrika skyddet mot kringgående.³⁴ Problemet med en sådan lösning är också att de flesta användare inte har den tekniska kunskap som krävs för kringgåendet och att direktivet inte tillåter några undantag i förbudet mot hantering av utrustning som kan användas för kringgåendet (artikel 6.2).

För att återknyta till diskussionen om *rättsliga krav på teknisk utformning* ovan kan man säga att kopplingen till en ”upphovsrättsligt relevant handling” lägger en tung utformningsbörda på den som vill använda en teknisk åtgärd. I den del den hindrar access skyddas den inte och rent teknisk är det i princip omöjligt att hindra kopiering om access blir möjlig i en öppen datormiljö (se vidare nedan). En uppdelning i det slutliga *målet* med en teknisk åtgärd (t.ex. att hindra exemplarframställning) och *medlen* för att uppnå detta (t.ex. en accesspärr) är inte heller en framkomlig väg med tanke på det nära sambandet mellan access och kopiering i en digital miljö. De flesta accesspärrar kan även användas för att hindra kopiering och kopieringspärrar i en digital miljö innehåller någon form av accesskontroll. En tolkning som innebär att även tekniska åtgärder som hindrar access omfattas innebär å andra sidan att en rättighetshavarna ges en mycket stark kontroll över informationen.³⁵ I den amerikanska regleringen, som innehåller ett skydd för system som kontrollerar access, finns särskilda begränsningar i skyddet för att negativa effekter skall undvikas. De begränsningar som finns i artikel 6.4 är emellertid inte alls inriktade på att säkra åtkomst till verket, utan tvärtom har de som en förutsättning för att de skall vara tillämpliga att användaren har laglig tillgång till verket (se avsnitt 9).

Ett intressant faktum att notera med anledning av det danska, norska och svenska kravet på att en teknisk åtgärd för att skyddas skall hindra en ”upphovsrättsligt relevant åtgärd” är att all åtkomst till ett verksinnehåll i en digital miljö innebär ett upphovsrättsligt förfogande i artikel 2:s mening. I den meningen

³⁴ Personligen är jag inte helt övertygad om att detta är en riktig tolkning, eftersom artikel 6.4 i sådana fall kunde ha utformats utan hänvisning till artikel 6.1.

³⁵ Om problem med detta se Westman, a.a. s. 246 ff.

skyddar varje åtkomstspärr i en digital miljö mot en upphovsrättsligt relevant handling. Tolkningen tycks sålunda utgå ifrån att man vid bedömningen av om det är fråga om en upphovsrättsligt relevant åtgärd också skall beakta bestämmelsen i artikel 5.1. Detta är inte helt självklart eftersom strukturen i artikel 6 bygger på att förhållandet till inskränkningarna i ensamrätten beaktas i en särskild ordning, nämligen i 6.4 (se nedan). Möjligtvis skulle man beträffande artikel 5.1 kunna argumentera för att det här är fråga om något annat än en traditionell inskränkning i ensamrätten, nämligen något som definitionsmässigt helt faller utanför ensamrätten (jfr t.ex. med de i 9 § upphovsrättslagen nämnda allmänna handlingarna). Om man har denna syn på artikel 5.1, vilken jag tycker är den riktiga,³⁶ borde den rimligen genomföras i 2 § upphovsrättslagen eller åtminstone någonstans i 1 kap. Nästa prövning, om man accepterar denna syn på förhållandet mellan artikel 6 och artikel 5.1, blir att ta ställning till om åtkomsten i det konkreta fallet uppfyller rekvisiten i artikel 5.1 (jfr ovan under 5). Det kan exempelvis vara osäkert om kravet på att den tillfälliga exemplarframställningen har till enda syfte att möjliggöra en laglig användning är uppfyllt. Enligt min bedömning innebär detta att om det straffrättsligt uppfattas som dataintrång att skaffa sig tillgång till innehållet så är det inte fråga om en laglig användning. Därmed skulle undantaget i artikel 5.1 inte vara tillämpligt och den tekniska åtgärden skulle omfattas av skyddet i artikel 6. Det något uppseendeväckande resultatet blir alltså att hela frågan avgörs av den osäkra tolkningen av de straffrättsliga reglerna!

