

IPR University Centerin julkaisuja

Viveca Still

DRM  
och  
upphovsrättens obalans

*Helsinki 2007  
Oy Nordprint Ab*

IPR University Center, som är en gemensam institution för fem universitet, inledde sin verksamhet 1.1.2000. I institutets understödsförening IPR University Center Association rf finns företag, samfund och näringsidkare representerade. IPR University Center har grundats för att koordinera utbildning och forskning inom immaterialrätten i Finland. Immaterialrättens tvärvetenskapliga natur förutsätter samarbete mellan olika vetenskapsområden, juridik, ekonomi och teknik. Institutets verksamhet skapar möjlighet till sådant samarbete.

IPR University Centerin julkaisuja  
Publications of IPR University Center 2

IPR University Center  
PL 4, 00014 Helsingin yliopisto  
Puh. (09) 1912 2768  
www.iprinfo.com

ISBN 978-952-99864-1-5 (nid.)  
ISSN 1796-8194

Utgiven elektroniskt i Helsingfors universitets e-thesis -serie  
ISBN 978-952-10-3960-7 (pdf)  
<http://ethesis.helsinki.fi/>

Kannen kuva: Jarkko Mäki-Kojola  
© Viveca Still

Oy Nordprint Ab  
Helsinki 2007

Viveca Still

DRM  
och  
upphovsrättens obalans

# FÖRORD

Avhandlingens tema fick sin upprinnelse i den datasäkerhetsutredning som på uppdrag av finansministeriet gjordes vid Lapplands universitet år 1997. Ursprungligen gällde frågeställningen upphovsrättens dimensioner ur datasäkerhetsrättslig synvinkel och särskilt då elektronisk rättighetskontroll och –förvaltning (DRM) som datasäkerhetsmekanism. De datasäkerhetsrättsliga aspekterna finns till viss del kvar i avhandlingen, även om frågeställningen med tiden förändrats.

Avhandlingsarbetet har av flera skäl dragit ut på tiden. Detta har säkert varit av både godo och ondo. Ursprungligen förvånade det mig hur litet som skrevs om DRM och framförallt bristen på kritiska framställningar. Detta fick mig nästan att tvivla på att de problem jag tyckte mig skönja verkligen existerade. För en ung doktorand tedde ämnet sig synnerligen svårt i brist på en tillräckligt konkret normativ grund. Först efter att EG-direktivet 29/2001/EEG om informationssamhällets upphovsrätt utkom med sina rätt detaljerade regler om skydd av DRM-system, kändes det som om det fanns något tillräckligt konkret att ta fasta på.

Efter att ha fått tjänst som upphovsrättsombud på Konstindustriella högskolan år 2003 avbröts avhandlingsskrivandet för en tid. Kanske var detta egentligen bara bra, eftersom jag nu fick fördjupa mig i upphovsrätten ur praktisk synvinkel. Det är också helt klart att den rättsvetenskapliga diskursen under tiden mognat. Om jag hade disputerat år 2002, skulle mina konklusioner helt säkert varit andra och mer blygsamma än vad nu är fallet. Samtidigt är jag fullt medveten om att vissa konklusioner kan komma att te sig förlegade inom bara några få år och att jag då också själv kan ha kommit att ändra åsikt. Det är inget märkvärdigt med det – det hör väl snarast till den vetenskapliga diskursens essens att så är fallet. Det är dock min förhoppning att denna avhandling skall kunna öka förståelsen för DRM-system som rättslig institution och objekt för rättslig reglering så som den ter sig idag och föra diskussionen om DRM-systemens och upphovsrättens reglering framåt.

Avhandlingsarbetet påbörjades år 1998 som en del av det nationella doktorandprogrammet i immaterialrätt. Eftersom vi bara var två nya doktorander, Jukka Palm och jag, införlivades vår lilla grupp sedermera med doktorandprogrammet OMY (Oikeus muuttuvassa yhteiskunnassa – rätten i ett föränderligt samhälle). Doktorandprogrammen har letts av professor Niklas Bruun, professor Ari Nuutila och professor Juha Karhu. Avhandlingsarbetet har också finansierats med stipendier från Helsingfors universitet och K. G. Idmans fond.

De fysiska och organisatoriska premisserna har erbjudits av Institutet för internationell ekonomisk rätt KATII. Alldeles särskilt vill jag tacka KATII:s bibliotek och Eurodoc-center som under ledning av Gunilla Häkli erbjudit oss doktorander en skraddarsydd, kunnig och vänlig informationsservice.

Doktorandprogrammet och forskarsamfundet på Institutet för internationell ekonomisk rätt KATTI har erbjudit en stimulerande omgivning för avhandlingsarbetet. Särskilt givande har studiecirkeln för informationsrätt varit, i vilken bl.a. Juha Häyhä, Kimmo Nuotio, Olli Mäenpää och Tuomas Pöysti deltagit. Andra studiecirkelar som särskilt bör nämnas är immaterialrättsgruppen som sammanträtt under ledning av professor Niklas Bruun, studiecirkeln för komparativ rätt som sammanträtt under ledning av docent Pia Letto-Vanamo och studiecirkeln för rättssamfundets globalisering, som sammanträtt under ledning av docent Tuomas Pöysti.

Den kanske viktigaste referensgruppen för avhandlingsarbetet har ändå utgjorts av de nordiska doktorandworkshopparna i rättsinformatik samt immaterialrätt. Genom dessa har jag kunnat hålla kontakt med kolleger i de andra nordiska länderna och utbyta tankar kring avhandlingstemat samt fördjupa mina kunskaper i respektive ämnesområde.

Tack vare frikostiga resebidrag från doktorandprogrammet OMY och Helsingfors universitets kansler har jag kunnat delta i ett flertal högklassiga internationella konferenser, vilket gjort det möjligt att etablera kontakt med framträdande forskare på området. Det är med värme jag erinrar mig den goda gemenskap som uppkom mellan fyra unga europeiska doktorander som efter en vetenskaplig konferens mötte upp i en texmex-restaurang i New York år 2001. Förutom en kanna Strawberry Margarita var det intresset för den rättsliga regleringen av DRM-system som förenade oss. Denna första kontakt skapade ett band mellan oss och har lett till kontinuerliga kontakter i forskningens tecken. Den första av oss att disputeras var Hermann Lindhorst, följd av Kamiel Koelman och Séverine Dusollier.

Det torde vara tack vare rättsinformatiken som jag inte dragit mig för att delta i konferenser som behandlat DRM-system ur datavetenskaplig synvinkel. Särskilt minnesvärt var inbjudan att delta i ett expertsammanträde om elektronisk rättighetskontroll organiserat av W3C (World Wide Web Consortium) i Frankrike år 2001. Ett speciellt tack går till John Erickson vid Hewlett-Packard och Julian Durand vid Nokia, som alltid varit redo att förklara de tekniska detaljerna i de moderna DRM-systemen för en novis på området.

Avhandlingen skulle knappast ha blivit färdig utan ett generöst tilltaget stipendium från Helsingin Sanomats 100-årsjubileum, som gjorde det möjligt för mig att ta tjänstledigt och på vänlig inbjudan från Stockholms universitet tillbringa 8 månader vid Juridicum. Specialbiblioteken vid institutet för rättsinformatik och institutet för immaterialrätt erbjöd goda möjligheter att uppdatera forskningsmaterialet. Ett hjärtligt tack till alla vid institutet för rättsinformatik samt särskilt till Daniel Westman som vänligen lät mig överta sitt rum under sin pappaledighet. Daniel skall också ha ett tack för att ha tagit sig tid att träffa mig under denna tid och fungerat som bollplank för mina idéer.

Stipendiet möjliggjorde också en kort forskningssejour vid Institutet för rättsinformatik vid Oslo universitet, där jag bl.a. hade tillfälle att uppdatera mina källor vid IRI:s välutrustade bibliotek och byta tankar med Thomas Rieber-Mohn som torde kunna föra diskussionen om regleringen av DRM-system ännu ett steg framåt i sin kommande doktorsavhandling.

Handledare för avhandlingen har varit professor Ahti Saarenpää och docent Tuomas Pöysti. Ni vet bäst själva vilken betydelse ni haft för avhandlingens framskridande.

Ett tack går också till dem som läst och kommenterat delar av manuskriptet, särskilt Eetu Luoma och Kimmo Nuotio.

Professor Jon Bing och professor emeritus Peter Seipel åtog sig vänligen uppdraget som

förhandsgranskare. Tack för ett väl utträttat värv. Jon Bing och Jan Rosén har också vänligen åtagit sig uppdraget att fungera som opponenter.

Material som kommit mig tillhanda efter inlämnandet av manuskriptet till förhandsgranskning i oktober 2006 har endast undantagsvis kunnat beaktas.

Slutligtvis vill jag tacka min familj och mina vänner för allt stöd och överseende under forskningsperioden. Tyvärr lyckades jag inte bli klar helt enligt ursprungliga planer, men jag ser fram emot att kunna tillbringa mera tid med familjen framöver.

Helsingfors, 30 april 2007

Viveca Still



# Innehållsförteckning

FÖRORD	I
INNEHÅLLSFÖRTECKNING	V
KÄLLOR	XI
BILDER OCH TABELLER	XXIV
FÖRKORTNINGAR	XXXV

## I. Frågeställning och metod 1

### 1. Inledning 1

1.1. Problemområde och grundläggande tes 1

1.2. Begreppet DRM-system 2

1.3. Frågeställning och disposition 3

    Delfråga 1: Vad menas med upphovsrättens balans? 4

    Delfråga 2. Hur har rättsinnehavarens kontrollmakt ökat? 5

    Delfråga 3. Hur kan upphovsrättens balans återställas? 7

1.4. Lagstiftningsläget gällande DRM 9

1.5. Forskningsläget gällande regleringen av DRM 13

### 2. Metod 14

2.1. Allmänna synpunkter 14

2.2. Rättsinformatiken och IT-rätten som utgångspunkt 21

2.3. Informationsrätten som rättslig referensram 26

2.4. Upphovsrätten ur informationsrättsligt perspektiv 27

    2.4.1. Grunder för att se upphovsrätten som en del av informationsrätten 27

    2.4.2. Upphovsrätt och grundläggande rättigheter till information 31

2.5. Relationen mellan informationspolitik och informationsrätt 34

## II. Informationens fria rörlighet och upphovsrättens balans 39

### 1. Informationens fria rörlighet 39

1.1. Om begreppet fri rörlighet för information 39

1.2. Värdegrunden för informationens fria rörlighet 41

1.3. Hinder för fri rörlighet för information 44

1.4. Spår av principen om fri rörlighet för information inom upphovsrätten 45

### 2. Upphovsrättens balans 47

2.1. Grundläggande uppfattningar om upphovsrättens balans 47



2.2. Jämvikten mellan intressenter och deras intressen	48
2.3. Sammanjämkning av upphovsrättens målsättningar	51
2.3.1. Upphovsrättens demokratiska funktion	53
2.3.2. Upphovsrätten som främjare av kulturell mångfald	54
2.3.3. Upphovsrätten och en fungerande kommersiell marknad	56
2.3.4. Upphovsrätten främjar innovation och informationsprocesser	57
2.4. Upphovsrättens balans och förändringar i verksamhetsmiljön; strävan efter systemisk balans	62
2.5. Hur nå optimal balans inom (eller utom) upphovsrätten?	63

### III. Utvecklingen av kontrollens infrastruktur inom upphovsrätten 69

#### 1. Inledning 69

#### 2. Utvecklingen av infrastrukturer för hantering av rättigheter 71

2.1. Registrering och andra tidiga kontrollmekanismer	72
2.2. Kollektiv licensering	75
2.2.1. Uppkomsten av organisationer för kollektiv rättighetsförvaltning	75
2.2.2. Tekniska innovationer föranleder nya kontrollproblem – om uppkomsten av alternativa ersättningssystem	78
2.2.3. Två lösningar på samma kontrollproblem – en jämförelse av tvångslicensering och avtalslicensering	80

#### 3. Från kopieringsskydd till fullfjädrade DRM-system 83

3.1. Hotbilderna styr utvecklingen	83
3.2. Kampen mot illegal och oauktoriserad kopiering	85
3.3. Mot en allt mer paradoxal situation; från hot till möjligheter	87
3.4. Om tekniken bakom moderna DRM-system	88
3.4.1. Identifikationssystem och system för rättighetsspecifikation	89
3.4.2. Teknisk arkitektur såsom steganografi, kryptografi och programvara implementerar rättigheter	94
3.4.3. Första, andra och tredje generationens DRM-system	95

#### 4. DRM-systemens praktiska inverkan på kontroll över användning 96

4.1. Den upphovsrättsliga paradoxen i början av 2000-talet	97
4.2. Digitala objekt vs verket som föremål för kontrollen	99
4.3. Om möjligheterna att åsidosätta upphovsrättens inskränkningar genom DRM-system	101
4.4. Om förhållandet mellan digitalt och juridiskt rättighetsspråk	105
4.5. Uppkomsten av nya rättigheter och rättsinnehavare	109
4.6. Interoperabilitet och DRM ur kontrollsynvinkel	111
4.7. Det analoga hålet	112
4.8. Utökad rättslig bevakning och säkerställande av rättigheter	113
4.9. Utvidgade licenseringsmöjligheter	116
4.9.1. Behov av användarskydd vid upphovsrättsliga avtal?	118
4.9.2. Självverkande villkor och självhjälpsfunktioner	119
4.9.3. Överlappning mellan avtal och DRM-system – och det rättsliga skyddet	120

4.10. Förskjutningen av kontrollmakten	121
4.10.1. Ökade möjligheter till elektronisk kontroll	122
4.10.2. Rättsligt stöd för elektronisk rättighetshantering	123
4.10.3. Marknadshänsyn	126
4.10.4. Slutledning om ökad risk för förskjutning av kontrollmakten	127
4.11. Ett alternativt synsätt; DRM-system och de gemensamma kontrollproblemen	128
4.11.1. Kontrollproblem ur rättsinnehavarnas synvinkel	128
4.11.2. Kontrollproblem ur användarnas synvinkel	129
4.11.3. DRM-system som lösning på kontrollproblemen	131
<b>5. Några sammanfattande kommentarer om den elektroniska rättighetshanterings potentiella inverkan på upphovsrätten</b>	132
<b>IV. Regleringen av elektronisk rättighetshantering</b>	135
<b>1. Inledning</b>	135
1.1. Ändamålet med genomgången av gällande reglering	135
1.2. Identifiering av aktörerna	137
1.3. Identifiering av aktörernas intressen och intressekonflikter visavi elektroniska rättighetshanteringssystem	140
<b>2. Det grundläggande rättsliga skyddet av DRM-system</b>	143
2.1. Skydd av tekniska åtgärder	143
2.2. Skydd av information gällande rättighetsförvaltning	145
2.3. Problempunkter gällande tillämpningsområdet	146
2.3.1. Vad är en effektiv teknisk åtgärd?	147
2.3.2. Problem i relation till överlappningen mellan skyddad information och tekniska åtgärder	151
2.3.3. Överlappande eller kompletterande stadganden i annan lagstiftning	153
2.3.3.1. Särskilda stadganden om skydd av tekniska hjälpmedel gällande datorprogram	153
2.3.3.2. Stadganden om villkorad tillgång	155
2.3.3.3. Övrig lagstiftning	156
2.4. Vem erhåller det rättsliga skyddet?	158
<b>3. Begränsningar av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder</b>	159
3.1. DMCA: Rättighet att kringgå tekniska åtgärder i vissa fall	159
3.1.1. Specifika lagstadgade undantag	160
3.1.2. Undantag baserade på beslut av Library of Congress	162
3.1.3. Frågan om en allmän begränsning av skyddet av tekniska åtgärder	166
3.1.4. Slutsatser gällande balansen mellan rättigheter och intressen i förhållande till det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i DMCA	169
3.2. Från ”egenhandsrätten” i DMCA till statsintervention i upphovsrättsdirektivet	170
3.2.1. Varför skyddas endast vissa inskränkningar?	172
3.2.2. E-handelsklausulen	172
3.2.3. Utrymme för medlemsstaternas skönsmässiga bedömning gällande	

begränsningar av skyddet för tekniska åtgärder	177
3.2.4. Utrymme för medlemsstaternas skönsmässiga bedömning vid införande av upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1	179
3.2.5. Om utrymmet för en utvidgning av skyddet av tekniska åtgärder enligt upphovsrättsdirektivet	180
3.2.6. Den nationella implementeringen av upphovsrättsdirektivets stadganden om skydd av tekniska åtgärder	181
3.2.6.1. Genomförande av de allmänna stadgandena om skydd av tekniska åtgärder	181
3.2.6.2. Genomförande av upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1	182
3.2.6.3. Genomförande av upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 2	189
3.2.6.4. Genomförande av e-handelsklausulen	189
3.2.6.5. Övrigt	189
3.3. Vissa slutsatser gällande lagstiftningen om det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i DMCA och upphovsrättsdirektivet	191
<b>4. DRM-systems inverkan på riskfördelning och kompensationsbelopp</b>	195
4.1. DRM-systems inverkan på rättsinnehavarens rätt till kompensation för nyttjande	196
4.1.1. Upphovsrättsdirektivets regim för privatkopiering och effekten av DRM-system på ersättning för privatkopiering	196
4.1.2. DRM-systems inverkan på upphovsmannens rätt till ersättning vid andra inskränkningar	202
4.1.3. Tre alternativ till hur DRM-system kunde inverka på rättsinnehavarens ersättning i allmänhet	203
4.1.3.1. Dubbla avgifter bör undvikas	203
4.1.3.2. Kostnaderna för tekniska åtgärder som en del av beräkningsgrunden för kompensation	205
4.1.3.3. Påförande av DRM-system som förutsättning för rätt till ersättning	206
4.2. DRM-systems inverkan på riskfördelningen mellan rättsinnehavare och användare gällande upphovsrättsintrång	208
4.3. Tredje persons ansvar på basen av nyckelposition	218
4.3.1. Tredje personers ansvar enligt EG-rätt och amerikansk rätt	219
4.3.2. Napster-fallets betydelse med tanke på mellanhänders ansvar	223
4.3.3. Rättsutvecklingen i USA efter Napster	226
4.3.4. Slutsatser gällande mellanhänders skyldighet att tillse upphovsrättsinnehavares intressen	228
<b>5. Konklusion om hur regleringen av DRM-system beaktar olika aktörers intressen</b>	231
<b>V. Den elektroniska rättighetshandlingens sju rättsliga dimensioner</b>	239
<b>1. Inledning</b>	239