I ett lagstiftningstekniskt perspektiv finns det anledning att notera att kravet på att en teknisk åtgärd skall hindra en ”upphovsrättsligt relevant åtgärd” för att erhålla skydd inte har införts i den danska lagtexten.³⁷ Istället anvisas denna tolkning i de nationella förarbetena. Då frågan har en sådan principiell tyngd hade en *uttrycklig lagreglering* kanske varit att föredra. De argument som kan anföras emot en lagreglering, torde även kunna anföras emot mycket tydliga uttalanden om direktivets tolkning i de nationella förarbetena. I sista hand får tolkningsfrågan naturligtvis avgöras av EG-domstolen.

8. Skyddets utformning

Skyddet för tekniska åtgärder består enligt direktivet av två delar. För det första skall medlemsstaterna enligt artikel 6.1 införa ett rättsligt skydd mot *själva kringgåendet* av effektiva tekniska åtgärder ”om personen som utför kringgåendet känner till eller har skälig anledning att anta att han eller hon utför en sådan handling”. För det andra skall medlemsstaterna enligt artikel 6.2 förbjuda vissa typer av *befattning med hjälpmedel*, nämligen ”tillverkning, import, spridning, försäljning, uthyrning, marknadsföring i försäljnings- eller uthyrningssyfte eller innehav i kommersiellt syfte av anordningar, produkter eller komponenter eller tillhandahållande av tjänster” som kan användas för sådana ändamål, under för-

³⁶ Skall ”undantas” från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2.

³⁷ I det norska höringsutkastet och i den svenska promemorian föreslås emellertid uttryckliga lagregleringar.

utsättning att anordningen etc. ”(a) marknadsförs eller utannonseras i syfte att kringgå, eller (b) endast har ett begränsat kommersiellt intresse eller användningsområde av betydande art utöver att kringgå, eller (c) huvudsakligen är utformade, konstruerade, anpassade eller framtagna i syfte att möjliggöra eller underlätta kringgående av en effektiv teknisk åtgärd”. I stycke 48 i ingressen anges att det rättsliga skyddet bör vara förenligt med proportionalitetsprincipen och inte medföra förbud mot ”sådana anordningar eller verksamheter som har något annat kommersiellt betydelsefullt syfte eller användningsområde än att kringgå tekniskt skydd”. På samma ställe anges att det inte föreligger någon skyldighet att utforma anordningar, produkter, komponenter eller tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder, så länge anordningarna etc. inte på annat sätt omfattas av förbudet i artikel 6.

Om accesspärar bedöms falla utanför skyddsobjektet i artikel 6.3, innebär förbudet mot kringgående i artikel 6.1 endast att kringgående som resulterar i ett icke-tillfälligt exemplar eller ett tillgängliggörande för allmänheten förbjuds. Den enda förstärkningen av rättighetsinnehavarnas ställning i förhållande till den upphovsrättsliga förfoganderätten är att inskränkningarna inte får genomslag. Kringgåendeförbudet gäller med andra ord även om det aktuella förfogandet omfattas av en inskränkning (se vidare avsnitt 9). Lagstiftningstekniskt skulle kringgåendeförbudet med denna tolkning kunna genomföras genom en bestämmelse i 2 kap. upphovsrättslagen som anger att inskränkningarna i kapitlet inte är tillämpliga om en teknisk åtgärd kringgåts.³⁸ Anses däremot även accesspärar utgöra tekniska åtgärder i direktivets mening, skapas en rättsligt uppbackad möjlighet för rättighetsinnehavare att rent faktiskt kontrollera vem som skall få åtkomst till skyddade prestationer och på vilket sätt som detta får ske.