2. DRM-system som medel för att garantera de till upphovsrätten hörande rättigheternas effektivitet	240
3. DRM-system som en del av den nya affärsmiljön upphovsrätten tillämpas på	243
4. Rätt att påföra DRM-system som en separat ny rättighet	248
5. DRM-system som privatreglering uppbackad av offentligt eller privat säkerställande	249
6. DRM-system ur datasäkerhetssynvinkel	258
7. Regleringen av marknaderna för DRM-system	266
8. DRM-systemens inverkan på upphovsrättens dynamik	267
VI. Mot en mer balanserad reglering av DRM	273
1. Kulturkonflikten mellan det gamla Internet och de nya kommersiella intressena	273
2. Problem i samband med rättsinnehavarens kontrollposition	274
3. Föreslagna lösningsmodeller	
3.1. Snäv tolkning av det rättsliga skyddet av DRM-system	278
3.2. Teknologisk självhjälp – ”the right to hack”	282
3.3. Inskränkningar av skyddet av DRM-system så att de bättre motsvarar upphovsrätten	283
3.4. Indispositiva användarrättigheter	284
3.5. ”Fair use by design”	286
3.6. Konsumentskyddsrättsliga normer till användarnas skydd	287
3.7. DRM som opt-out-system.	287
3.8. Förbud mot DRM-system	289
4. Vissa utgångspunkter för en modell för rättslig reglering av DRM	289
5. En konstruktiv modell för rättsligt skydd av DRM	293
5.1. DRM-system kan öka rättssäkerheten	293
5.2. DRM-systemens tillkännagivande funktion	294
5.3. Frihet att påföra DRM-system kompenseras av tryggad användarfrihet	296
5.3.1. Adekvata incitament på dynamiska marknader	296
5.3.2. Frihet till icke-kommersiellt nyttjande	297
5.3.3. DRM-systemen och de nya formerna av skapande verksamhet	299
5.4. Hantering av gråzonen mellan kommersiellt och icke-kommersiellt nyttjande	301
5.4.1. Presumtion om det icke-kommersiella nyttjandets frihet	301
5.4.2. Från ersättningssystem till fria marknader	302
5.4.3. Om risken att rättsinnehavaren förbjuder icke-kommersiell användning	303
5.5. Begränsningar av rättsinnehavarens kontrollmakt	304
5.5.1. Villkors ogiltighet	304
5.5.2. Chikanförbudet	305

5.5.3. Förbud mot egenhandsrätt samt skadeansvar	310
5.5.4. Interoperabilitet och teknikens frihet	312
5.5.5. Hantering av de ”obligatoriska” inskränkningarna i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1	314
5.5.6. Användning som inte kan kontrolleras genom DRM	315
5.6. Modellens förhållande till riskfördelningen mellan aktörerna i de digitala nätverken	316
<b>6. Fildelning – en utmaning för modellen</b>	317
<b>7. Modellens förhållande till principen om informationens fria rörlighet och upphovsrättens balans</b>	321
<b>EPILOG</b>	323
<b>SUMMARY</b>	327
<b>SAKLISTA</b>	345

# KÄLLOR

## VETENSKAPLIGA MONOGRAFIER OCH ARTIKLAR

- Aarnio, Aulis*, The Rational as Reasonable. A treatise on Legal Justification. D. Reidel Publishing Company, a member of the Kluwer Academic Publishers Group. Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo, 1987. Printed in the Netherlands
- Ahnegård, Caroline – Ask, Karolina – Ström, Karin*, Upphovsrätten och mp3-tekniken – en utmaning för skivindustrin. I ”Piratkopiering och Privatkopiering”. Red. Ahnegård, Carolina – Asp, Karoline - Choïs, Sung-Kyu – Kjellström, Annika – Ström, Karin – Strömqvist, Magnus. Jure AB 2002, s. 5-95.
- Akester, Patricia*, Authorship and authenticity in cyberspace. Computer Law & Security Report, Vol 20 no 6, 2004, s. 436-444
- Alikhan, Shabid – Mashelkar, Raghunath*, Intellectual Property and Competitive Strategies in the 21st Century. Kluwer Law International, The Hague, London, New York 2004
- Andersen, Mads Bryde*, EDB och ansvar. Studier i edb-erstatningsrettens beskrivelsesproblematik. Jurist- og Økonomforbundets forlag 1988
- Andersen, Mads Bryde*, IT-retten. 2. udgave, Gjellerup, København 2005
- Andersen, Mads Bryde*, Ophavsretten og den nye teknologi: Information og kommunikation - digitalisering og super-highways. NIR, årg. 64, 1995, s. 616-629.
- Bearman, David – Miller, Eric – Rust, Godfrey – Trant, Jennifer – Weibel, Stuart*, A Common Model to Support Interoperable Metadata. Progress report on reconciling metadata requirements from the Dublin Core and INDECS/DOI Communities D-Lib Magazine 1/1999 (elektronisk källa)
- Bell, Tom W.*, Escape from Copyright: Market Success vs. Stature Failure in the Protection of Expressive Works. University of Cincinnati Law Review, Vol. 69, Spring 2001, s. 741-805.
- Bell, Tom W.*, Fair Use Vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine. 76 North Carolina Law Review 1998, s. 557-619
- Benkler, Yochai*, An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions. Vanderbilt Law Review, November, 2000, s. 2063-2080
- Benkler, Yochai*, From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access. Federal Communications Law Journal, vol 52, May, 2000, s. 561-579
- Benno, Joachim*, Transaktionens anonymisering och dess påverkan på rättsliga problemställningar - En teori om varför rättsliga problem uppstår vid användningen av IT. Det IT-rättsliga observatoriet. Rapporter 1/97 [Http://www.itkommissionen.se/observ/joachim.htm](http://www.itkommissionen.se/observ/joachim.htm), besökt 23.9.2001.
- Bernitz, Ulf*, *Marknadsrätt*. En komparativ studie av marknadslagsstiftningens utveckling och huvudlinjer. Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlags AB, Stockholm 1969
- Bernitz, Ulf – Karnell, Gunnar – Pebrson, Lars – Sandgren, Claes*, Immaterialrätt – och otillbörlig konkurrens. Nionde upplagan. Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm 2005
- Beseke, June M.*, Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts. Columbia Journal of Law & the Arts, vol 27, Summer 2004, s. 385-519
- Bing, Jon*, Copymarks: A suggestion for simple management of copyrighted material. I “The Law of Electronic Agents”. Eds. Bing, Jon – Sartor, Giovanni. Complex 4/03. Institut för rettsinformatik 2003, s. 185-222.
- Bing, Jon*, Handel med informasjon i åpne nett, for eksempel Internet. I ”Rätten till information som en mänsklig rättighet”. Föredrag vid XI nordiska mötet i rettsinformatik 24-28.11.1995. Red. Ahti Saarenpää & Markku Suksi. Institut för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi och Institutet för rettsinformatik vid Lapplands universitet, Åbo och Rovaniemi 1997, s. 115-129
- Bing, Jon*, Internationalisation and Constant Change. Scandinavian Studies in Law volume 47; IT Law (red. Peter Wahlgren), Stockholm 2004, s. 11-30
- Bing, Jon*, Opphavsrett og ny informasjonsteknologi; Noen spredte notater. NIR, årg. 64, 1995, s. 595-615
- Bing, Jon*, The Contribution of Technology to the Identification of Rights, Especially in Sound and Audio-Visual Works: An Overview. International Journal of Law and Information Technology, Vol 4, no 3, 1996 s. 234-267

- Bing, Jon*, The New or Evolving "Access Right". I "Adjuncts and Alternatives to Copyright". Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001, Columbia University School of Law, New York City. ALAI 2001 USA, s. 288-315.
- Birnback, Michael D.*, Copyrighting Speech: A Trans-Atlantic View. I "Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy". Ed. Torremans, Paul L.C. Kluwer Law International, The Hague, London, New York 2004, s. 37-62
- Black, Julia*, Using Rules Effectively. I "Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries". Ed. McCrudden, Christopher; Clarendon Press, Oxford 1999, s. 95-121
- Blomqvist, Jørgen*, Overdragelse af ophavsrettigheder. Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning. Jurist og Økonomforbundets Forlag, København 1987
- Blomqvist, Ulf – Eriksson, Lars-Erik – Findahl, Olle – Selg, Håkan – Wallis, Roger*, Report on technology versus usage and effects. MusicLessons – Deliverable 1, 30.4.2005. Broadband technologies transforming business models and challenging regulatory frameworks – lessons from the music industry. Tillgänglig på <http://w1.nada.kth.se/media/Research/MusicLessons/Reports/>, besökt 25.7.2006.
- Blomqvist, Ulf – Eriksson, Lars-Erik – Findahl, Olle – Selg, Håkan – Wallis, Roger*, Trends in downloading and file-sharing of music. MusicLessons - Deliverable 5.11.2005. Broadband technologies transforming business models and challenging regulatory frameworks – lessons from the music industry. Tillgänglig på <http://w1.nada.kth.se/media/Research/MusicLessons/Reports/>, besökt 20.4.2006
- Blomqvist, Ulf – Eriksson, Lars-Erik – Findahl, Olle – Selg, Håkan – Wallis, Roger*, New embryonic business models and value chains. MusicLessons - Deliverable 3, 30 June 2005, <http://w1.nada.kth.se/media/Research/MusicLessons/Reports/>, besökt 27.7.2006
- Blume, Peter*, Internettet og retten. I "Årsberetning 1997". Red. Blume, Peter & Dick, Lisbeth. Retsvidenskabeligt Institut B, Studier nr. 66, Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet 1998
- Blume, Peter*, Retsinformatikens metode- og afgrænsningsproblemer. Tidsskrift for Rettsvittenskap 4/1995, s. 545-560
- Bourdieu, Pierre – Haacke, Hans*, Ajatusten vapaakauppa. Övers. Kaija Kaitavuori, Rolf Büchi & Leena Nieminen. Kustannusosakeyhtiö Taide, Helsinki 1997
- Boyle, James*, A Politics of Intellectual Property: Environmentalism For the Net? 1997. [Http://www.wcl.american.edu/pub/faculty/boyle/intprop.htm](http://www.wcl.american.edu/pub/faculty/boyle/intprop.htm), besökt 25.8.2006
- Brancher, Jean*, Why UCITA, Like UCC Article 2B, is Premature and Unsound. [Http://www.2bguide.com/docs/0499jb.html](http://www.2bguide.com/docs/0499jb.html), besökt den 1.7.1999
- 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
- Brazell, Lorna*, Electronic Security: Encryption in the Real World. EIPR 1/1999, s.17-27.
- van der Burg, Wibren*, The Expressive and Communicative Functions of Law, Especially with Regard to Moral Issues. Law and Philosophy, vol 20, 2001, s. 31-59
- Burk, Dan L.*, Anticircumvention Misuse. I "Rethinking Rights and Regulations. Institutional Responses to New Communications Technologies". Ed. Cranor, Lorrie Faith & Wildman, Steven S. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 2003
- Burk, Dan L. – Cohen, Julie E.*, Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems. Harvard Journal of Law & Technology, vol 15, nr 1, Fall 2001, s. 42-83
- Burkert, Herbert*, Access Legislation. Some Observations From an Information Law Perspective. I "Festschrift till Peter Seipel". Red. Cecilia Magnusson-Sjöberg och Peter Wahlgren, Norstedts juridik 2006, s. 95-116.
- Cahir, John*, The Moral Preference for DRM Ordered Markets in the Digitally Networked Environment. I "New Directions in Copyright Law, vol. 1". Ed. Fiona Macmillan, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2005, s. 24-53
- Calabresi, Guido*, The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further. Yale Law Journal, 1991, vol. 100, s. 1211-1237
- Calabresi, Guido*, Remarks: The Simple Virtues of the Cathedral. Yale Law Journal, May, 1997, s. 2201-2207
- Calabresi, Guido – Melamed, A. Douglas*, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. Harvard Law Review, vol 85, April, 1972, s. 1089-1128



- Castells, Manuel*, The Rise of the Network Society. The Information Age: Economy, Society and Culture, Volume I. 5<sup>th</sup> ed. Blackwell Publishers 1998
- Castrén, Martti*, Vahingonkorvaus immateriaalioikeudessa - silmälläpitäen patentti-, tavaramerkki-, mallioikeus-, tekijänoikeus- ja valokuvauksilakia. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 130, 1979
- Chalton, Simon*, Protection of Information in Computer Programs and Databases. Copyright World, November 2001, s. 12-17
- Chang, Yu-Lin*, Does Lessig's Criticism of Digital Rights Management Target One Technology That the Information Industries Desire More Than They can Actually Provide? International Review of Law, Computers and Technology, vol 19, no 3/2005, s. 235-252
- Chesterman, Johan – Lipman, Andy*, The Electronic Pirates. Routledge 1988
- Chomsky, Noam – Herman, Edward W.*, Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media. Pantheon 1988
- Christman, John*, The Myth of Property. Toward an Egalitarian Theory of Ownership. Oxford university press, New York, Oxford 1994.
- Clark, Charles*, An investigation of current practices with contractual arrangements and copyright clearing services / Charles Clark, Copyright on electronic delivery services and multimedia products; 2) Information management. Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1995
- Clark, Charles*, The Publisher in the Electronic Age: The Licensing of Rights. WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights. Harvard University, Cambridge, Massachusetts, USA, March 31 to April 2, 1993. WIPO Publication No. 723 (E), s. 55-62
- Clark, Drew*, How Copyright Became Controversial. I "Copy Fights. The Future of Intellectual Property in the Information Age". Eds. Thierer, Adam & Crews, Clyde Wayne Jr., Cato Institute 2002, s. 147-161.
- Clarkson, Gavin*, Avoiding Suboptimal Behavior in Intellectual Asset Transactions: Economic and Organizational Perspective on the Sale of Knowledge. Harvard Journal of Law & Technology, vol. 14, nr 2/2001, s. 711-739
- Cohen, Julie E.*, A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace. Connecticut Law Review, vol 28, 1996, s. 981-1038.
- Cohen, Julie E.*, Copyright and The Jurisprudence of Self-Help, Berkeley Technology Law Journal, Fall 1998, s. 1089-1143
- Cohen, Julie E.*, Lochner in Cyberspace; The New Economic Orthodoxy of "Rights Management". Michigan Law Review, vol. 97, November 1998, s. 462-563
- Coombe, Rosemary J.*, Left out on the Information Highway. Oregon Law Review, vol 75, 1996, s. 237-247
- Cornish, W. R.*, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights. 4<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, London 1999
- Cox, Brad*, Superdistribution. Objects as Property on the Electronic Frontier. Addison-Wesley Publishing Company, Reading, Massachusetts... 1996
- Cruquenaire, Alexandre*, Electronic Agents as Search Engines: Copyright related aspects. International Journal of Law & Information Technology, vol 9, no 3/2001, s. 327-343
- Cunningham, Alan*, Rights Expression on Digital Communication Networks: Some Implications for Copyright. International Journal of Law and Information Technology 1/2005, s. 1-38
- Dam, Kenneth W.*, Self-Help in the Digital Jungle. I "Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society". Eds. Dreyfuss, Rochelle C. - Zimmerman, Diane L. - First, Harry. Oxford University Press, New York 2001, s. 103-122.
- Davies, Gillian*, Copyright and the Public Interest. Second edition, Sweet & Maxwell, London 2002
- Davis, James Raymond*, On Self-Enforcing Contracts, The Right to Hack, and Willfully Ignorant Agents. Berkeley Technology Law Journal, vol 13, issue3, 1998, s. 1145-1148
- Delgado, Jaime – Prados, Jose – Rodríguez, Eva*, Profiles for interoperability between MPEG21 REL and OMA DRM. ODRL International Workshop, April 2004 (elektronisk källa)
- Doest, Hugo Ter – Salden, Alfons H., Goedvolk, Ernst-Jan – Kersemakers, Rob – Slijp, Dion,- Prins, Corien*, Digital Rights Management in Information Publishing. Information & communications Technology Law, Vol 13, 2/2004, s. 99-116
- Drabos, Peter*, A Philosophy of Intellectual Property. Dartmouth Publishing Company, Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sidney. 1996



- Drabos, Peter with Braithwaite, John*, Information Feudalism. Who owns the Knowledge Economy? Earthscan Publications Ltd, London 2002
- Dreier, Thomas*, Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights? I “Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society”. Eds. Dreyfuss, Rochelle C. - Zimmerman, Diane L. - First, Harry. Oxford University Press, New York 2001, s. 195-316.
- Dusollier, Séverine*, The Master’s Tools V. The Master’s House: Creative Commons V. Copyright. Columbia Journal of Law & the Arts, Spring 2006, s. 271-293
- Dusollier, Séverine*, Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique. Droit et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres. De Boeck & Larcier 2005
- Dusollier, Séverine*, Electrifying the Fence: the Legal Protection of Technological Measures for Protecting Copyrigh. EIPR, 6/1999, s. 285-297
- Dusollier, Séverine*, Tipping the Scale in Favor of the Right Holders: The Anti Circumvention Provisions of the European Directive on Copyright and Information Society. I “Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects”. Eds. Becker, Eberhard - Buhse, Willms - Bünnewig, Dirk – Rump, Niels. Springer 2003, s. 462-478.
- Dworkin, Ronald*, Law’s Empire. Fontana Press 1986
- Edelman, Bernard*, Le Sacre de l’Auteur. Éditions du Seuil 2004.
- Einhorn, Michael A.*, Media, Technology and Copyright. Integrating Law and Economics. Edward Elgar. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA 2004.
- Eklöf, Dan*, Upphovsrätt i konkurrens. Särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering. Iustus Förlag, Uppsala 2005
- Elkin-Koren, Niva*, A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights. I “Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society”. Eds. Dreyfuss, Rochelle C. - Zimmerman, Diane L. - First, Harry. Oxford University Press, New York 2001, s. 191-222
- Elkin-Koren, Niva*, Copyright Policy and The Limits of Freedom of Contract. Berkeley Technology Law Journal, vol 12, 1997, s. 93-113
- Elkin-Koren, Niva*, The Privatization of Information Policy. Ethics and Information Technology 2/2000, s. 201-209
- Elkin-Koren, Niva*, What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons. Fordham Law Review, November 2005, s. 375-422
- Elkin-Koren, Niva – Salzberger, Eli M.*, Law, Economics and Cyberspace. The Effects of Cyberspace on the Economic Analysis of Law. Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2004
- Eriksson, Lars D.*, Mina metoder. I “Minun metodini”. Toim. Häyhä, Juha, WSLT, Porvoo 1997.
- Farchy, Joëlle*, Internet et le droit d’auteur. La culture Napster. CNRS Editions, Paris 2003
- Feather, John*, Publishing, Piracy and Politics. An Historical Study of Copyright in Britain. Mansell Publishing Limited 1994
- Fejø, Jens*, Kontrolorganer og musikrettighedsforvaltningen. Ton och Rätt. Festskrift till STIM, Iustus förlag 1998, s. 11-21.
- Fitzpatrick, Simon*, Copyright Imbalance: U.S. and Australian Responses to the WIPO Digital Copyright Treaty. EIPR, no 5/2000, s. 214-228
- Friedman, David*, Does Technology Require New Law? Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 25, fall 2001, s. 71-85
- Friedman, David*, In Defense of Private Orderings: Comments on Julie Cohen’s “Copyright and the Jurisprudence of Self-Help”. Berkeley Technology Law Journal, Fall 1998, s. 1151-1172.
- Garnett, Nic*, Automated Rights Management Systems and Copyright Limitations and Exceptions. Standing Committee on Copyright and Related Rights. WIPO SCCR/14/5, April 27, 2006
- Garrett, Kevin – Davies, Gillian - Harbottle, Gwilym*, Copinger and Skone James on Copyright, vol. 1. 15<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell 2005
- Geiger, Christophe*, Droit d’auteur et droit du public à l’information. Approche de droit comparé. LITEC 2004
- Ginsburg, Jane C.*, Copyright in the US since Berne Accession. NIR årg. 61, 1992 s 159-186
- Ginsburg, Jane C.*, From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law. Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, 2003, s. 113-131