I det svenska förslaget anges att kringgåendeförbudet gäller tekniska åtgärder som *uteslutande* hindrar eller begränsar exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten. Begränsar en teknisk åtgärd möjligheterna till uppspelning etc. gäller förbudet mot kringgående alltså inte. Från denna reglering undantas i promemorians förslag emellertid en situation, nämligen den då en skyddad prestation görs tillgänglig för allmänheten elektroniskt, på distans och på begäran av mottagaren genom en tjänst som är föremål för villkorad tillgång och tillhandahålls mot betalning. Här gäller förbudet mot kringgående även om den tekniska åtgärden också skyddar den villkorade tjänsten, dvs. själva accessen. Motivet till att särbehandla den interaktiva onlinedistributionen på detta sätt anges helt lakoniskt vara att om skydd inte ges i sådana fall så skulle direktivets syfte att skydda verk i informationssamhället inte uppnås.³⁹ Personligen ställer jag mig emellertid tveksam till om denna särbehandling när det gäller kringgå-

³⁸ I det norska förslaget till ändringar av 11 § anges att bestämmelserna i 2 kap. inte ger rätt att framställa exemplar från en förlaga som är resultatet av ett kringgående av en teknisk åtgärd. Men förslaget innehåller dessutom i det nya kapitel 6a en uttrycklig bestämmelse om förbud mot kringgående.

³⁹ Den föreslagna 52 d §. Se även Ds 2003:35 s. 343 ff. Det är möjligt att den interaktiva online-situationen är mer skyddsvärd, men argumentet att direktivets syfte inte skulle kunna uppnås utan undantaget är så vagt att det inte i sig rationellt kan rättfärdiga ett sådant skydd.

endeförbudet verkligen behövs. Som framgått av redogörelsen i avsnitt 5 ovan så har tjänstetillhandahållaren i denna situation redan ett tillfredställande straffrättsligt skydd. Brytandet av en accesspär, t.ex. på en onlinetjänst som distribuerar film på begäran, skulle utgöra ett straffbart dataintrång.

Då de praktiska möjligheterna att med rättsliga medel ingripa mot enskilda individers kringgående av tekniska åtgärder inte är större än möjligheterna att beivra överträdelser av förfoganderätten kommer troligen förbudet mot hantering av hjälpmedel att spela en mer betydelsefull roll för rättighetshavarna. Samtidigt är en reglering som inriktar sig på teknisk utrustning problematisk. Teknisk utrustning kan, oavsett om den framtagits för ett bestämt *syfte*, ofta i praktiken användas även för andra ändamål och det är därför svårt att koppla ett förbud till ett bestämt syfte hos den som hanterar utrustningen. Om ett förbud å andra sidan bygger på vad utrustningen *kan användas till* riskerar det att bli alltför omfattande. Här kan man jämföra med det förhållningsätt som i praxis har utvecklats för att enligt allmänna upphovsrättsliga regler bedöma om tillhandahållandet av viss utrustning, som kan användas för lagliga såväl som olagliga ändamål, skall anses utgöra intrång i upphovsmannens ensamrätt. Utgångspunkten i dessa fall kan förenklat sägas vara att tillhandahållandet av utrustningen är lagligt så länge som det finns betydelsefulla användningsområden för den som inte innebär att ett intrång begås.

Hanteringsförbudet i artikel 6.2 går längre och slår till så snart något av rekvisiten i punkt a–c är uppfyllda. Även om det exempelvis enligt 6.1 är tillåtet att kringgå en kopieringspär som applicerats på material som *inte omfattas av upphovsrätt eller närstående rättighet*, kan bestämmelsen i artikel 6.2 i stor utsträckning hindra att det tas fram sådan utrustning etc. som kan användas för detta ändamål. Detta sammanhänger med att samma tekniska åtgärder troligtvis kommer att appliceras på såväl skyddat som oskyddat material och att utrustning för att kringgå sådana åtgärder i de flesta fall kommer att uppfylla rekvisiten i någon av punkterna a–c. Samtidigt skall det konstateras att den danska, norska och svenska tolkningen när det gäller accesspärar innebär att t.ex. ett datorprogram som kan användas för uppspelning av DVD-skivor i en ”icke-säker” miljö, t.ex. det berömda datorprogrammet DeCSS, är lagligt att hantera, så länge det inte marknadsförs som ett sätt att kringgå en kopieringspär. Detta även om uppspelning i en sådan miljö möjliggör kopiering.⁴⁰ Min bedömning är nämligen att sådan utrustning inte uppfyller rekvisiten i vare sig punkten b eller c. En fråga i anslutning till marknadsföringsrekvisitet (punkt a) är om det är tillräckligt att *någon* marknadsför utrustningen i syfte att den skall användas för kringgående, för att alla som har kännedom om marknadsföringen skall träffas av hanteringsförbudet.

Den breda skrivningen i artikel 6.2 kan säkert ge upphov till konflikter med yttrande- och informationsfriheten. Att utrustning som *kan* användas för helt lagliga ändamål förbjuds kan i sig vara problematiskt. Jämför t.ex. med skjutva-

⁴⁰ En annan sak är att en användning av programmet som innebär att verket kopieras träffas av förbudet mot kringgående även enligt de tre ländernas tolkning av skyddsobjektet. Som påpekats ovan är det emellertid i praktiken svårt för rättighetsinnehavarna att beivra privatpersoners överträdelser av detta förbud.

pen som ju har allvarliga effekter för samhället, men också vissa goda och därför får hanteras i vissa sammanhang. Även det faktum att artikel 6.2 förbjuder tillhandahållandet av *tjänster* som uppfyller rekvisiten i någon av punkterna a–c, kan vara ägnat att skapa problem, eftersom tjänster kan utgöra skyddade yttranden i yttrandefrihetslagstiftningens mening.⁴¹ Begränsningar i yttrandefriheten måste som bekant ha viss form, vara nödvändiga i ett demokratiskt samhälle och vara proportionerliga. Det finns bl.a. därför anledning att i detta sammanhang göra en relativt restriktiv tolkning av tjänstebegreppet. Exempelvis bör ren information på en webbsida om hur kringgående kan gå till inte anses som ett brott mot förbudet i artikel 6.2. För svenskt vidkommande skulle det motsatta ställningstagandet kräva ändringar i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen för att ingripande skall kunna ske mot sådan information som sprids i skyddade medieformer.⁴²

9. Tekniska åtgärder och inskränkningar i ensamrätten

Förhållandet mellan det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder och inskränkningarna i den upphovsrättsliga ensamrätten var kontroversiellt under hela arbetet med direktivet och den slutliga lösningen i artikel 6.4 måste ses som en kompromiss. Regleringen bygger inte på att det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder automatiskt begränsas om någon inskränkningseffekt hotas, utan intressena bakom inskränkningarna skall istället värnas i en särskild ordning. En anledning till att denna lösning valdes är att skyddet för tekniska åtgärder i princip skulle bli verkningslöst om utrustning för lagligt kringgående, t.ex. för att kopiera för personligt bruk, kunde tillhandahållas. Sådan utrustning skulle enkelt kunna användas även för rena intrång.⁴³

Inskränkningarna kan beroende på deras förhållande till de tekniska åtgärderna delas in i tre grupper.

1. Beträffande vissa i 6.4 första stycket uppräknad inskränkningar (t.ex. bibliotekens rätt till mångfaldigande och användning inom undervisning och vetenskaplig forskning) *skall* medlemsstaterna (om den valt att nationellt införa den aktuella inskränkningen) i avsaknad av frivilliga åtgärder från rättsinnehavarnas sida vidta åtgärder för att säkerställa att dessa inskränkningar kan utnyttjas av den som är behörig att göra det och som har laglig tillgång till det skyddade verket eller alstret i fråga.⁴⁴ Regleringen tycks alltså i första hand anvisa avtal och själv-

⁴¹ Detta kan i vissa fall även gälla produkter – framför allt datorprogram.

⁴² Problematiken behandlas i Ds 2003:35 s. 347 f. Även genomförandet av direktivet om rättsligt skydd för tjänster som bygger på eller utgörs av villkorad tillgång aktualiserade denna motsättning (se prop. 1999/2000:49 s. 15 f.), liksom direktivet om rättsligt skydd för datorprogram (se prop. 1992/93:48 s. 137). Motsättningen mellan artikel 6.2 i infosoc-direktivet å ena sidan och tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen å andra sidan är emellertid enligt min mening mer påtaglig.

⁴³ En annan förklaring till den valda lösningen är naturligtvis att det finns en medveten ambition att stärka rättighetshavarnas position på bekostnad av de intressen som värnas genom inskränkningarna.