- Godenbielm, Berndt*, Om upphovsmannens tillträdesrätt (droit d'accès). NIR, häfte 1, 1977, s. 211-225.
- Goldstein, Paul*, Copyright and Its Substitutes. Wisconsin Law Review 5/1997, s. 865-871.
- Goldstein, Paul*, Copyright, vol. 1. Little, Brown & Co, Boston, London, Toronto 1989
- Gomard, Bernhard*, Almindelig kontraktsret. 2. omarbejdede upplaga, Jurist – og Økonomforbundets Forlag 1996
- Gomulkiiewicz, Robert W.*, The License is the Product: Comments on the Promise of Article 2B for Software and Information Licensing. Berkeley Technology Law Journal, vol. 13, Fall 1998, s. 891-930
- Govaere, Inge*, The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law. London, Sweet & Maxwell 1996
- Grabam, Gordon*, The Internet. A philosophical inquiry. Routledge, London and New York, 1999
- Grewlich, Klaus W.*, Governance in "Cyberspace". Access and Public Interest in Global Communications. Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1999.
- Grosheide, F. Willem*, Copyright Law from a User's Perspective: Access Rights for Users. EIPR 7/2001, s. 321-325
- Guibault, Lucie M.C.R.*, Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright. Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 2002
- Gurnsey, John*, Copyright Theft. Aslib Gover, Hampshire 1995
- Guyertyánfy, Péter*, Conflicts and Changes. The New Technology in the Protection and Administration of Copyright. In Proceedings of WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Rights, Harvard University, USA, March 31 to April 2, 1993. WIPO Publication No 723 (E), s. 157-167
- Haarmann, Pirkeko-Liisa*, Tekijänoikeus ja lähioikeudet. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1999
- Haarmann, Pirkeko-Liisa*, Tekijänoikeus ja lähioikeudet. Talentum, Helsinki 2005
- Hadfield, Gillian*, Privatizing Commercial Law: Lessons from the Middle and the Digital Ages. Stanford Law & Economics, Olin Research Paper No. 195, March 2000, [http://papers.ssr.com/paper.taf?abstract\\_id=220252](http://papers.ssr.com/paper.taf?abstract_id=220252), besökt 13.11.2001
- Hakulinen, Y. J.*, Obligationsrätt I. Allmänna läror. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie nr. 62, Söderström, Tammerfors 1962
- Halbert, Debora J.*, Intellectual Property in The Information Age. The Politics of Expanding Ownership Rights. Quorum Books, Westport, Connecticut, London 1999.
- Hansmann, Henry – Santilli, Marina*, Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis. Journal of Legal Studies vol 26, 1997, s. 95-143.
- Harrington, Justin*, Information Society Services: What are they and how relevant is the definition? Computer Law & Security Report, Vol. 17 no. 3, 2001.
- Hauben, Michael – Hauben, Ronda*, Netizens. On the History and Impact of Usenet and the Internet. IEEE Computer Society Press, Los Alamitos, California, Washington, Brussels, Tokyo 1997
- Hausmann, Frank G.*, Protecting Intellectual Property in the Digital Age. I "Copy Fights. The Future of Intellectual Property in the Information Age". Eds. Thierer, Adam –Wayne Crews Jr., Clyde. Cato Institute 2002, s. 205-220.
- Heide, Thomas*, Access control and innovation under the emerging EU electronic commerce framework. Berkley Technology Law Journal, Fall 2000, s. 993-1047.
- Heide, Thomas*, Copyright in the E.U. and United States: What "Access Right"? EIPR10/2001, s. 469-477
- Heller, Michel A.*, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. Harvard Law Review, January 1998, s. 621-687
- Hellner, Jan*, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Praktik, teori och teknik. Juristförlaget, Stockholm 1990
- Hemmo, Mika*, Vahingonkorvausoikeus. WSOY 2005
- Herler, Brita*, Upphovsrättsligt skydd av digitala musikaliska verk vid marknadsföring i Internet. Acta Wasaensia nr 89/2001
- Heverly, Robert A.*, The Information Semicommons. Berkeley Technology Law Journal, Fall 2003, s. 1127-1189.
- Hill, Michael W.*, The Impact of Information on Society. An examination of its nature, value and usage. Bowker-Saur, London, Melbourne, Munich, New Providence (NJ), 1999. Reprinted 2000.
- Hoeren, Thomas*, Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction. Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001, Columbia University School of Law, New York City, s. 348-363.
- Hugenoltz, P. Berndt*, Code as Code, Or the End of Intellectual Property as We Know It. Maastricht Journal of European and Comparative Law, Volume 6, No. 3, 1999, s. 308-318

- Hugenholtz, P. Bernt*, Copyright and Freedom of Expression in Europe. I “Innovation Policy in an Information Age”. Eds. Dreyfuss, Rochelle C. - Zimmerman, Diane L. - First, Harry. Oxford University Press 2000, s. 343-363
- Hugenholtz, P. Bernt – Guibault, Lucie – van Geffen, Sjørd*, The Future of Levies in a Digital Environment. Institute for Information Law, Amsterdam, March 2003. Tillgänglig på <http://www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, besökt 26.8.2006
- Hurmelinna-Laukkanen, Pia*, Dynamics of Appropriability – Finding a Balance between Efficiency and Strength in the Appropriability Regime. Acta Universitatis Lappeenrantaensis 228, 2005
- Huuskonen, Mikko*, Copyright, Mass Use and Exclusivity. On The Industry Initiated Limitations to Copyright Exclusivity, Especially Regarding Sound Recording and Broadcasting. Department of Private Law, University of Helsinki 2006.
- Iannella, Renato*, Digital Rights Management (DRM) Architectures. D-Lib Magazine, 6/2001 (elektronisk källa)
- Isenberg, Doug*, The Giga Law. Guide to Internet Law 2002. Random House Trade Paperbacks, New York 2002
- Johnson, David R. – Post, David G.*, Law And Borders - The Rise of Law in Cyberspace. Stanford Law Review Vol. 48:1367, May 1996
- Johnston, Graeme*, Copyright and Freedom of the Media: A Modest Proposal. EIPR 1/1996, s. 6-17
- Jones, Richard*, Entertaining Code: File Sharing, Digital Rights Management Regimes, and Criminological Theories of Compliance. International Review of Law, Computers and Technology, vol 19 no 3/2005, s. 287-303
- Jyränki, Antero*, Valta ja vapaus. Valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä. Kolmas, laajennettu ja uudistettu laitos, Talentum, Helsinki 2003
- Kallioniemi, Ismo*, Tekijänoikeudellisista kysymyksistä vertaisverkoissa. Defensor Legis 3/2001, s. 499-506
- Karnell, Gunnar*, Avtalslicenskonstruktionen, principiella och praktiska frågor. NIR, Årgång 50, 1981
- Karnell, Gunnar*, Copyright protection under human rights control – in particular of works not disseminated to the public. NIR 6/2004 s. 516-535
- Karnell, Gunnar*, The Berne Convention Between Authors’ Rights and Copyright Economics - An International Dilemma. Internationell Review of Industrial Property 2/1995, s. 193-213
- Karnell, Gunnar*, Upphovsrättsligt skydd för icke offentliggjorda verk i internationellt perspektiv. NIR 1/2000
- Katz, Ariel*, A Network Effects Perspective on Software Piracy. 55 University of Toronto Law Journal, 2005, s. 155-216
- Katz, Ariel*, The Potential Demise of Another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights. Journal of Competition Law and Economics 1(3)/2005, s. 541-593 (elektronisk källa)
- Kawohl, Friedemann - Kretschmer, Martin*, Abstraction and Registration: Conceptual innovations and supply effects in Prussian and British copyright (1820-50). Intellectual Property Quarterly 2/2003, s. 209-228
- Kennedy, Dennis*, A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and Copyfuture. Saint Louis University Public Law Review 2001, s. 345-377.
- Kielland, Geir*, The Doctrine of Implicit Licenses in Intellectual Property Law – and its Relevance to Electronic Agents. I “The Law of Electronic Agents”. Eds. Bing, Jon –Sartor, Giovanni. Complex 4/03, Institut for rettsinformatikk 2003, s. 161-184.
- Knoph, Ragnar*, Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett. Kristiania Olaf Norlis Forlag 1921
- Koelman, K. –Bygrave L.*, Privacy, Data Protection and Copyright: Their Interaction in the Context of Electronic Copyright Management Systems. I “Copyright and Electronic Commerce”. Ed. Hugenholtz. Bernt P. The Hague, Kluwer Law International 2000, s. 59-123
- Koelman, Kamiel*, The Protection of Technological Measures Versus the Copyright Limitations. Copyright World., Aug. 2002, s. 18-22
- Koelman, Kamiel*, Auteursrecht en technische voorzieningen. Juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen. 2003. Elektronisk källa. Tillgänglig på <http://pubs.cli.vu/pub164.php>, besökt 3.8.2006
- Koelman, Kamiel J.*, A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures. EIPR 6/2000, p. 272-280
- Koelman, Kamiel J. – Helberger, N.*, Protection of technological measures. I “Copyright and electronic commerce”. Ed. B. Hugenholtz. Kluwer Law International, Information Law Series 8, 2000, s. 165-227
- Köhler, Claus – Burmeister, Kai*, Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the EU). EIPR 10/1999, s. 485-499

- Koillinen, Mikael – Lavapuro, Juba*, Tekijänoikeudet tietoyhteiskunnassa perusoikeusnäkökulmasta. I ”Viestintä-oikeus”. Toim. Heikki Kulla, WSOY Lakitieto 2002, s. 335-355
- Koizumi, Naoki*, The New or Evolving “Access Right” in Japan. Comments for Panel Session 1.D.1. I “Adjuncts and Alternatives to Copyright”. Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001, Columbia University School of Law, New York City, ALAI 2001 USA, s. 364-367.
- Koktvedgaard, Mogens*, Immaterialretspositioner. Bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret. Juristforbundets forlag, Danmark 1965
- Kontkanen, Pirjo*, Tekijänoikeus yliopistotutkimuksessa ja -opetuksessa. Yliopistopaino, 2006.
- Kretschmer, Martin*, Digital Copyright; The End of an Era. EIPR 8/2003, s. 333-341.
- Kretschmer, Martin*, The Failure of Property Rules in Collective Administration: Rethinking Copyright Societies as Regulatory Instruments. EIPR 3/2002, s. 126-137
- Kuronen, Timo*, Tietovarannot ja jokamiehen oikeus. Kreodi 4/2000
- Kuronen, Timo*, Kansalaiskeskustelun edellytykset ja mahdollisuudet tietoverkkojen aikakaudella. Acta Universitatis Tamperensis nr 475. Tampereen Yliopistopaino Oy Juvenes Print, Tampere 2000
- Köhler, Claus – Burmeister, Kai*, Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the EU). EIPR 10/1999, s. 485-499
- Lagerspetz, Eerik*, The Opposite Mirrors. An essay on the conventionalist theory of institutions. Kluwer, Dordrecht 1995
- Lange, André*, The Impact of Digital Technologies on the Author’s Right and Neighboring Rights. WIPO World-wide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights. Harvard University, Cambridge, Massachusetts, USA, March 31 to April 2, 1993. WIPO Publication No. 723 (E), s. 227-237
- Lassen, Birger Stuevold*, Sosialtrygd, monopol og forsvarspolitik på åndsproduksjonsrettens område. NIR, Årg. 29, 1960, s. 237-247
- Leithe, Philip*, Developing Theory in Legal Technology. International Review of Law, Computers and Technology, vol 19, no 3/2005, s. 231-233
- Leppämäki, Laura*, Tekijänoikeuden oikeuttaminen. Jyväskylä Studies in Education, Psychology and Social Research nr 284. Jyväskylän yliopisto, Jyväskylä 2006
- Lessig, Lawrence*, Code and Other Laws of Cyberspace. Basic Books 1999
- Lessig, Lawrence*, Free Culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity. The Penguin Press, New York 2004
- Lessig, Lawrence*, The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World. Random House, New York 2001
- Lester, J. – Koehler Jr, W. C.*, Fundamentals of Information Studies. Understanding Information and Its Environment. Neal-Schuman Publishers Inc, New York 2003
- Letto-Vanamo, Pia*, Oikeuden Eurooppa. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1998
- Lindberg, Agne – Westman, Daniel*, Praktisk IT-rätt. Andra upplagan, 1999
- Lindberg, Ingemar*, Välfärdens idéer. Globaliseringen, elitismen och välfärdsstatens framtid. Atlas Stockholm 1999
- Lindhorst, Hermann*, Schutz von und vor technischen Massnahmen. Universitätsverlag Rasch, Osnabrück 2002
- Linna, Tuula*, Oikeuden väärinkäytön kielto ja sen sovelluksia. Lakimies 4/2004, s. 622-638
- Lipinski, Tomas A.*, The Developing Legal Infrastructure and the Globalization of Information: Constructing a Framework for Critical Choices in the New Millennium Internet – Character, Content and Confusion. Richmond Journal of Law and Technology, Winter 1999-2000
- Lipinski, Tomas A. – Britz, Johannes J.*, Rethinking the ownership of information in the 21<sup>st</sup> century: Ethical implications. Ethics and Information Technology 2/2000, s. 49-71.
- Litman, Jessica*, Revising Copyright Law for the Information Age. I “Copy Fights. The Future of Intellectual Property in the Information Age”. Eds. Thierer, Adam – Crews Jr, Clyde Wayne. Cato Institute 2002, s. 125-145
- Litman, Jessica*, The Exclusive Right to Read. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, vol 13, 1994, s. 29-54
- Litman, Jessica*, The Tales That Article 2B Tells. Symposium: Intellectual Property and Contract Law in the Information Age: The Impact of Article 2B of the Uniform Commercial Code on the Future of Transactions in Information and Electronic Commerce. Berkeley Technology Law Journal, vol. 13, Fall 1998, s. 935-948
- Litman, Jessica*, Digital Copyright. Prometheus Books, New York 2001

- Loewenstein, Joseph*, The Author's Due. Printing and the Prehistory of Copyright. The University of Chicago Press, Chicago and London 2002
- Mackaay, Ejan*, The Economics of Intellectual Property Rights. I ”Festschrift till Peter Seipel”. Red. Magnusson-Sjöberg, Cecilia – Wahlgren, Peter, Norstedts juridik 2006, s. 365-396
- Magnusson-Sjöberg, Cecilia*, Rättsautomation. Särskilt om statsförvaltningens datorisering. Norstedts Juridik, Gotab, Stockholm 1992
- Mandeville, Thomas*, An Information economics perspective on innovation. International Journal of Social Economics, vol 25, 2-4/1998, s. 357-364
- Mattei, Ugo A. – Antonioli, Luisa – Rossato, Andrea*, Comparative Law and Economics. I “Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics”. Eds. Bouckaert, Boudewijn – De Geest, Gerrit. Cheltenham, Edward Elgar 2000
- Mauthe, Andreas – Thomas, Peter*, Professional Content Management Systems. Handling Digital Media Assets. John Wiley & Sons Ltd, England 2004
- McManis, Charles R.*, The Privatization (or “Shrink-Wrapping”) of American Copyright Law. California Law Review, 1/1999, vol 87, s. 173-190
- Mehra, Achal*, Free Flow of Information. A New Paradigm. Greenwood Press, New York, Westport, Connecticut, London 1986
- Memorandum on Creative Commons Licenses. Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), Columbia Journal of Law & the Arts, Spring 2006, s. 261-269
- Meurer, Michael J.*, Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works. Buffalo Law Review, vol 45, 1997, s. 845-902
- Morano, Michael F.*, Legislating in the Face of New Technology: Copyright Laws For the Digital Age. Fordham International Law Journal, vol 20, 1997, s. 1374-1426
- Muldin, Kenneth*, Rättighetsförvaltning i elektroniska media. I ”Digitalisering och upphovsrätt – nytt skapande, nya regler, nya intring, nya avtal – aspekter på en ny medierätt”. Red. Karnell, Gunnar, Juristförlaget, Stockholm 1993, s. 83-114
- Mylly, Tuomas*, Tekijänoikeuden ideologiat ja myytit. Lakimies 2/2004, s. 228-254
- Määttä, Tapio*, Maanomistusoikeus. Tutkimus omistusoikeusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja nro 220, Helsinki 1999.
- Netanel, Neil Winstock*, Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena. Vanderbilt Law Review, March, 1998, s. 217-329
- Neuwahl, Nanette A.*, The Treaty of European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights? I “The European Union and Human Rights”. Ed. Neuwahl, Nanette A. & Rosas, Allan. Nijhoff, The Hague, 1995, s. 1-22
- Nimmer, David*, A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act. University of Pennsylvania Law Review, January 2000, s. 673-742
- Nimmer, David – Brown, Elliot – Frisbling, Gary N.*, The Metamorphosis of Contract into Expand. California Law Review nr 1/1999, vol. 87, s. 17-77
- Nimmer, Raymond*, Copyright and the Information Superhighway; Requiem for a Middleway. Stanford Law Review and Policy, 1994, vol. 6, s. 25-39
- Nimmer, Raymond*, Images and Contract Law - What Law Applies to Transactions in Information. Houston Law Review, Spring 1999, vol. 36, s. 1-59
- Nimmer, Raymond – Krauthaus, Patricia Ann*, Information as A Commodity: New Imperatives of Commercial Law. Law and Contemporary Problems, Summer, 1992, vol. 55, s. 103-130
- Nordell, Per Jonas*, Rätten till det visuella. GOTAB, Stockholm 1997
- Nuutila, Ari-Matti*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996
- Oesch, Rainer*, Tekijänoikeudet ja perusoikeusnäkökulma. Lakimies 3/2005, s. 351-376
- Olson, Kathleen K.*, Preserving the Copyright Balance: Statutory and Constitutional Preemption of Contract-based Claims. Communication Law and Policy, vol 11, winter 2006, s. 82-132
- Olsson, Agne Henry*, Den internationella immaterialrätten under slutet av år 2005. NIR 1/2006, s. 84-49
- Olsson, Agne Henry*, Den internationella utvecklingen under första halvåret 2005. NIR 4/2005, s. 371-376



- Olsson, Agne Henry*, Den internationella utvecklingen. WIPO:s Development Agenda. Stora motsättningar om den vidare utvecklingen av den internationella immaterialrätten. NIR 3/2005, s. 315-316
- Olsson, Agne Henry*, Den internationella utvecklingen. Tolfte sessionen av WIPO:s Standing Committee on Copyright and Related Rights. Ökande kontroverser. NIR 2/2005, s. 214-215
- Olsson, Henry*, Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt. Norstedts juridik 2006
- Olswang, Simon*, Accessright: An Evolutionary Path for Copyright into the Digital Era? EIPR 5/1995, s. 215
- Paasto, Päivi*, Analyyttinen vai perusoikeusrakenteinen varallisuus oikeus? I ”Omistus, sopimus, vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle”. Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004
- Paasto, Päivi*, Onko vapaus menettänyt merkityksensä varallisuus oikeuden perustana? Oikeus 3/2001, s. 340-346
- Paasto, Päivi*, Omistuksen juuret. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja no 255, 2004
- Parker, Donna B.*, Managers Guide to Computer Security. Reston, VA: Reston Publishing, Inc. 1981
- Perlmutter, Shira*, Convergence and the Future of Copyright. I ”Copyright, Related Rights and Media Convergence in the Digital Context”. Nordic Study Days, June 18-20, 2000, Stockholm, Sweden, s. 15-27
- Perlmutter, Shira*, The ”Access Right” in the United States. I ”Adjuncts and Alternatives to Copyright”. Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001, Columbia University School of Law, New York City. ALAI 2001 USA, s. 371
- Petri, Gunnar*, Rätten till menuetten. Historien om musikens värde. Kungliga musikaliska akademiens skriftserie nr 92, Atlantis, Stockholm 2000
- Petri, Gunnar*, Upphovsrätten och dess intressenter. NIR 5/2004, s. 428-442
- Petri, Gunnar & Stanom, Henrik*, Elektronisk återgivning – konsekvenser för marknadsförhållandena på musikområdet. I ”Digitalisering och upphovsrätt – nytt skapande, nya regler, nya intrång, nya avtal – aspekter på en ny medierätt”. Red. Karnell, Gunnar, Juristförlaget, Stockholm 1993, s. 43-50
- Piracy and the New Technologies. Rights nr 3/1990, s. 8-11
- Ploman, Edward W. & Hamilton, L. Clark*, Copyright. Intellectual property in the information age. Routledge & Kegan Paul, London 1980
- Posner, Richard A.*, Economic Analysis of Law. 4th ed. Little, Brown and Company. Boston, Toronto, London 1992
- Post, David G.*, His Napster’s Voice. I ”Copy Fights. The Future of Intellectual Property in the Information Age”. Eds. Thierer, Adam – Crews Jr., Clyde Wayne. Cato Institute 2002, s. 107-124
- Powell, Walter W.*, Networks of Learning in Biotechnology: Opportunities and Constraints Associated With Relational Contracting in a Knowledge-Intensive Field. I ”Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society”. Eds. Dreyfuss, Rochelle C. - Zimmerman, Diane L. - First, Harry. Oxford University Press, New York 2001, s. 251-266
- Principles of European Contract Law. Parts I and II. Prepared by The Commission on European Contract Law. Eds. Lando, Ole & Beale, Hugh. Kluwer Law International 2000
- Pöyhönen, Juba*, Uusi varallisuus oikeus, Kauppakaari Oyj, Helsinki 2000
- Pöysti, Tuomas*, Communicational Quality of Law – a Legal Informatics Perspective. I ”Festschrift till Peter Seipel”. Red. Magnusson-Sjöberg, Cecilia och Wahlgren, Peter. Norstedts juridik 2006, s. 463-494
- Pöysti, Tuomas*, ICT and Legal Principles: Sources and Paradigm of Information Law. I ”IT Law”. Red. Wahlgren, Peter. Scandinavian Studies in Law volume 47, Stockholm 2004, s. 560-600
- Pöysti, Tuomas*, Informaatio-oikeus. Encyclopedia Iuridica Fennica, del VII (1999), spalt 201-215
- Pöysti, Tuomas*, Tehokkuus, informaatio ja eurooppalainen oikeusalue. Forum Iuris, Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Helsinki 1999
- Pöysti, Tuomas*, Verkkoyhteiskunnan viestintäinfrastruktuurin metaoikeudet. I ”Viestintäoikeus”. Toim. Kulla, Heikki. WSOY Lakitieto 2002
- Prechal, Sacha*, Directives in European Community Law. A study of directives and their enforcement in national courts. Oxford, Clarendon Press 1995
- Quaedvlieg, Anton*, Copyright’s Orbit Round Private, Commercial and Economic Law - The Copyright System and the Place of the User. International Review of Industrial Property, vol 29, 4/1998, s. 420-438
- Rahnasto, Ilkka*, How to Leverage Intellectual Property Rights. Intellectual Property Rights, External Effects and Antitrust in the Communication Industry. Academic dissertation, Yliopistopaino, Helsinki 2001
- Rajala, Katariina*, Tekijänoikeudellisesta reproduktio-oikeudesta erityisesti tietoverkkoympäristössä. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden julkaisusarja A:90. Turku 1997

- Råman, Jari*, Regulating Secure Software Development. Analysing the potential regulatory solutions for the lack of security in software. Acta Universitatis Lapponiensis nr 102, Rovaniemi 2006
- Rawls, John*, En teori om rättvisa. Övers. Annika Persson. Daidalos, Göteborg 1999
- Raymond, Eric*, The Cathedral and the Bazaar. Knowledge, Technology & Policy, Fall 1999
- Reese, Anthony R.*, Will Merging Access Controls and Rights Controls Undermine the Structure of Anticircumvention Law? Berkeley Technology Law Journal, Spring 2003, s. 619-665
- Reichman, J. H. – Franklin, Jonathan A.*, Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract With Public Good Uses of Information. University of Pennsylvania Law Review, April 1999, s. 875-970
- Reichman, Jerome H.*, Of Green Tulips and Legal Kudzu: Repackaging Rights in Subpatentable Innovation. I "Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society". Eds. Dreyfuss, Rochelle C. – Zimmerman, Diane L. – First, Harry. Oxford University Press, New York 2001, s. 23-54.
- Rice, David A.*, License With Contract and Precedent: Publisher-Licenser Protection Consequences and the Rationale Offered for the Nontransferability of Licenses Under Article 2B. Berkeley Technology Law Journal, Fall 1998, s. 1239-1281
- Riis, Thomas*, Ophavsretlige selvhjælpsforanstaltninger. I "Festskrift til Mogens Koktvedgaard". Red. Andersen, Mads Bryde – Heide-Jørgensen, Caroline – Schovsbo, Jens, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003, s. 425-446
- Riis, Thomas*, Immaterialret & IT. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001
- Riis, Thomas*, Ophavsret og retsøkonomi. Immaterielle goder i kulturokonomisk belysning. GadJura. København 1996.
- Rognstad, Ole-Andreas*, Konsumpsjon og digitale overføringer. Et forslag til en alternativ løsningsmodell. I "Festskrift til Mogens Koktvedgaard". Red. Andersen, Mads Bryde – Heide-Jørgensen, Caroline – Schovsbo, Jens, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003, s. 447-472
- Rosén, Jan*, Förlagsrättens och upphovsrättens tidiga utvecklingsskeden i ett internationellt perspektiv. NIR, Årgång 59, 1990
- Rosén, Jan*, Upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet – privaträtten i en konstitutionell kontext. I "Festskrift till Peter Seipel". Red. Magnusson-Sjöberg, Cecilia – Wahlgren, Peter. Norstedts Juridik (2006), s. 495-508
- Rosén, Jan*, Medie- och immaterialrätt. Iustus Förlag, Uppsala 2003
- Rosén, Jan*, Upphovsrättens avtal. Regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt fotografers avtal. Tredje upplagan. Norstedts Juridik 2006
- Rosenblatt, Bill – Tripple, Bill – Mooney, Stephen*, Digital rights management: business and technology. M&T Books, New York, NY 2002
- Ross, Alf*, Om ret og retfærdighed. Nyt nordisk forlag, Köpenhamn 1966
- Rothstein Wolfson, Joel*, Contract and Copyright Are Not At War: A Reply To "The Metamorphosis of Contract Into Expand". California Law Review, nr 1/1999, vol. 87, s. 79-110.
- Rump, Niels*, Definitions, Aspects and Overview. I "Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects". Eds. Becker, Eberhard – Buhse, Willms – Bünnewig, Dirk – Rump, Niels. Springer 2003, s. 3-15.
- Saarenpää, Abti*, Tieto, suoja ja byrokrazia - näkökohtia suomalaisen tietosuojan kehityksestä ja tulkinnoista. Oikeuskirja, s. 581-621. Pandecta, Rovaniemi 1995
- Saarenpää, Abti – Pöysti, Tuomas (toim)*, Tietoturvallisuus ja laki, näkökohtia tietoturvallisuuden oikeudellisesta sääntelystä. Valtiovarainministeriö, Lapin yliopisto 1997.
- Salokannel, Marjut*, Ownership of Rights in Audiovisual Productions. A Comparative Study. Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1997.
- Samuelson, Pamela*, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised. Berkeley Technology Law Journal, vol 14, Spring 1999. s. 519-566
- Samuelson, Pamela*, Towards More Sensible Anti-Circumvention Regulations. I "Financial Cryptography". Ed. Yair Frankel. Springer 2001, s. 33-41
- Schapiro, Carl*, Setting Compatibility Standards: Cooperation of Collusion. I "Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society". Eds. Dreyfuss, Rochelle C. – Zimmerman, Diane L. – First, Harry. Oxford University Press, New York 2001, s. 81-102.

- Schlachter, Eric*, The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law Could Be Unimportant on the Internet. *Berkeley Technology Law Journal*, vol 12, 1/1997, s. 15-51
- Schlüter, Johan – Plesner Mathiasen, Jakob*, Medvirken til ophavsretskrænkelser på Internettet. I "Festskrift til Mogens Koktvedgaard". Red. Andersen, Mads Bryde – Heide-Jørgensen, Caroline – Schovsbo, Jens. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003, s. 517-548
- Schønning, Peter*, Tekniske skyddsåtgärder. NIR 6/2005, s. 581-584
- Schovsbo, Jens*, Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996
- Searle, John R.*, The Construction of Social Reality. Allen Lane, The Penguin Press 1995.
- Seipel, Peter*, IT Law in the Framework of Legal Informatics. I "IT Law". Red. Wahlgren, Peter. Scandinavian Studies in Law volume 47, Stockholm 2004, s. 31-47
- Seipel, Peter*, Upphovsrätten, informationstekniken och kunskapsbygget. Kungliga Vitterhets historie och antikvitetsakademiens årsbok 1998, s. 92-111
- Seipel, Peter*, Computing Law. Perspectives on a New Legal Discipline. LiberFörlag Stockholm 1977
- Senfjellen, Martin*, Copyright, limitations and the three-step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law. Information Law Series. Kluwer Law International 2004
- Shapiro, Carl – Varian, Hal R.*, Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts 1999
- Sinacore-Guinn, David*, Collective Administration of Copyrights and Neighboring Rights. International Practices, Procedures, and Organizations. Little, Brown and Company, Boston, Toronto, London 1993
- Sorvari, Katariina*, Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta erityisesti tietoverkkoympäristössä. WSOY 2005
- Sterling, J. A. L.*, Creator's Right and the Bridge Between Author's Right and Copyright. *International Review of Industrial Property* 3/1998, s. 302-308
- Still, Viveca*, Informationens fria rörlighet ur upphovsrättsligt perspektiv. *Oikeus* 1/2000, s. 65-81
- Still, Viveca*, Upphovsrättens expansion. NIR 1/2003, s. 44-56.
- Still, Viveca*, Napster ja tekijänoikeuden uudet ongelmakohtat. *Defensor Legis* 2/2002, s. 292-309.
- Stokes, Simon*, Digital Copyright: Law and Practice, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2005
- Stray, Anne Lise Sjøthoff*, Opphavsretten. "Lov om opphavsrett til åndsverk m.v." kommentert og supplert, Universitetsforlaget AS 1989.
- Strowel, Alain*, Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences. Etude de droit compare. Brussels 1993.
- Takki, Pekka*, IT-sopimukset. Käytännön käsikirja. 3. upplagan, Talentum 2003
- Tallmo, Karl-Erik*, Den missförstådda upphovsrätten, <http://www.nisus.se/archive/050902.html> (besökt 30.5.2006), först utgiven i *Computer Sweden* 2.9.2005
- Tian, Yi Jun*, Business and rights management. Business implications of anti-circumvention legislation and recommendations. *Computer Law & Security Report* 6/2004, s. 445-452.
- Tolonen, Hannu*, Oikeuslähdeoppi. WSOY Lakitieto 2003
- Torremans, Paul L.C.*, Copyright As A Human Right. I "Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy". Ed. Torremans, Paul L.C. Kluwer Law International, The Hague, London, New York 2004, s. 1-20
- Tuori, Kaarlo*, Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. *Lakimies* 7-8/2004, s. 1196-1224.
- Tuori, Kaarlo*, Tuomarivaltio –uhka vai myytti. *Lakimies* 2003, s. 915-943
- Tuori, Kaarlo*, Kriittinen oikeuspositivismi. Werner Söderström Lakitieto Oy 2000
- Tuori, Kaarlo*, Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt. Forum iuris, Helsinki 2003
- Turunen, Annamari*, Innovations as Communication Processes. A Legal Architecture for Governing Ideas in Business. Acta Universitatis Lapponiensis 94, Lapland University Press 2005
- Tyrnäinen, Pasi*, Concepts and a Design for Fair Use and Privacy in DRM. *DLib Magazine* 2/2005 (elektronisk källa)
- Ullrich, Hans*, Intellectual Property, Access to Information, and Antitrust: Harmony, Disharmony, and International Harmonization. I "Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society". Eds. Dreyfuss, Rochelle C. - Zimmerman, Diane L. - First, Harry. Oxford University Press, New York 2001, s. 365-402



- Vedenkannas, Matti*, Tietokoneohjelman luovutuksen luonne: tekijänoikeuden, käyttöoikeuden vaiko teoskappaleen luovutus. Defensor Legis 5/2002, s. 862-879.
- Vesala, Juha*, Technological Protection of Copyright. Legal Protection Against Circumvention Tools Under the EC and US Laws. Finnish Copyright Society 2004
- Vinje, Thomas*, A Brave New World of Technical Protection Systems: Will There Still be Room for Copyright? EIPR 8/1996, s. 431-440
- Vinje, Thomas*, Copyright imperiled? EIPR 4/1999, s. 192-207
- Välimäki, Mikko*, Ajatuksia tekijänoikeuslainsäädännön uudistamiseksi. Lakimies 2/2004, s. 255-273.
- Välimäki, Mikko*, The Rise of Open Source Licensing. A Challenge to the Use of Intellectual Property in the Software Industry. Turre Publishing 2005
- Waldron, Jeremy*, The Role of Rights in Practical Reasoning: "Rights" Versus "Needs". The Journal of Ethics 4/2000, s. 115-135
- Webbink, Mark H.*, Open Source Software - Bridging the Chasm. Practising Law Institute, Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, February-March, 2002
- Wellman, Carl*, A Theory of Rights. Persons under Laws, Institutions, and Morals. Rowman & Allanheld 1985
- Westman, Daniel*, Tekniska åtgärder - teknik, juridik och politik, NIR 3/2002, s. 226-250.
- Yeung, Karen*, Private Enforcement of Competition Law. I "Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries". Ed. McCrudden, Christopher. Clarendon Press, Oxford 1999, s. 37-65

## MYNDIGHETSDOKUMENT OCH OFFENTLIGA UTREDNINGAR

### Belgien

Proposition de loi modifiant la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information 2-704/4, Sénat de Belgique, 18 Oct. 2002.

### Danmark

2002/1 LSF 19. Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven (Gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftalelicenser m.v.). 2.10.2002

Lov om ophavsret. LBK nr 763 af 30/06/2006

### EU

84/567/EEC: Council Decision of 27 November 1984 adopting a Community programme for the development of the specialized information market in Europe. OJ L 314, 4.12.1984, p. 19–23

Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society. – Presidency compromise text, 19.5.2000

*Bangeman-rapporten*. Europe and the global information society: Recommendations to the European Council, <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/backg/bangeman.html>, besökt 15.8.2006.

Common position adopted by the Council with a view to the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. 14.9.2000

*Datorprogramdirektivet*. Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram, EGT L 122, 17.05.1991, s. 42 – 46. Svensk specialutgåva Område 17 Volym 1, s. 111.

*Direktiv om elektronisk handel*. Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden. EGT L 178, 17.7.2000, s. 1–16

*Direktiv om samhällsomfattande tjänster*. Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster. EGT L 108/51, 24.4.2002, s. 51–77.

*Direktivet om säkerställande av immaterialrätt*. Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter. EUT L 157/45, 30.4.2004, s. 45–86.

*eEurope 2002*. Ett informationssamhälle för alla. Handlingsplan utarbetad av rådet och Europeiska kommissionen för Europeiska rådets möte i Feira, 19-20 juni 2002, Bryssel den 14 juni 2000.