⁴⁴ Bestämmelsen kan alltså inte användas för att framtvunga initial access.

reglering, t.ex. i form av teknisk anpassning av skyddsmekanismerna. Först i avsaknad av *frivilliga åtgärder* skall medlemsstaternas agera genom att vidta ”lämpliga åtgärder”. Inget av de nordiska länderna har uppfattat detta som ett hinder mot att redan vid det nationella genomförandet skapa en ordning för att hantera sådana lämpliga åtgärder. Genom att artikel 6.4 första stycket saknar hänvisning till artikel 6.2 framgår emellertid att medlemsstaterna inte kan tillåta tillverkning och spridning av utrustning etc. för kringgåendet eller tillåta tjänster för kringgående. När det gäller frågan om vad som är ”lämpliga åtgärder” har medlemsstaterna resonerat på olika sätt. I det finska förslaget anvisas ett särskilt skiljeförfarande mellan rättighetsinnehavare och den som önskar utnyttja en inskränkning. Enligt den danska lagen kan Ophavsretslicensnævnet ålägga rättighetshavaren att se till att behörig användare kan utnyttja en inskränkning och efterkoms inte ett sådant åläggande inom viss tid får användaren (om han eller hon kan) själv kringgå åtgärden. I princip samma ordning föreslås i Norge. I Sverige, där en nämnd av detta slag saknas, föreslås istället att den berättigade användaren skall få väcka talan mot rättsinnehavaren i allmän domstol. Domstolen kan vid vite förelägga rättighetshavaren att möjliggöra för användaren att utnyttja verket på det sätt som han eller hon har rätt till. Däremot har det antagits att artikel 6.4 första stycket inte ger möjlighet att tillåta att användaren själv kringgår den tekniska åtgärden om ett föreläggande inte efterlevs.⁴⁵

2. När det gäller digital kopiering för privat bruk *får* medlemsstaterna enligt 6.4 andra stycket ingripa på ett liknande sätt. I Danmark har ingen sådan ordning införts och inte heller i Sverige och Norge föreslås något genombrott i skyddet för tekniska åtgärder i syfte att värna användarnas möjlighet att kopiera för privat bruk. Detta innebär att kopiering inte får ske för uppspelning i annan personlig utrustning, t.ex. en bärbar ljudspelare, om kopieringen hindras av en teknisk åtgärd. Det finska förslaget innehåller som nämnts ovan ett undantag från kringgåendeförbudet för en enskild person som vill framställa *ett* exemplar av ett av personen lagligen anskaffat *verksexemplar*.⁴⁶

En begränsning i medlemsstaternas möjlighet att ingripa i enlighet med det ovan sagda finns i artikel 6.4 fjärde stycket. Där framgår att första och andra styckena inte skall tillämpas på ”verk eller andra alster som gjorts tillgängliga för allmänheten i enlighet med överenskomna avtalsvillkor på ett sätt som gör att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer”. I en interaktiv onlinemiljö får alltså avtal och tekniska åtgärder fullt genomslag. Med tanke på att internet troligen blir den vanligaste kanalen för att distribuera många typer av verk i framtiden kommer bestämmelsen i fjärde stycket att få stor betydelse.

⁴⁵ Ds 2003:35 s. 355 f.

⁴⁶ Regeringspropositionens förslag till 50 a § tredje stycket.

3. Beträffande andra inskränkningar i ensamrätten än de som nämns i 6.4 första och andra styckena kan medlemsstaterna över huvud taget inte ingripa.

Generellt kan man säga att den här beskrivna ordningen innebär att rättighets-havare som använder sig av tekniska åtgärder flyttar fram sin position på bekostnad av de intressen som respektive inskränkning avser att värna. Detta beror dels på att inte alla inskränkningar tillåts bryta igenom skyddet, dels på att förfarandet för att kunna genomdriva de inskränkningar som skall tillåtas bryta igenom är omständligt och säkert kommer att avskräcka många användare. Om detta är ett problem eller inte kan naturligtvis diskuteras.⁴⁷ En eftersträvansvärd lösning vore att de som använder tekniska åtgärder utformar dessa så att de i rimlig omfattning tillåter vissa typer av förfoganden som idag värnas genom den upphovs-rättsliga ensamrättens utformning.⁴⁸