*eEurope 2005*. Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén - eEurope 2005: Ett informationssamhälle för alla - En handlingsplan inför Europeiska rådet i Sevilla, den 21-22 juni 2002. KOM/2002/263 slutlig

Europaparlamentets och rådets beslut nr 854/2005/EG av den 11 maj 2005 om inrättandet av ett flerårigt gemenskapsprogram för att främja en säkrare användning av Internet och ny online-teknik (Text av betydelse för EES). EUT L 149, 11.06.2005, s. 1–13

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser. EGT L 77, 27.3.1996, s. 20–28.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 98/48/EG av den 20 juli 1998 om ändring av direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter. EGT L 217, 5.8.1998, s. 18–26

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. EGT L 320, 28.11.1998, s. 54–57

Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/93/EG av den 13 december 1999 om ett gemenskapsramverk för elektroniska signaturer. EGT L 13, 19.1.2000, s. 12–20

- Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation). EGT L 201, 31.07.2002 s. 37–47.
- Fördraget om Europeiska union (konsoliderad Nice version) - EU-fördraget (Maastricht 1992) - EGT nr C 325 , 24.12.2002 s. 5 – 32, EGT nr C 340 , 10.11.1997 s. 145 - Konsoliderad version. (EU:s grundfördrag)
- Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. KOM(97) 628 slutlig. EGT C 108, 07.04.1998
- Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vidareutnyttjande och kommersialisering av handlingar från den offentliga sektorn. KOM/2002/207 slutlig. EGT C 227E, 24.9.2002, s. 382–386
- Gemensam ståndpunkt (EG) nr 48/2000 av den 28 september 2000, antagen av rådet i enlighet med det i artikel 251 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen angivna förfarandet, inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. EGT nr C 344 , 1.12.2000.
- Green Paper on Copyright and Challenge of Technology - Copyright Issues Requiring Immediate Action COM (88) 172 final
- Grönboken om konvergens av telekommunikation, media, och informationsteknik och dess följder för lagstiftningen - En strategi för informationssamhället KOM(97) 623 slutlig.
- Grönbok om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society COM(95) 382 final
- High Level Group on Digital Rights Management, Final Report. March-July 2004. (Tillgänglig på [http://europa.eu.int/information\\_society/eeurope/2005/all\\_about/digital\\_rights\\_man/high\\_level\\_group/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/digital_rights_man/high_level_group/index_en.htm), besökt 26.9.2006.)
- i2010* – Det europeiska informationssamhället för tillväxt och sysselsättning. Meddelande från kommissionen till rådet, europaparlamentet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén. KOM(2005) 229 slutlig, 1.6.2005.
- Information från den offentliga sektorn: en värdefull resurs för Europa - Grönbok om information från den offentliga sektorn i informationssamhället. KOM(1998)585 slutlig.
- Intellectual Property Rights and Digital Rights Management Systems, IS Policy Factsheet 020, September 2004. (Tillgänglig på [http://europa.eu.int/information\\_society/eeurope/2005/all\\_about/digital\\_rights\\_man/documents/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/digital_rights_man/documents/index_en.htm), besökt 9.3.2006.)
- Kommissionens rekommendation av den 18 maj 2005 om kollektiv gränsöverskridande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter i samband med lagliga musiktjänster på nätet (Text av betydelse för EES). EUT L 276, 21.10.2005, s. 54–57
- Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och Europeiska Ekonomiska och sociala kommittén - Förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter på den inre marknaden (Text av betydelse för EES). KOM(2004) 261 slutlig
- Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala Kommittén och regionkommittén om utvärderingen av gemenskapens fleråriga handlingsplan för att främja en säkrare användning av Internet och ny online-teknik genom att bekämpa olagligt och skadligt innehåll på globala nät, särskilt vad beträffar skydd av barn och minderåriga. KOM(2003)653 slutlig
- Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet - Haagprogrammet: tio prioriteringar för de kommande fem åren. Partnerskapet för förnyelse i EU när det gäller frihet, säkerhet och rättvisa. KOM(2005) 184 slutlig
- Memo 06/63, 7.2. 2006. Pressmeddelande gällande påbörjande av konkurrensrättsligt förfarande mot CISAC i fallet COMP/38.698 - CISAC Agreement.
- Opinion of the committee of the Regions on the Commission Communication ‘Europe’ s way to the information society - An action plan’. EGT C 210, 14.8.1995
- Persondatadirektivet*. Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter. EGT L 281/31, 23.11.1995, s. 31–50.
- Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs. COM(88)816 final. OJ C 91, 12.4.1989, p. 4

- Rapport från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén om genomförandet och effekterna av direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram. KOM(2000) 199 slutlig
- Rapport från kommissionen. Första årliga lägesrapporten om europeisk avtalsrätt och översynen av gemenskapens regelverk. Bryssel den 23.9.2005. KOM(2005) 456 slutlig
- Recommendation for second reading on the Council common position for adopting a European Parliament and Council directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society. A5-0043/2001 Final. 6.2.2001
- Report on a Community framework for collecting societies for authors' right (2002/2274(INI)). Committee on Legal Affairs and the Internal Market. European Parliament 1999-2004 Session document, 11 December 2003 Final A5.0478/2003
- Resolution om G7-konferensen om informationssamhället. EGT C 056, 6.3.1995 s. 97
- Rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television, EGT L 298, 17.10.1989, s. 23–30. Svensk specialutgåva Område 6 Volym 3 s. 3.
- Rådets förordning (EG) nr 1348/2000 av den 29 maj 2000 om delgivning i medlemsstaterna av handlingar i mål och ärenden av civil eller kommersiell natur. EGT L 160, 30.6.2000
- Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. EGT L 12, 16.1.2001
- Rådets förordning (EG) nr 1206/2001 av den 28 maj 2001 om samarbete mellan medlemsstaternas domstolar i fråga om bevisupptagning i mål och ärenden av civil eller kommersiell natur. EGT L 174, 27.6.2001
- Rådets resolution av den 21 november 1996 om nya policyprioriteringar för informationssamhället. EGT C 376, 12.12.1996.
- Upphovsrättsdirektivet.* Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. EGT L 167/10, 22.6.2001, s. 10–19.
- Uthyrnings- och utlåningsdirektivet.* Rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området (inofficiell översättning). EGT L 346, 27.11.1992, s. 61–66.
- Yttrande om Grönbok om upphovsrätt och angränsande rättigheter i informationssamhället. EGT C097, 1.4.1996.
- Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om Bättre lagstiftning. EUT C 24, 31.1.2006, s. 39–51
- Ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. KOM/99/250 slutlig, EGT C 180, 25.6.1999.

## Europarådet

Convention on Cybercrime, ETS No. 185, 23.11.2001.

Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

## Finland

Avtal mellan undervisningsministeriet och Kopiosto gällande fotokopiering vid högskolor, 17.12.2004. Opublicerat.

Finlands grundlag 11.6.1999/731

Konsumentskyddslag 20.1.1978/38

*Kommittébetänkande 5/1953*

*Kommittébetänkande 1980:12.* Komiteanmietintö 1980:12, Vuoden 1976 tekijänoikeuskomitean I osamietintö. Yksityinen käyttö, valokopiointi ja nauhoitus opetustoiminnassa.

*Kommittébetänkande 1982:63.* Komiteanmietintö 1982:63. Tekijänoikeuskomitean II osamietintö. Korvaus yksityisestä ääni- ja kuvanahoitustoiminnasta, tekijänoikeudellinen välimiesmenettely, tekijänoikeusneuvosto.

*Kommittébetänkande 1989:60.* Videokommissionens V betänkande. Video på 1990-talet. Videoverkstäder och interaktiva medier.

*Kommittébetänkande 2002:5.* Upphovsrätten i informationssamhället. Betänkande av upphovsrättskommissionen. Förslag till lagändringar som direktivet om upphovsrätten i informationssamhället förutsätter, förslag till andra ändringar av upphovsrättslagen

*Kommittébetänkande 2003:14.* Joukkoviesticinnän arkistointiprojektin muistio. Opetusministeriön työryhmämuistioita ja selvityksiä 2003:14

Lag om förbud mot vissa avkodningssystem 30.11.2001/1117

Lag om kommunikationsförvaltningen 29.6.2001/625.

Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 13.6.1929/228

Lag om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster 5.6.2002/458.

Lag om ändring av upphovsrättslagen 7.5.1993/418

Lag om ändring av upphovsrättslagen 14.10.2005/821

Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi tekijänoikeudesta kirjallisiin ja sävelmäteoksiin sekä laiksi tekijänoikeudesta kuvaamataiteiden teoksiin ja valokuviiin ynnä perustelut. Valtioneuvoston kirjapaino, Helsinki 1920.

Personuppgiftslagen 22.4.1995/523,

*Promemoria 13:1995.* Tekijänoikeudet informaatioyhteiskunnassa. Tekijänoikeustoimikunnan muistio digitaalisen kehityksen vaikutuksista tekijänoikeuteen. Promemoria av undervisningsministeriets arbetsgrupper.

*Riksdagens svar 100/2005 rd.* Regeringens proposition med förslag till lagar om ändring av upphovsrättslagen och 49 kap. strafflagen

RP 23/1960. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk och till lag om rätt till fotografisk bild

RP 70/1980. Regeringens proposition om ändring av upphovsrättslagen

RP 194/2001. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster och till lagar som har samband med den

RP 177/2002. Regeringens proposition om ändring av upphovsrättslagen

RP 28/2004. Regeringens proposition om ändring av upphovsrättslagen

Statsrådets förordning om kommunikationsförvaltningen 60/2004.

Selvitys tekijänoikeuslain teknisiä suojauskoikeuksia koskevien säännösten vaikutuksista yksityisen kopioinnin mahdollisuuteen. Opetusministeriö 4.12.2006

Strafflag 19.12.1889/39

Technological Measures. Strategic Considerations and Conclusions Relevant to the Legislative Work. Katherine Sand. Copyright Studies 2002, Opetusministeriö.

Tietoyhteiskuntaneuvoston raportti ”Tulevaisuuden elinvoimainen Suomi” (Rapport från rådet för informationssamhället ”Framtidens livskraftiga Finland”). Februari 2006.

Tvångsmedelslag 30.4.1987/450

Undervisningsministeriets arbetsgruppspromemorior och utredningar nr 2003:14 ”Joukkoviesticinnän arkistointiprojektin muistio”

Undervisningsministeriets förordning om storleken på den avgift som skall betalas vid tillverkning och import av inspelade ljud- och bildband och andra inspelningsmedier (gäller till 31.12.2007) 20.12.2006/1241

## FN

Report of the Working Group on Internet Governance, Château de Bossey, June 2005, tillgänglig på <http://www.wgig.org/WGIG-Report.html>, besökt 27.7.2006.

*UNESCO:s konstitution.* Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Adopted in London on 16 November 1945 and amended by the General Conference at its 2nd, 3rd, 4th, 5th, 6th, 7th, 8th, 9th, 10th, 12th, 15th, 17th, 19th, 20th, 21st, 24th, 25th, 26th, 27th, 28th, 29th and 31st sessions.

## Frankrike

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, compte rendue de 4 avril 2002

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, compte rendue de 20 décembre 2001

LOI n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

J.O n° 178 du 3 août 2006 page 11529 texte n° 1.

## G7/8

Conclusions of G7 summit "Information Society Conference", Doc/95/2 of 1995-02-26. Tillgängligt på [http://europa.eu.int/ISPO/intcoop/g8/i\\_g8conference.html](http://europa.eu.int/ISPO/intcoop/g8/i_g8conference.html), besökt 27.3.2006.

## Norge

Ot.prp.nr. 46 (2004-2005). Om lov om endringer i åndsverkloven m.m. Det kongelige kultur- og kirkedepartement. Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (*åndsverkloven*). LOV 1961-05-12 nr 02.

## OECD

Digital Broadband Content: Music. Directorate for Science, Technology and Industry, Committee for Information, Computer and Communications Policy, Working Party on the Information Economy, DSTI/IICP/IE(2004)12/FINAL, 13.12.2005, tillgänglig på [www.oecd.org/sti/digitalcontent](http://www.oecd.org/sti/digitalcontent), besökt 25.7.2006.

Digital Broadband Content; Digital content strategies and policies. Directorate for Science, Technology and Industry, Committee for Information, Computer and Communications Policy, Working Party on the Information Economy, DSTI/ICCP/IE(2005)3/FINAL, 19.5.2006, tillgänglig på [http://www.oecd.org/document/62/0,2340,en\\_2649\\_34223\\_32160190\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/62/0,2340,en_2649_34223_32160190_1_1_1_1,00.html), besökt 27.7.2006

## Storbritannien

The Copyright and Related Rights Regulations 2003. No. 2498/2003.

Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c. 48)

## Spanien

LEY 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. BOE núm. 162, Sábado 8 julio 2006.

## Sverige

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

Regeringens proposition 2004/05:110. Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. SFS 1960:729. Senast ändrad genom lag 2005:359

Lag (2005:359) om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. SFS 2005:359

## Tyskland

(*UrhG*) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. 9. September 1965 (BGBl. S. 1273), senast ändrad genom Art. 1 G vom 10. November 2006 (BGBl. I S. 2587)

## USA

Audio Home Recording Act, 17 U.S.C. §1001-10 (1992).

Digital Millennium Copyright Act (*DMCA*)

*Judiciary Committee Rept. 1998*. Report of the House Judiciary Committee on H.R. 2281, WIPO Copyright Treaty Implementation Act (May 22, 1998), H. Rept. 105-551 (Part I)

*Commerce Committee Rept. 1998*. Report of the Committee on Commerce on H.R. 2281, WIPO Copyright Treaty Implementation Act (July 22, 1998), H. Rept. 105-551 (Part II)

WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act of 1998. Del I av DMCA.

Online Copyright Liability Act. Del II av DMCA. Public Law 105-304 – Oct. 28, 1998, § 512.

*Lehman-rapporten*. Intellectual Property and the National Information Infrastructure. The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights Information Infrastructure Task Force, September 1995.

Library of Congress final rule, Oct 27, 2000, Fed. Reg. vol 65, no 209

Library of Congress final rule, Oct. 31, 2003, Fed. Reg. vol. 68, no 211

Library of Congress final rule, Nov. 27, 2006, Fed. Reg. vol. 71, no 227

*NII*. The National Information Infrastructure: Agenda for Action. 1993. Tillgängligt på <http://www.ibiblio.org/nii> (28.2.2006)

In re Digital Broadcast Content Protection, Report and order and further notice of proposed rulemaking, MB Docket 02-230, FCC 03-273. November 4, 2003

Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA), Oct 2002. Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by it Approved and Recommended for Enactment in All the States at its Annual Conference In Tucson, Arizona, July 26 - August 2, 2002. Tillgänglig på <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/2002final.htm>, besökt 31.7.2006.

United States Constitution

*US Copyright Law*. Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code.

## WIPO

Automated Rights Management Systems and Copyright Limitations and Exceptions. Garnett, Nic. WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights. SCCR/14/5, April 27, 2006

Current developments in the field of digital rights management. Cunard, Jeffrey P., Hill, Keith & Barlas, Chris. WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights. 10<sup>th</sup> ses.

## STANDARDER OCH DOKUMENT AV STANDARDISERINGSORGAN

### ISO

- ISO 15706:2002. Information and documentation -- International Standard Audiovisual Number (ISAN)
- ISO 2108:2005 Information and documentation -- International standard book number (ISBN)
- ISO 10957:1993 Information and documentation -- International standard music number (ISMN)
- ISO 3901:2001 Information and documentation -- International Standard Recording Code (ISRC)
- ISO 10444:1994 Information and documentation -- International standard technical report number (ISRN)
- ISO 3297:1998 Information and documentation -- International standard serial number (ISSN)
- ISO 15707:2001 Information and documentation -- International Standard Musical Work Code (ISWC)
- ISO/DIS 21047 ISTC (anhängig). Information and documentation -- International Standard Text Code (ISTC)
- ISO/IEC TR 21000-1:2004. Information technology -- Multimedia framework (MPEG-21) -- Part 1: Vision, Technologies and Strategy
- ISO/TR 21449:2004. Content Delivery and Rights Management – Functional Requirements for identifiers and descriptors for use in the music, film, video, sound recording and publishing industries.

### SIS

Terminologi för Informationssäkerhet. SIS Handbok 550. Red. JoachimBowin, Docusys Stockholm 2003

## RÄTTSPRAXIS

### Finland

- HD 1968 II 81
- HD 1979 II 64
- HD 1989:87
- HD 1998:91
- HD 1999:115
- HD 2002:101
- HD 2003:88
- Jyväskylä tingsrätts dom RD 01/104, 28.5.2001
- UR 1992:3 (5.2.1992, publicerat i Tekijänoikeusneuvoston lausunnot 1988-1992 (1994), s 305 ff)
- UR 2001:15
- UR 2002:7
- UR 2002:13
- UR 2002:16

### EU

- IMS Health-fallet.* IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG. Domstolens dom (femte avdelningen) den 29 april 2004. Mål C-418/01. Rättsfallssamling 2004 s. I-5039
- Codifis-fallet.* Codifis SA mot Jean-Louis Fredout. Mål C-473/00 av den 21 November 2002. Rättsfallssamling 2002, s. I-10875
- Gema-fallet.* Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International mot GEMA – Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte. Domstolens dom den 20 januari 1981. Förenade målen 55/80 och 57/80. Rättsfallssamling 1981, s. 147



*Magill-fallet*. Domstolens dom den 6 April 1995. Radio Telefís Éireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot EG-kommissionen. Förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P. Rättsfallsamling 1995 s 1-743

*SACEM-fallet*. G. Basset v Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SECAM). Judgment of the Court of 9 April 1987. Case 402/85. European Court Reports 1987, p. 1747

*Tournier-fallet*. Brottmål mot Jean-Louis Tournier. Domstolens dom den 13 juli 1989. Mål 395/87. Rättsfallsamling 1989, s. 2521, Svensk specialutgåva 1989, s. 113

## USA

American Library Ass'n. v. F.C.C. American Library Association, et al., v. Federal Communications Commission and United States of America, 406 F.3d 689, C.A.D.C 2005. May 06, 2000

*Napster-fallet (distriktsdomstolens dom)*. A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F.Supp.2d 896, N.D.Cal., 2000. Aug 10, 2000

*Napster-fallet (apellationsdomstolens dom)*. A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, C.A.9 (Cal.), 2001. Feb 12, 2001.

*Chamberlain v Skylink*. The Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc. 381 F.3d 1178, C.A.Fed. (Ill.), 2004. Aug 31, 2004

DVD Copy Control Ass'n Inc. v. Bunner, 113 Cal.Rptr.2d 338, Cal.App. 6 Dist., 2001. Nov 01, 2001

DVD Copy Control Ass'n, Inc. v. Bunner, 31 Cal.4th 864, 4 Cal.Rptr.3d 69, Cal., 2003. Aug 25, 2003

DVD Copy Control Ass'n Inc. v. Bunner, 116 Cal.App.4th 241, 10 Cal.Rptr.3d 185, Cal.App. 6 Dist., 2004. Feb 27, 2004

*Elcom-fallet*. US v. Elcom, Ltd, 203 F.Supp.2d 1111, N.D.Cal., 2002. May 08, 2002

In re Digital Broadcast Content Protection, Report and order and further notice of proposed rulemaking, MB Docket 02-230, FCC 03-273. November 4, 2003

US v. Dmitry Sklyarov. Pretrial Diversion Agreement No. CR 01-20138 RMW, December 13, 2001

*Lexmark v Static Control (distriktsdomstolens beslut)*. Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 253 F.Supp.2d 943 E.D.Ky., 2003. Feb 27, 2003

*Lexmark v Static Control (apellationsdomstolens beslut)*. Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522, C.A.6 (Ky.), 2004. Oct 26, 2004.

*Grokster-fallet (distriktsdomstolens beslut)*. Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 259 F.Supp.2d 1029, C.D.Cal., 2003. Apr 25, 2003

*Grokster-fallet (apellationsdomstolens beslut)*. Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 419 F.3d 1005, C.A.9, 2005. Aug 15, 2005

*Grokster-fallet (USA:s högsta domstols beslut)*. Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764 U.S., 2005. Jun 27, 2005

*RealNetworks v Streambox*. RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc. Not Reported in F.Supp.2d, 2000 WL 127311, W.D.Wash., 2000. Jan 18, 2000. (Order on plaintiff's motion for preliminary injunction)

*Sony Corp. of America v Universal City Studios*, 465 U.S. 1112, 104 S.Ct. 1619 (Mem), U.S., 1984. Mar 19, 1984

*Storagetek v Custom Hardware*. Storage Technology Corporation (Doing Business As Storagetek) v. Custom Hardware Engineering & Consulting, Inc. and David York, 421 F.3d 1307, C.A.Fed., 2005. Aug 24, 2005

*Universal v Corley*. Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429, C.A.2 (N.Y.), 2001. Nov 28, 2001

*Universal v Reimerdes*. Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F.Supp.2d 346, S.D.N.Y., 2000. Aug 19, 2000

*US v Elcom*, se Elcom-fallet

## ÖVRIGT MATERIAL

Nyhetsartiklar mm.

- Biggest wave of actions yet announced against illegal file-sharing. Press release, November 15, 2005. IFPI, <http://www.ifpi.org/site-content/press/20051115.html>, besökt 22.9.2006
- Caching Tutorial, Version 1.7 — May 9, 2006, [http://www.mnot.net/cache\\_docs/](http://www.mnot.net/cache_docs/) besökt 6.7.2006
- CD Crack: Magic Marker Indeed. Reuters. Publicerad i Wired News, 20 Maj 2002. <http://www.wired.com/news/technology/1,52665-0.html>, besökt 27.3.2006
- Esitutkinnan päätökset 26.4.2005 6780/s/43279/05. Turun poliisilaitos, publicerat på Effi:s webbsidor <http://www.ffi.org/tekijanoikeus/viralgpaatos-2005-04-26.html>, besökt 25.7.2006.
- Factsheet "Value Added by the DOI System", Version 1.1, The International DOI Foundation, <http://www.doi.org/factsheets/DOIValueAdded.html>, besökt 27.6.2006.
- FAQ, MPEG-21:s webbsidor, <http://www.chiariglione.org/mpeg/faq/mp21-mds/mp21-mds.htm>, besökt 9.6.2006
- Fighting online Piracy in 2006, BayTSP.com Incorporated, <http://www.baytsp.com/infopage.html>, besökt 26.7.2006
- iTunes Store Terms of Service. [Http://www.apple.com/support/itunes/legal/terms.html](http://www.apple.com/support/itunes/legal/terms.html), besökt 7.6.2006.
- Just the Facts on Digital Watermarking, Digimarc. [Http://www.digimarc.com/docs/analogHole\\_DWM%20Facts%20FINAL.pdf](http://www.digimarc.com/docs/analogHole_DWM%20Facts%20FINAL.pdf), besökt 14.6.2006
- Konsumentombudsmän i enad front mot iTunes. Pressmeddelande 2006-06-28. Konsumentverket/KO. [Http://www.ko.se/mallar/sv/pressmeddelande.asp?lngArticleId=4807&lngCategoryId=509](http://www.ko.se/mallar/sv/pressmeddelande.asp?lngArticleId=4807&lngCategoryId=509), besökt 28.6.2006
- Learn how FirstSource can track the propagation of files from one user. BayTSP webbsida, <http://www.baytsp.com/infopage.html>, besökt 28.6.2006.
- Managing Access to Digital Information: An Approach Based on Digital Objects and Stated Operations. Cross-Industry Working Group (1997), <http://www.xiwt.org/documents/ManagAccess.pdf>, besökt 16.9.2006
- Moebius, Promoting DRM Interoperability. CISAC (2006), [Http://www.cisac.org/web/Content.nsf/Builder?ReadForm&Page=Article&Lang=EN&Alias=web-2006-05-moebius](http://www.cisac.org/web/Content.nsf/Builder?ReadForm&Page=Article&Lang=EN&Alias=web-2006-05-moebius), besökt 3.7.2006.
- Netiquette Guidelines. Internet Engineering Task Force, Network working group, Oct 1995, <http://www.ietf.org/rfc/rfc1855.txt>, besökt 22.9.2006
- Nokia DRM and download frequently asked questions (updated 31-October-2005). Forum Nokia, [http://www.forum.nokia.com/main/resources/technologies/drm\\_and\\_download/faq.html](http://www.forum.nokia.com/main/resources/technologies/drm_and_download/faq.html), besökt 22.9.2006
- SunnComm Merges with Analog Hole Plugger DarkNoise. DRM Watch, 5.2.2004, <http://www.drmwatch.com/drmttech/article.php/3308881>, besökt 14.6.2006
- The Moebius White Paper (2006), <http://www.moebius-forum.org/whitepaper.htm>, besökt 3.7.2006
- Goldfarb, Jeffrey, New ad-supported P2P music service signs up EMI. Reuters UK, 5.6.2006. [http://today.reuters.co.uk/news/newsArticle.aspx?type=technologyNews&storyID=2006-06-05T160913Z\\_01\\_L0553420\\_RTRIDST\\_0\\_TECH-MEDIA-QTRAX-EMI-DC.XML](http://today.reuters.co.uk/news/newsArticle.aspx?type=technologyNews&storyID=2006-06-05T160913Z_01_L0553420_RTRIDST_0_TECH-MEDIA-QTRAX-EMI-DC.XML), besökt 27.7.2006
- Hachman, Mark, Update: Blu-Ray DRM Plans Released. ExtremeTech, August 9, 2005. Tillgängligt på <http://www.extremetech.com/article2/0,1697,1845993,00.asp>, besökt 27.7.2006.
- Hunt, Brad, Analog Reconversion Problem. Presentation at Analog Reconversion Discussion Group, 12.2.2003. [Http://www.cptwg.org/html/ARDG%20page.htm](http://www.cptwg.org/html/ARDG%20page.htm), besökt 14.6.2006.
- Hunt, Brad, Digital Content Protection. 2005 Status Report.. HPA 2005 Technology Retreat, January 26, 2005. [Http://data.memberclicks.com/site/hopa/2005TR\\_BH\\_DCP.pdf](http://data.memberclicks.com/site/hopa/2005TR_BH_DCP.pdf), besökt 14.6.2006,
- Karvonen, Tuomas, Uusi vertaisverkko versoo Bit Torrentin raunioille. Tietokone 13.1.2005. [Http://www.tietokone.fi/uutta/utinen.asp?news\\_id=22774&tyyppi=1](http://www.tietokone.fi/uutta/utinen.asp?news_id=22774&tyyppi=1), besökt 25.7.2006
- Kolehmainen, Aleks, Halvat cd-levyt pilaantuvat parissa vuodessa. Tietoviikko 10.1.2006 [Http://www.tietoviikko.fi/doc.do?f\\_id=831559](http://www.tietoviikko.fi/doc.do?f_id=831559), besökt 15.3.2006
- Kotilainen, Samuli, Edonkey-vertaisverkko kiinni ja jätkikorvauksiin. Tietokone 13.9.2006. [Http://www.tietokone.fi/uutta/utinen.asp?news\\_id=28035&tyyppi=1](http://www.tietokone.fi/uutta/utinen.asp?news_id=28035&tyyppi=1), besökt 22.9.2006
- Kotilainen, Samuli, Fizzer-mato leviää nopeasti internetissä. Tietokone 13.5.2003, tillgängligt på <http://www.tietokone.fi>, besökt 30.8.2006
- Kotilainen, Samuli, Kopio-Officen ja -Windowsin käyttäjät ahtaammalle. Tietokone 27.4.2006. [XXXI](http://www.tieto-</a></p></div><div data-bbox=)

- kone.fi/uutta/ uutinen.asp?news\_id=26829
- Kotilainen, Samuli, Käyttäjien tiedostoja ripotellaan nettiin. Tietokone 14.6.2006, tillgängligt på <http://www.tietokone.fi>, besökt 30.8.2006
- Kotilainen, Samuli, Edonkey-vertaisverkko kiinni ja jättikorkvauksiin. 30 miljoonaa dollaria korkvauksia. Tietokone 13.9.2006. [Http://www.tietokone.fi/uutta/ uutinen.asp?news\\_id=28035&tyyppi=1](http://www.tietokone.fi/uutta/ uutinen.asp?news_id=28035&tyyppi=1)
- Kreile, Reinhold och Becker, Jürgen, Collecting Societies. [Http://www.gema.de/engl/copyright/fachaufsaetze/verwertg.shtml](http://www.gema.de/engl/copyright/fachaufsaetze/verwertg.shtml), besökt 23.5.2006
- Lynch, Keith, Keith Lynch's timeline of net related terms and concepts, Version 27.8.2006. [Http://keithlynch.net/timeline.html](http://keithlynch.net/timeline.html), besökt 22.9.2006.
- Memo 06/63, 7.2. 2006. Pressmeddelande gällande påbörjande av konkurrensrättsligt förfarande mot CISAC i fallet COMP/38.698 - CISAC Agreement. [Http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/63&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en](http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/63&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en), besökt 4. april 2006
- Perkis, Andrew & Drege, Peder, Uma Enabled Environment For Mobile Media Using MPEG-21 Client And Server Technology. [Http://www.q2s.ntnu.no/publications/2005/Paper\\_rev/2005\\_perkis\\_UEE.pdf](http://www.q2s.ntnu.no/publications/2005/Paper_rev/2005_perkis_UEE.pdf), besökt 9.6.2006
- Rosenblatt, Bill, AAC3 to include Macrovision ACP. DRM Watch 1.6.2006. [Http://www.drmwatch.com/standards/article.php/3610511](http://www.drmwatch.com/standards/article.php/3610511), besökt 14.6.2006.
- Rosenblatt, Bill, MusicIP Obtains Patent for Acoustic Fingerprinting. DRM Watch 13.6.2006, <http://www.drmwatch.com/drmtech/article.php/3598791>, besökt 14.6.2006.
- Rosenblatt, Bill, Philips Video Watermarking Chosen for Digital Cinema, DRM Watch 23.2.2006, <http://www.drmwatch.com/drmtech/article.php/3587141>, besökt 15.6.2004
- Rosenblatt, Bill, Thomson Announces B2B Content Security for Video. DRM Watch 23.3.2006, <http://www.drmwatch.com/drmtech/article.php/3593901>, besökt 15.6.2006.
- Rosenblatt, Bill, Two Fingerprints: Audible Magic to Integrate with Activated Content, DRM Watch 5.10.2005, <http://www.drmwatch.com/drmtech/article.php/3553886>, besökt 15.6.2006
- Summa, Satu, Suomalaistekniikka tuhoaa laittoman aineiston vertaisverkoista. Tietokone 21.4.2005, [http://www.tietokone.fi/uutta/ uutinen.asp?news\\_id=23668&tyyppi=1](http://www.tietokone.fi/uutta/ uutinen.asp?news_id=23668&tyyppi=1), besökt 25.7.2006
- Vogele, Danny, Violation of consumer rights with DRM-based usage control systems. Indicare 11.3.2005, tillgängligt på [http://www.indicare.org/tiki-read\\_article.php?articleId=85](http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=85), besökt 1.8.2006

## Webbsidor

- [Http://www.alchemedia.com](http://www.alchemedia.com), Om Alchemedias produkt Clever Content. Sidan besökt 16.11.2000
- [Http://www.cisac.org/](http://www.cisac.org/), CISAC:s webbsida, besökt 22.9.2006
- [Http://www.crossref.org/](http://www.crossref.org/). Crossref:s webbsidor, besökt 9.6.2006
- [Http://www.digitaldataexchange.com/](http://www.digitaldataexchange.com/). DDEX:s webbsidor, besökt 9.6.2006
- [Http://www.document-solution.com/services\\_protection.html](http://www.document-solution.com/services_protection.html). Om produkten Authentica. Sidan besökt 18.9.2001
- [Http://www.first4internet.co.uk/](http://www.first4internet.co.uk/). First 4 Internet Ltd:s webbsidor, besökt 3.7.2006
- [Http://www.google.se/intl/sv\\_ALL/features.html](http://www.google.se/intl/sv_ALL/features.html). Webbsida om Googles specialfunktioner, besökt 4.7.2006
- [Http://www.imesh.com](http://www.imesh.com), iMesh-fildelningstjänstens webbsida, besökt 31.5.2006
- [Http://www.lehtikuva.fi](http://www.lehtikuva.fi). Lehtikuva Oy:s webbsida, besökt 22.9.2006
- [Http://www.loc.gov/standards/mets/METSOverview.v2.html](http://www.loc.gov/standards/mets/METSOverview.v2.html), METS webbsida, besökt 13.6.2006
- [Http://www.micropubnews.com/pages/issues/2000/900\\_web-watermark\\_mpn.shtml](http://www.micropubnews.com/pages/issues/2000/900_web-watermark_mpn.shtml). Om Mindsets produkt Mprotect. Sidan besökt 16.11.2000
- [Http://www.microsoft.com/genuine/downloads/whyValidate.aspx](http://www.microsoft.com/genuine/downloads/whyValidate.aspx), Windows informationssida om validerings-system för MS Office-programmet, besökt 9.5.2006
- [Http://www.musiclaw.com/sampling.html](http://www.musiclaw.com/sampling.html), besökt 26.7.2006
- [Http://www.primstandard.org/about/benefits.asp](http://www.primstandard.org/about/benefits.asp). PRISM:s webbsidor, besökt 7.6.2006

[Http://www.sacd.fr/societe/historique/index\\_dates.asp](http://www.sacd.fr/societe/historique/index_dates.asp). SACD:s (Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques) webbsidor, besökt 2.5.2006

[Http://www.sgd.l.org/sgdl\\_histo.asp](http://www.sgd.l.org/sgdl_histo.asp). SGDL:s (Société des Gens de Lettres de France) webbsidor, besökt 2.5.2006

[Http://www.weedshare.com](http://www.weedshare.com). Weedshares webbsida, besökt 22.9.2006

## BILDER OCH TABELLER

Bild 1: Rättsinformatikens forskningsparadigm, s. 23

Bild 2: Värdegrunden för informationens fria rörlighet, s. 42

Bild 3: Upphovsrättens balans, s. 53

Bild 4: Det upphovsrättsliga skyddet i förhållande till användningens inverkan på marknaden och dess betydelse för informationsprocessen, s. 59

Bild 5: Schematisk bild över funktionsprinciperna i Napsters fildelningsprogram, s. 224

Bild 6: DRM-system, avtal och upphovsrätt som alternativa och överlappande governance-mekanismer, s. 251

Bild 7: Optimal datasäkerhet ur riskekoniskt perspektiv, s. 263

Tabell 1: ISO-identifikationssystem, s. 89

Tabell 2: Jämförelse av de grundläggande skyddsstadgandena av tekniska åtgärder i WIPO:s konventioner, EU:s direktiv, finsk lag samt DMCA., s. 157

Tabell 3: Undantag från ansvar enligt DMCA, s. 161

Tabell 4: Skyldighet och tillstånd att garantera inskränkings tillämplighet enligt upphovsrättsdirektivet, s. 171

Tabell 5: Inskränkningar som enligt nordisk rätt bör beaktas då tekniska åtgärder påförts, s. 185

Tabell 6: Förhållandet mellan privat och offentlig reglering och säkerställande, s. 252

# FÖRKORTNINGAR

AAC	Advanced Audio Coding
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
API	Application Programming Interface
ARM	Automated Rights Management
ARMS	Automated Rights Management Systems
ASP	Application Service Provider
B2B	Business to Business, mellan kommersiella aktörer
B2C	Business to Consumer, mellan kommersiella och privata aktörer
BBS	Bulletin Board System
BIEM	Bureau International des Sociétés Gérant les Droits d'Enregistrement et de Reproduction Mécanique
C2C	Consumer to Consumer, mellan privata aktörer
CC	Creative Commons
CD	Compact Disc
CISAC	Confédération Interantionale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs
CSS	Content Scramble System
DDEX	Digital Data Exchange
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
DOI	Digital Object Identifier
DRM	Digital Rights Management
Ds	Departementsserien
DVD	Digital Versatile Disc
EAN	European Article Number
ECMS	Electronic Copyright Management Systems
EDI	Electronic Data Interchange
EIPR	European Intellectual Property Review
EG	Europeiska gemenskapen
ERM	Electronic Rights Management
ERMS	Electronic Rights Management Systems
FCC	Federal Communications Commission
FiURL	Finska upphovsrättslagen
HD	Högsta domstolen
HDCP	High-Bandwidth Digital Content Protection
HDTV	High-definition television
IEC	International Electrotechnical Commission
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry
ISAN	International Standard Audiovisual Number
ISO	International Standardisation Organization
ISBN	International Standard Book Number
ISMN	International Standard Music Number
ISRC	International Standard Recording Code
ISRN	International Standard Report Number
ISSN	International Standard Serial Number
ISWC	International Standard Work Code
LBK	Lovbekendtgörelse
LSF	Lovförslag
METS	Metadata Encoding and Transmission Standard
MI3P	Music Industry Integrated Identifiers Project
MMC	Multi Media Card
MPEG	Moving Picture Experts Group
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd

OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
ODRL	Open Digital Rights Language
OMA	Open Mobile Alliance
ONIX	Online Information Exchange Ot. prop. Odelstingsproposisjon
PRISM	Publishing Requirements for Industry Standard Metadata
RIAA	Recording Industry Association of America
RP	Regeringens proposition
SCMS	Serial Copy Management System
SDMI	Secure Digital Music Initiative
SIS	Svenska institutet för standarder (Swedish Standards Institute)
SvURL	Svenska upphovsrättslagen
TPM	Technical Protection Measures
UCC2B	Uniform Commerce Code article 2B
UCTA	Uniform Computer Information Transactions Act
UR	Upphovsrådet
UrhG	Urheberrechtsgesetz
URL	Uniform Resource Locator
U.S.C.	US Code
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
XML	eXtensible Markup Language
XrML	eXtensible rights Markup Language







# I. Frågeställning och metod

*“Rights in information deal with an array of complex policy and social issues that eventually go to the core of our society in the age of digital information”<sup>1</sup>*

- Raymond T. Nimmer

## 1. INLEDNING

### 1. 1. Problemområde och grundläggande tes

Den digitala revolutionen har lett till stora förändringar inom innehållsproduktion och kommunikationsmönster. Dessa förändringar innebär ett behov av att anpassa det upphovsrättsliga skyddet till den nya ekonomin, det vill säga till de nyttjandemöjligheter och affärsmodeller som den nya verksamhetsmiljön medför.