10. Avslutande reflektioner

Att genomföra artikel 6 är ingen enkel uppgift. Själva texten i artikeln är motsägelsefull och resultatet blir, beroende på tolkningen av skyddsobjektet, antingen en reglering som ger rättighetsinnehavarna en mycket stark kontroll över vem som skall få åtkomst till deras verk och på vilket sätt som det skall få ske, eller en reglering som på grund av de tekniska åtgärdernas funktionssätt blir tämligen betydelslös ur skyddssynpunkt. Med en annan utformning av direktivet hade naturligtvis detta val mellan ”pest och kolera” kunnat undvikas. En lösning hade varit att uttryckligen skydda accesspärarrar, men att samtidigt införa tydliga begränsningar i detta skydd som direkt tar sikte på accessproblematiken och möjligheterna att använda olika typer av utrustning för access. Exempelvis skall man kunna tillåta utrustning för kringgående och själva kringgåendet, men bara under förutsättning att detta sker på ett sätt som innebär att kopieringsskyddet består, åtminstone i någon form. Detta skulle i sådana fall ske genom att en ny ”säker miljö” skapas. Denna lösning skulle med andra ord lägga ett visst utformningsansvar på den som vill skapa laglig utrustning för kringgående och ett visst ansvar för valet av utrustning på den som använder sådan utrustning. En ordning av det här skisserade slaget skulle utgå ifrån fundamentala tekniska egenskaper – framför allt sambandet mellan access och kopiering i en digital miljö – och samtidigt ålägga de olika aktörerna ett rimligt ansvar för teknikutformning och val av utrustning (jfr avsnitt 4).

Nu när direktivet ser ut som det gör, står denna väg inte öppen. Direktivets nuvarande lydelse öppnar emellertid för varierande tolkningar såväl när det gäller skyddsobjektet (artikel 6.3), som skyddets utformning (artikel 6.1 och 6.2) och dess begränsningar (artikel 6.4). Detta innebär t.ex. att ”rätten att spela upp ett lagligt fysiskt exemplar i valfri utrustning” kan värnas antingen genom att accesspärarrar helt anses falla utanför skyddet, genom en tolkning av vad som är ett ”tillfredsällande rättsligt skydd” mot kringgående och hantering av utrustning

⁴⁷ Westman, a.a. s. 231 och 244.

⁴⁸ Westman, a.a. s. 250.

eller genom ett uttryckligt undantag från kringgåendeförbudet när det gäller fysiska verksexemplar. Fördelen med den senare lösningen är att skyddet rent praktiskt kommer att kunna fungera i den tekniska miljö som beskrivits ovan och därmed tillföra rättighetshavarna något. Samtidigt är undantaget för uppspelning etc. som möjligen skulle kunna skapas inom ramen för 6.4 andra stycket, enligt min mening, så snävt att balansen inom upphovsrätten riskerar att sättas ut spel.

Samtidigt kan det ifrågasättas om det är lämpligt att den rättsliga regleringen kopplas till innehavet av ett fysiskt exemplar och att skillnad därmed görs mellan olika distributionsformer. Personligen tror jag snarare att hela diskussionen om ”rätten att spela upp ett lagligt fysiskt exemplar” och ”rätten att flytta verk till annan uppspelningsutrustning” kan ses som en reaktion mot att rättsordningen, framför allt upphovsrätten, idag ger rättighetssinnehavare en så stark kontroll över användningen av information även i den privata sfären. I ljuset av detta kan det finnas anledning att skifta perspektiv och undersöka användarnas intressen och behov i informationssamhället. Finns det kanske ett behov av att rättsordningen tillförsäkrar vissa *användarrättigheter*, t.ex. en rätt att läsa, lyssna och lagra?⁴⁹ Sett i detta perspektiv är den tolkning av skyddsobjektet i artikel 6 som gjorts av de flesta nordiska länderna ändamålsenlig. Samtidigt får denna tolkning, framför allt på grund av de digitala tekniska åtgärdernas funktionssätt, så långtgående praktiska konsekvenser för vad som skyddas att det kan ifrågasättas om detta verkligen varit den EG-rättsliga lagstiftarens avsikt att skyddet enligt artikel 6 skulle bli så begränsat.

⁴⁹ Se även Rognstad, a.a., som i ljuset av konsumtionsprincipen talar om en immaterialrättslig avgränsningsprincip.