Utvecklingen mot ett informationssamhälle innebär också att kommunikationsmedel används på helt nya sätt och att många sådana kommunikationsprocesser som inte tidigare varit medieberoende har blivit det (det vill säga närmast har varit muntliga eller där deltagandet i processen varit beroende av att personerna varit fysiskt närvarande på samma ställe). På grund av att upphovsrätten är uppbyggd kring koncept som kopiering (eller mångfaldigande) och överförande, uppkommer en risk för att det upphovsrättsliga regelverket blir tillämpligt på denna verksamhet. Såsom Lessig mycket träffande har sagt går vi mot ett klarerings-samhälle (permission society), där snart sagt alla kommunikations- och innovationsprocesser kräver förhandstillstånd<sup>2</sup>.

Man kan alltså säga att spänningen har ökat mellan sådan verksamhet som bör höra till upphovsrättens ensamrätt och verksamhet som den inte bör beröra. Frågan om i vilken utsträckning och på vilket sätt rättsinnehavaren skall ha en skyddad rättighet att genom elektronisk rättighetshantering styra och övervaka användning utgör ännu ett exempel på den ökade spänningen mellan det upphovsrättsligt kontrollerade och det upphovsrättsfria användandet.

Man kan säga att de förändringar som skett i upphovsrättens verksamhetsmiljö har lett till nya krav på både justifiering av upphovsrätten och av verksamhet som bör falla utanför det upphovsrättsliga systemet. Förändringarna pochar på nya institutionella lösningar för att återinföra en balans i det upphovsrättsliga systemet på ett sätt som beaktar den nya dynamiska verksamhetsmiljön. Det här förutsätter enligt min uppfattning att man genomför en grundlig analys av den elektroniska rättighetshandlingens karaktär för att utröna dess rättsligt signi-

<sup>1</sup> Nimmer, Chapter 2, The Nature of Information Law and Information Rights, Part A. Property Rights in Information i Information Law (1996)

<sup>2</sup> Lessig, Free Culture (2004). Se även Koelman, Auteursrecht (2003), s. 203, som hänför denna effekt mer specifikt till användningen av DRM-system.

fikanta dimensioner. Endast genom en utökad förståelse av regleringsobjektet kan man söka efter principer för en balanserad reglering.

Den grundläggande tesen är att *DRM-systemen medför en kontroll av användning som inte varit möjlig i den traditionella upphovsrättsliga verksamhetsmiljön* och att *denna nya kontrollstruktur kan och bör få konsekvenser inom det upphovsrättsliga systemet*. Utvecklingen (av teknik och marknader) är irreversibel och det är därför omöjligt att återställa upphovsrättens balans endast genom att falla tillbaka på traditionella doktriner och institutionella arrangemang. Det krävs alltså att man gör en ansats till en fördomsfri ombalansering av det upphovsrättsliga systemet, en ombalansering som beaktar det nuvarande skedet i utvecklingen och marknadernas dynamiska natur.

## 1.2. Begreppet DRM-system

DRM eller Digital Rights Management är det allmänna begreppet för elektronisk förvaltning och skydd av innehåll. DRM-system består av en kombination av tekniska, organisatoriska och andra medel för utövande av kontroll över användning av verk i digital form.

I sin enklaste form är det fråga om kopieringsskydd. De mer utvecklade systemen skapar säkra användningsmiljöer i vilka ingår licenserings- och betalningsfunktioner. Man kan tala om system med hjälp av vilka man i praktiken kan kontrollera användningen av verk (till exempel kopiering och publicering av verk), sluta avtal gällande användning av verk samt effektivt förverkliga övervaknings- och självhjälpsystem. I sin mest vidsträckta omfattning kan man tala om system som hjälper till att kontrollera och förvalta innehållets eller informationens användning och mervärde genom dess hela livslängd. Man kan alltså säga att man med DRM-system avser teknologier och processer som är avsedda att identifiera innehållet och användningsvillkoren för innehållet eller säkerställa att lagstadgade, överenskomna eller ensidigt påförda användningsvillkor tillämpas<sup>3</sup>.

Terminologin inom detta område är inte helt etablerad, utan ett flertal ord används parallellt. Förutom Digital Rights Management (DRM) används i den engelskspråkiga litteraturen även Electronic Rights Management (ERM) och Electronic Rights Management Systems (ERMS), Electronic Copyright Management Systems (ECMS), Automated Rights Management (ARM) och Automated Rights

Management Systems (ARMS). Begreppet Technical Protection Measures (TPM) används ofta i en snävare betydelse som enbart hänför sig till effektiva tekniska åtgärder såsom definierat i artikel 6 i upphovsrättsdirektivet (2001/29/EG). DRM verkar vara det vanligaste och verkar hålla på att etablera sig inom EU och OECD<sup>4</sup>.

Man gör ibland en skillnad mellan förvaltning av digitala rättigheter (*management of digital rights*) och digital förvaltning av rättigheter (*digital management of rights*). Den förra berör hur

<sup>3</sup> Det finns ingen etablerad definition av DRM-system. Svårigheterna att definiera DRM-system framkom också i CEN/ISSS-rapporten om DRM-system, där man inte kunde enas om en gemensam definition. Synbarligen ombads deltagarna att föra fram sina egna definitioner, vilka sedan diskuterades. Digital Rights Management. Final Report (CEN/ISSS 30.9.2003).

<sup>4</sup> DRM har använts i åtminstone följande EU- och OECD-dokument; Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och Europeiska Ekonomiska och sociala kommittén - Förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter på den inre marknaden (KOM/2004/261 slutlig), Report on a Community framework for collecting societies for authors' right (2002/2274(INI)), Digital Broadband Content. Digital content strategies and policies. DSTI/ICCP/IE(2005)3/Final (OECD 2006).

man skall hantera digitala objekt, medan det senare berör hur man verkställer användningspolicy i den digitala miljön. Den förra aspekten betonar behovet av att definiera digitala objekt, användningsvillkor och så vidare, medan det senare berör möjligheterna att med tekniska medel genomföra användningspolicy, till exempel med hjälp av tekniska rättighetspråk, kryptografi, digitala vattenstämplar mm.<sup>5</sup>

Denna framställning koncentrerar sig *främst* på de aspekter som har att göra med utövande av kontroll över innehåll i digital form med hjälp av automatiserade processer. Det här innebär dock inte att alla rättigheter som handhas av DRM-system endast skulle beröra digitala rättigheter, det vill säga rättigheter relevanta i den digitala miljön<sup>6</sup>. Framställningen begränsar sig inte heller endast till innehåll i de digitala nätverken, utan täcker också verk som tillhandahålls i materiell form, till exempel på en CD- eller DVD-skiva, förutsatt att det är möjligt att påföra dem DRM-system.

I lagstiftningen har man ända sedan WIPO:s Internetkonventioner gjort en indelning i regler som gäller *tekniska åtgärder* och regler som gäller *information gällande rättighetsförvaltning*. Dessa aspekter tillsammans utgör kärnan i DRM-system. I de sammanhang då detta är motiverat, det vill säga närmast då man refererar till gällande rätt, används den terminologi lagstiftningen bygger på.

Det är problematiskt att det inte inom svenskan etablerats ett allmänt begrepp som täcker både rättighetsförvaltning och tekniska skyddssystem. I denna avhandling används därför ordet *elektronisk rättighetshantering* som en svensk motsvarighet till Digital Rights Management<sup>7</sup>. DRM, som uppenbarligen håller på att etablera sig även på svenska i offentliga EU-dokument<sup>8</sup>, används i denna avhandling parallellt med elektronisk rättighetshantering.

### 1.3. Frågeställning och disposition

Det centrala problem som denna avhandling behandlar är hur upphovsrättens balans kan återställas med tanke på rättsinnehavarnas ökade kontrollmakt över (upphovsrättsligt skyddat) innehåll.

Frågeställningen baserar sig på observationen att elektronisk rättighetshantering i allt högre grad används för att kontrollera användning av innehåll som åtminstone i princip kan utgöra föremål för upphovsrättsligt skydd<sup>9</sup> och att användningen av sådana rättighetshanteringssystem har erhållit ett visst rättsligt skydd<sup>10</sup>.

Frågeställningen baserar sig också på antagandet att upphovsrätten söker balansera mot-

<sup>5</sup> Rump, Definitions, Aspects and Overview (2003), s. 3-15. Jfr dock Iannella, Digital Rights Management (2001) som anser att förvaltning av digitala rättigheter (management of digital rights) berör rättigheter till innehåll i digitalt format som används i en digital miljö, medan man med digital förvaltning av rättigheter (digital management of rights) avser automatiserade processer för handhavande av rättighetsförvaltning i allmänhet. Iannella förespråkar att man med DRM skall avse digital förvaltning av rättigheter i allmänhet. Rump däremot ser inte dessa element som alternativ, utan DRM består av bägge aspekter.

<sup>6</sup> Det är främst mångfaldiganderätten samt rätten till överföring till allmänheten som är relevanta i den digitala miljön.

<sup>7</sup> Elektronisk rättighetskontroll, elektroniska rättighetsförvaltnings och- skyddssystem eller elektroniska governance-system hade varit andra fullgoda alternativ. Ordet elektronisk rättighetskontroll kan anses ha en negativ klang, medan elektronisk rättighetshantering till sin språkliga utformning är mer neutralt.

<sup>8</sup> Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och Europeiska Ekonomiska och sociala kommittén - Förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter på den inre marknaden (KOM/2004/261 slutlig)

<sup>9</sup> Man kan med hjälp av DRM-system försöka styra användning även av innehåll för vilket skyddstiden utgått och vilket alltså inte längre är upphovsrättsligt skyddat. Man kan också med hjälp av DRM-system sträva efter att erbjuda ett visst skydd för ett element som inte är upphovsrättsligt skyddat därför att elementet inte överskrider verkshöjd. Dessutom kan DRM-system användas för att erbjuda rättsligt skydd för sådana intressen som inte i sig ingår i upphovsrätten, till exempel sekretessintressen.

<sup>10</sup> Detta skydd baserar sig på förbud mot kringgående av DRM-system och/eller förbud mot tillgängliggörande och användning av varor och tjänster för kringgående.

stridiga intressen till upphovsrättens objekt, verket. Samtidigt verkar användning av elektronisk rättighetshantering förändra de förutsättningar och presumtioner som ligger till grund för både det rättsligt skyddade förfogandet och de rättsliga undantagen från upphovsrättsinnehavarens förfogande, det vill säga upphovsrättens inskränkningar<sup>11</sup>. Detta ger vid handen att frågan om upphovsrättens balans bör omvärderas med beaktande av den förändrade verksamhetsmiljön och i synnerhet då utvecklingen mot ett informationssamhälle.

Avhandlingens tematik kräver alltså en mångsidig analys av elektronisk rättighetshantering som en del av det upphovsrättsliga institutet. Avhandlingens främsta syfte är att öka förståelsen av elektronisk rättighetshantering som föremål för upphovsrättslig (eller informationsrättslig) reglering samt som en del av det upphovsrättsliga institutet. På en mer konkret nivå syftar avhandlingen till att på basen av en ökad förståelse av DRM-systemens rättsliga dimensioner utarbeta principer för en balanserad reglering av elektronisk rättighetshantering som en del av upphovsrätten samt att konstruera en regleringsmodell i enlighet med de grundläggande regleringsprinciper som rekonstruerats.

### *Delfråga 1: Vad menas med upphovsrättens balans?*

Avhandlingens frågeställning ger upphov till några huvudsakliga följdfrågor. För det första måste man fråga *vad man menar med upphovsrättens balans*. Inom upphovsrättslig litteratur hänvisar man ofta till ”den upphovsrättsliga balansen”, utan att närmare specificera vad det är.

Man kan närma sig frågan om upphovsrättens balans ur flera synvinklar. En möjlig synvinkel är att anse att upphovsrättens balans är resultatet av den avvägning som lagstiftaren gjort mellan olika motstridiga intressen och som återspeglas i den upphovsrättsliga lagstiftningens stadganden. Denna syn på upphovsrättens balans ger vid handen att upphovsrätten aldrig kan sägas vara i obalans, eftersom lagen avspeglar den suveräna lagstiftarens vilja. Någon kritik av gällande lagstiftning är därmed inte möjlig, särskilt inte om lagstiftningen reviderats och lagstiftaren därmed har haft anledning att begrunda behovet av att recalibrera det upphovsrättsliga systemet.

En annan syn på upphovsrättens balans har större rättshistorisk och rättsfilosofisk betoning i det att balansen ses i skenet av de befintliga teorierna om upphovsrättens justifikatoriska grund. Uttryck för denna syn är de i rättslitteraturen vanligt förekommande allmänt antagna utgångspunkterna, nämligen att man i upphovsrätten bör balansera upphovsmanens (ideella och ekonomiska) intressen och samhällets intressen.

Detta rättesnöre ger otillräcklig handledning i frågan om när dessa intressen skall anses stå i balans. Svagheten med denna syn är alltså att man inte beaktar de justifikatoriska krav som informationssamhällets upphovsrätt förutsätter.

I denna avhandling har de faktorer som påverkar upphovsrättens balans (re)konstruerats utifrån en uppfattning om upphovsrättens ändamål som även skall vara hållbar med tanke på utvecklingen i informationssamhället. Avsikten är alltså att klarlägga vad som här avses med upphovsrättens balans, särskilt då ur ett regleringsperspektiv. Frågan om upphovsrättens

---

<sup>11</sup> Man brukar vanligen använda benämningen upphovsrättens inskränkningar och upphovsrättens undantag synonymt för att beskriva de inskränkningar i upphovsrätten som följer av upphovsrättsdirektivets 5 kapitel eller motsvarande stadganden i nationell lagstiftning (i Finland FiURL 2 kap). Jag har i denna avhandling valt att använda termen upphovsrättens inskränkningar därför att ordet undantag ger vid handen att dessa stadganden per definition skall ges en snäv tolkning och eftersom detta inte kan vara riktigt med beaktande av att flera av dessa inskränkningar baserar sig på ett rättsligt skydd av andra grundläggande rättigheter. Stadgandena avser alltså att sammanjämka i sig likvärdiga rättigheter.

balans, som behandlas nedan i kapitel II, utgör alltså en rättsideologisk utgångspunkt<sup>12</sup>.

En viktig utgångspunkt vid den rekonstruktion av upphovsrättens balans som görs i denna avhandling är dess förhållande till informationsrätten. Det informationsrättsliga ramverket har stor inverkan på min förståelse av upphovsrätten. Den utgår ifrån att upphovsrätten har en informationsrättslig räckvidd och att upphovsrätten utgör en del av samhällets informationspolitik, som i den EG-rättsliga diskursen har börjat kallas ”det gemensamma informationsområdet”<sup>13</sup>. Upphovsrättens balans har därmed rekonstruerats utifrån en informationsrättslig synvinkel, där alltså upphovsrättens inverkan på samhällets informations- och kommunikationsprocesser innehar en central roll. Upphovsrättens balans bör därför ses i förhållande till principen om informationens fria rörlighet, som ter sig som en grundläggande reglerings- och tolkningsprincip inom informationsrätten.

Upphovsrättens balans kan knappast rekonstrueras utan att detta har informationspolitiska konsekvenser eller grunder. Som ovan sagts utgår jag ifrån upphovsrätten som en del av informationsrätten. Informationsrätten i sin tur baserar sig på informationspolitik i ren politisk bemärkelse, det vill säga ställningstaganden som gjorts på politisk nivå<sup>14</sup>. Den här avhandlingen strävar inte efter att skapa informationspolitik i egentlig bemärkelse. Däremot används den informationspolitik som uttryckts i framförallt EU:s politiska ställningstaganden och program, men också inom OECD och av G8 för att ytterligare legitimera avhandlingens informationsrättsliga eller regleringsteoretiska ställningstaganden.

Det är dessa informationspolitiska riktgivande ställningstaganden i kombination med upphovsrättens tradition som den i denna avhandling formulerade upphovsrättspolicyn baserar sig på.

## *Delfråga 2. Hur har rättsinnehavarens kontrollmakt ökat?*

Avhandlingens grundläggande frågeställning ger även upphov till en annan delfråga, nämligen på vilket sätt rättsinnehavarens kontrollmakt ökat, vilken form denna ökade kontrollmakt fått och vilket det potentiella hotet mot den upphovsrättsliga balansen därmed är.

På en generell nivå kan man utgå ifrån att rättsinnehavarens kontrollmakt ökar ifall rättsinnehavaren implicit eller explicit erhåller nya skyddade rättigheter eller ifall rättsinnehavarens rättsliga autonomi och befogenhet att styra användning ökar. Rättsinnehavarens kontrollmakt kan också anses öka ifall användarnas frihet att nyttja innehåll i högre grad kringskärs eller kan kringskäras genom tekniska, avtalsmässiga eller rättsliga medel.

Kapitel III berör frågan om huruvida och på vilket sätt rättsinnehavarens kontrollmakt har ökat och strävar efter att närmare klargöra den potentiella ökningen av rättsinnehavarens kontrollmakt som det rättsliga skyddet av DRM-system kan medföra.

Den första delen av kapitel III beskriver utvecklingen av rättighetshantering inom upphovsrätten. Avsikten är att placera elektronisk rättighetshantering i rättshistoriskt perspektiv

---

<sup>12</sup> Den rekonstruktion av upphovsrättens balans som skapas i denna avhandling är inte en ur auktoritetskällor direkt antagen modell och därför är det vetenskapligt ohållbart att framställa den som en ”allmänt antagen uppfattning” även om den har rekonstruerats utifrån den upphovsrättsliga rättslitteraturen. Avsikten har varit att skapa en grundläggande teori och beskrivning av hur man i denna avhandling har uppfattat frågan om upphovsrättens balans.

<sup>13</sup> Opinion of the committee of the Regions on the Commission Communication ‘Europe’ s way to the information society - An action plan’, samt det nuvarande informationssamhällsprogrammet *i2010* – Det europeiska informationssamhället för tillväxt och sysselsättning, KOM(2005) 229 slutlig.

<sup>14</sup> Då jag i denna avhandling talar om ”policy” avser jag ofta den politik som avspeglas i normverket medan ”ren” politik inte är bunden av gällande rätt eller tidigare politiska ställningstaganden.

och som en del av evolutionen av mekanismer för rättighetshandling inom upphovsrätten.

Tesen är att *governance*-strukturen inverkar på det upphovsrättsliga institutet och att olika *governance*-strukturer medför olika kontrollmöjligheter. Avsikten är att analysera vilka *governance*- eller kontrollstrukturer som uppkommit inom upphovsrätten samt på vilket sätt detta påverkat det rättsliga skyddets omfattning.

Trots det rättshistoriska perspektiv som anläggs i detta kapitel gör det inte anspråk på att vara rättshistoriskt i ordets egentliga bemärkelse. Det baserar sig nämligen inte på någon gedigen och egen rättshistorisk forskning. Argumentet i kapitlet stöder sig främst på andrahandskällor, där upphovsrättens uppkomst och utveckling analyserats. Jag har inte strävat till att ifrågasätta eller falsifiera (det vill säga ta reda på sanningsgraden i) de källor analysen baserar sig på. Inte heller strävar jag efter att anknyta utvecklingen av upphovsrättens kontrollsystem till den bredare samhällsliga utvecklingen. Det är en uppgift för rättshistorisk forskning att närmare analysera huruvida den här anförda narrativen om rättighetshandlingens utveckling och dess inverkan på det upphovsrättsliga institutet håller streck ur historiskt perspektiv. Den primära avsikten med kapitlet har istället varit att peka på att det tycks finnas ett samband mellan evolutionen av upphovsrättens rättighetshandlingssystem och formuleringen av upphovsrättens förfoganderätt samt att framställa DRM-systemen som en potentiell innovation inom upphovsrättens *governance*-struktur.

I den andra delen av kapitel III analyseras uppkomsten av och utvecklingen av DRM-system. Tesen är att vår uppfattning om vilka kontrollmöjligheter DRM-system innebär är beroende av den tekniska utvecklingen. En mekanism som försämrar kvaliteten på en kopia är en helt annan sak än en teknik som gör kopiering omöjlig för att inte tala om en teknik som gör det möjligt att övervaka och styra användning ännu efter att verket överlåtit till användaren. Det är därför viktigt att ge en bild av hur DRM-systemen har utvecklats och i vilken riktning. Analysen av DRM-systemens utveckling och beskrivningen av den teknologi som används utgör utgångspunkten för den uppfattning om teknologins förhållande till rättsinnehavarens maktposition som avhandlingen baserar sig på, och som senare utgör grund för den regleringsmodell som förespråkas. Förutom att det med tanke på senare forskning är viktigt att redogöra för hur situationen ser ut vid tiden för denna framställning, så ger den behövlig information om DRM-system för läsare som inte är närmare bekanta med den teknologi som berörs. Kapitlet i sig skall alltså närmast ses som bakgrundsmaterial och kan med fördel förbigås av de läsare som anser sig besitta tillräcklig kunskap om vad DRM-system är och i vilken riktning de utvecklats.

I den tredje delen av kapitel III analyseras närmare DRM-systemens egenskaper som struktur för rättighetshandling, dvs. vilka möjligheter att kontrollera användningen av upphovsrättsliga verk DRM medför på det principiella och det praktiska planet. Den analys som görs i kapitlet ådagalägger i större detalj problemen med den potentiellt ökande maktposition som DRM-systemen och särskilt det rättsliga skyddet av dem medför. Avsikten har alltså varit att ge en mer mångfacetterad och detaljerad bild av hur, varför och till vilken del man med hjälp av DRM-system kan styra användning samt varför och till vilken del det rättsliga skyddet av DRM-system kan te sig problematiskt.



### *Delfråga 3. Hur kan upphovsrättens balans återställas?*

Den tredje delfrågan avhandlingens frågeställning ger upphov till är hur upphovsrättens balans kan återställas. Detta är den mest omfattande delen av avhandlingens frågeställning. Ett svar på denna fråga förutsätter för det första att man betraktar hur upphovsrätten reglerats i gällande rätt. För det andra krävs det att man närmare analyserar tillkortakommandena i den nuvarande regleringen samt för det tredje att man försöker rekonstruera en mer balanserad regleringsmodell utgående från den förståelse av regleringsobjektet som uppnåtts.

I kapitel IV görs en dekonstruktion av gällande rätt. Avsikten är att skapa en bild av hur regleringen ser ut och hur regleringsmodellerna utvecklats samt huruvida och på vilket sätt upphovsrättens balans beaktats. Dekonstruktionen av gällande lagstiftning görs utgående från en indelning i olika intressenters (presumtiva) intressen samt deras rättigheter och skyldigheter visavi DRM-system. Rättsinnehavarens rättsställning baserar sig nämligen på en positiv bekräftelse av dennes rätt att förfoga över objektet med hjälp av DRM i kombination med ett förbud mot kringgående av DRM. I kapitlet analyseras också rättsinnehavarens rättsställning utifrån den rättsliga riskfördelningen mellan olika parter. På detta sätt ådagaläggs DRM:s inverkan på parternas rättsposition ur ett mer omfattande perspektiv än om man endast betraktat det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i förhållande till upphovsrättens inskränkningar.

En dekonstruktion har flera fördelar framom ett ”normalt” rättsdogmatiskt grepp att strukturera framställningen utgående från lagstiftningens uppbyggnad. Genom en dekonstruktion kan man bättre ådagalägga hur regleringen tillmötesgår olika intressenters intressen. Framställningen utgår ifrån att man vid en diskussion om upphovsrättens balans som ett möjligt tillvägagångssätt kan fokusera på olika intressenter och deras intressen. Detta grepp har också möjliggjort att behandla frågan om den *riskfördelning mellan olika parter* som lagstiftningen ådagalägger. Detta är en fråga som vid ett alternativt forskningsgrepp lätt förbigås.

Kapitel IV struktureras också utgående från hur regleringsmodellerna utvecklats alltifrån WIPO:s Internetkonventioner till den nationella implementeringen. USA:s Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ges i kapitlet en rätt framträdande roll. Det här beror för det första på att USA var det första landet att genomföra WIPO:s konventioner och att DMCA därmed kom att utgöra en viktig förebild för motsvarande stadganden i upphovsrättsdirektivet, det vill säga Europa-parlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informations-samhället. Dessutom har amerikansk lagstiftning generellt fått en allt mer framträdande roll i världssamfundet och för det europeiska rättslivet<sup>15</sup>. Dessutom finns det åtminstone inte ännu i Norden några rättsfall som behandlats i samband med upphovsrättsdirektivet och där ur avhandlingens perspektiv intressanta spörsmål behandlats. I USA har man däremot haft ett flertal fall som är av allmänt intresse. Med DMCA som bakgrund kan man också bättre skönja den utveckling av tankegångarna i regleringen som skedde då upphovsrättsdirektivet utarbetades.

<sup>15</sup> Letto-Vanamo, Oikeuden Eurooppa (1998), s. 146-147. Den amerikanska regleringen har synbarligen också haft en viktig roll för utformningen av den finländska lagstiftningen om tekniska åtgärder, eftersom man beställde en förstudie om den rättsliga regleringen av tekniska åtgärder av en amerikansk expert, Katherine Sand. Se *Technological Measures (Copyright Studies 2002)*.



EG-rätten utgör dock det primära föremålet för analys. Nationell rätt har endast beaktats till den del det ansetts befogat med tanke på det utrymme för skönsmässig bedömning som EG-rätten gett den nationella lagstiftaren och till den del de alltså tillfört något av allmänt intresse gällande den allmänna regleringsmodellen av DRM<sup>16</sup>.

En viktig avsikt med kapitlet är att på ett mer specifikt plan ådagalägga de problem det rättsliga skyddet av elektronisk rättighetshantering medför och den utökade kontrollmakträttsinnehavaren potentiellt kommer att inneha, speciellt med tanke på upphovsrättens balans och i förhållande till principen om informationens fria rörlighet i den moderna kommunikationsmiljön.

Med denna analys som bakgrund kan man fortsätta med en analys över tillkortakommandena i den rättsliga regleringen av idag. För detta ändamål analyseras i kapitel V de elektroniska rättighetshanteringssystemens rättsliga dimensioner. I kapitlet fördjupas alltså analysen av elektronisk rättighetshantering som rättsligt fenomen och regleringsobjekt.

Den centrala tesen i kapitlet är att man vid utformningen av lagstiftningen inte beaktat den elektroniska rättighetshanteringens alla dimensioner, utan närmast utgått ifrån att det är fråga om en effektivisering av upphovsrätten i den digitala verksamhetsmiljön. En alltför snäv synvinkel medför att man blundar för DRM-systemens faktiska rättsliga konsekvenser. Det att lagstiftaren inte i tillräcklig grad beaktat den elektroniska rättighetshanteringens olika dimensioner gör att rättsläget blir osäkert. En fördjupad analys av DRM-systemens rättsliga dimensioner är en nödvändig förutsättning för en mer balanserad upphovsrättspolitik.

Man kan säga att analysen i kapitlet närmast har karaktären av rättsfenomenologi. Det är i grunden fråga om att försöka *förstå och greppa* de elektroniska rättighetshanteringssystemens dimensioner som rättsligt regleringsobjekt. Först en sådan ökad förståelse för regleringsobjektet gör det möjligt att betrakta den rättsliga regleringens tillkortakommanden (och kanske till viss del förklara vad dessa kan bero på) och ytterligare åskådliggöra grunderna för en kritik av gällande lagstiftning.

En kritik av gällande lagstiftning är föga konstruktiv ifall man inte är villig att presentera alternativ. Det är vanligen enklare att kritisera än att presentera konstruktiva förslag. Kapitel VI inkluderar en rekonstruktion av en möjlig regleringsmodell som basis för vidare diskussion. Denna modell baserar sig på den förståelse av elektronisk rättighetshantering som rättsligt fenomen som framgår av avhandlingen. Ett rättsligt fenomen som kanske framförallt bör ses som en innovation i den fortlöpande utvecklingen av upphovsrättens rättighetshanteringssystem. En innovation som kommer att återspeglas i hela det upphovsrättsliga institutet, vare sig man vill det eller inte.

Frågan är alltså inte om upphovsrätten borde ändras. DRM-systemen har redan gjort att upphovsrätten och framförallt de premisser upphovsrätten baserar sig på ändrats på ett irreversibelt sätt. Frågan är om att inta en öppen inställning till denna förändring och om att skapa lösningsmodeller som på ett adekvat sätt beaktar upphovsrättens samhälleliga roll och effekter och en hållbar informationspolitik.

---

<sup>16</sup> Det är närmast de nordiska ländernas nationella lagstiftning som beaktats. I någon mån har även annan europeisk lagstiftning refererats.

## 1.4. Lagstiftningsläget gällande DRM

Innehållsindustrins och därmed upphovsrättens allt mer centrala roll i informationssamhället lyftes fram i de västerländska informationssamhällsstrategierna på 1990-talet. En förstärkning av immaterialrätten presenteras där sida vid sida med andra åtgärder avsedda att främja utvecklingen av ett informationssamhälle. Gemensamt för dessa strategier är tron på att informationsteknologin inverkar på hur samhället fungerar i allt från arbete och undervisning till hälsovård och myndighetsverksamhet. Förstärkningen av immateriella rättigheter står i dessa strategier sida vid sida med strävanden att främja bl.a. kulturellt mångfald, livslångt lärande, konkurrens och teknisk utveckling.<sup>17</sup>

Informationssamhällsstrategierna beaktade i liten grad möjliga spänningar mellan upphovsrätt och de andra målsättningarna. EG:s grönbok om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (COM(95) 382 slutlig) betraktar upphovsrätten uttryckligen utgående från den interna marknadens synvinkel; en harmonisering av upphovsrätten ansågs vara viktig för att främja den inre marknaden, skydda den europeiska kulturen och skapa arbetstillfällen.

I USA gick den politiska utvecklingen i samma riktning. Lehmann-rapporten, vars ändamål var att studera vilka ändringar i upphovsrätten utvecklingen mot ett informationssamhälle föranledde, anammade en än mer upphovsrättsintern synvinkel.<sup>18</sup> Enligt Lehmann-rapporten krävdes en anpassning av upphovsrätten till informationssamhället. Detta skulle ske genom anpassning av den upphovsrättsliga terminologin till den nya teknologin samt effektivisering av efterlevnaden av upphovsrätten i den digitala, globala miljön. En central del av den föreslagna förstärkningen av det upphovsrättsliga skyddet bestod i förbud mot kringgående av teknologi avsedd att skydda upphovsrättsliga verk mot otillåten användning samt information gällande rättighetsförvaltning, dvs. information för identifiering av verket, rättsinnehavare och användningsvillkor.

Lehmann-rapporten och EG:s grönbok kom att fokusera rätt snävt på upphovsrättens kommersiella aspekter. En förstärkning av skyddet av upphovsrätt och andra immaterialrättigheter lyftes fram som en förutsättning för att informationssamhället skulle utvecklas; utan utökat skydd skulle ingen, åtminstone inte de kommersiella aktörerna, våga tillhandahålla innehåll i digital form.

Det rättsliga skyddet av DRM kan alltså anses utgöra ett resultat av de risker digitaliseringen och Internet innebar. Det var helt enkelt fråga om att säkra upphovsrättens effektivitet i den digitala miljön. I jakt på ett svar på denna fråga lyftes kopieringsskyddet vid sidan av

<sup>17</sup> Se Bangemann-rapporten Europe and the global information society (1994). Gällande USA, se NII, The Administration's Agenda for Action (1993). I det senaste informationssamhällsinitiativet på EU-nivå ligger tyngdpunkterna på ett gemensamt informationsområde, innovation och investeringar i forskning samt att uppnå ett europeiskt informationssamhälle där alla kan delta. i2010 – Det europeiska informationssamhället för tillväxt och sysselsättning.

<sup>18</sup> Lehmann-rapporten (1995). Arbetsgruppen leddes av Bruce A. Lehmann, som sedermera kom att leda USA:s delegation i WIPO-förhandlingarna som ledde till WIPO:s sk. internetkonventioner och GATT-förhandlingarna som ledde till TRIPS-avtalet.

andra metoder fram som en potentiell lösning<sup>19</sup>.

Kopieringsskyddet som ett svar på de nya utmaningarna upphovsrätten stod inför lyftes fram redan i grönboken om upphovsrätt från år 1988. Några positivrättsliga stadganden infördes inte innan ett förbud mot kringgående av tekniska åtgärder infördes i rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram (datorprogramdirektivet). Datorprogramdirektivet kom här alltså att bli en föregångare.

Enligt artikel 7 i datorprogramdirektivet bör medlemsländerna besluta om lämpliga åtgärder mot personer som utför en ”åtgärd som innebär omsättning eller innehav för kommersiella ändamål av varje hjälpmedel vars enda syfte är att underlätta att en teknisk anordning som har anbringats för att skydda ett datorprogram avlägsnas eller kringgåas utan tillstånd”. I direktivets ingress anges inga särskilda motiv för detta stadgande. I förslaget till datorprogramdirektivet (COM/88/816) förklaras stadgandet med att det inte borde vara lagligt att kringgå en mekanism som en rättsinnehavare använder för att skydda ett datorprogram mot oauktorerad användning eller reproduktion<sup>20</sup>.

En annan föregångare i amerikansk rätt är bestämmelsen i The Audio Home Recording Act från 1992, som kräver att kopieringsskydd<sup>21</sup> införlivas i digitala spelare och lagringsmedel samt förbjuder tillhandahållande av medel för kringgående av kopieringsskyddet<sup>22</sup>.

Trots dessa föregångare kan man säga att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder baserar sig starkt på internationell rätt. Det verkar som om stadganden gällande ett rättsligt skydd av DRM-system åtminstone inte i nämnvärd grad i övrigt skulle ha funnits på nationell nivå innan WIPO:s Internetkonventioner kom att kräva att sådana stadganden införlivas med nationell rätt<sup>23</sup>. Man kan alltså tala om reglering som påförts uppifrån, en top-down-reglering.

WIPO:s Internetkonventioner, dvs. WIPO Copyright Treaty (WCT) och WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) antogs av WIPO:s diplomatiska konferens i Genève den 20 december 1996. WCT trädde ikraft den 6 mars 2002 och WPPT den 20 maj 2002. Konventionerna innehåller snarlika paragrafer gällande skyddet av teknolo-

---

<sup>19</sup> Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology COM(88)172 final, s. 119. I grönboken lyftes säkerställande av rättigheterna fram på ett framträdande sätt. Kopieringsskyddet fördes fram som en lösning på problemet med framförallt privatkopiering och den digitala teknik som möjliggjorde framställning av ”perfekta” kopior. Det var DAT-teknologin och det nya CD-formatet som behandlades och i samband med dem dåtidens kopieringsskydd. De digitala nätverken förekommer överhuvudtaget inte i analysen. Se även WIPO Publication No. 723(E) 37 1993 som belyser diskussionerna bakom förslagen till WIPO:s internetkonventioner. I detta dokument framträder redan de digitala nätverken, men det är i främsta hand just enkla kopieringsskydd som man har för ögonen.

Man bör dock minnas att det inte endast var den teknologiska utvecklingen i sig som ansågs kräva omedelbara åtgärder. Det kanske viktigaste skälet till att upphovsrätten och andra immaterialrättigheter fick en så framträdande roll i gemenskapens politik verkar istället ha varit globaliseringstendensen, som förde med sig ett hot om att industrin (motorn i samhället) skulle flytta till läglöneländer. Se EG:s grönbok COM(88)172 final, s. 3-5.

<sup>20</sup> Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs. COM(88)816 final, s. 29. Man kan fråga sig om det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i detta kontext även avspeglar den inom programvarubranschen vanliga affärsmodellen att *licensera* datorprogram istället för att sälja dem och om avsikten således har varit att erbjuda ett skydd för denna affärsmodell.

<sup>21</sup> Bestämmelsen gäller SCMS (Serial Copy Management System) samt andra kopieringsskydd som certifierats av Secretary of Commerce.

<sup>22</sup> United States Public Law 102-563, kapitel X, § 1002.

<sup>23</sup> Det verkar som om det första offentligt publicerade utkastet till bestämmelse i WIPO-konventionen om skydd av tekniska åtgärder framfördes av en representant för förlagsindustrin, Charles Clark (The Publishers Association, UK), i sitt tal om förlagsverksamheten i den digitala miljön vid WIPO:s konferens år 1992. Den lydde på följande sätt; ”Member states shall provide in accordance with their national legislation appropriate remedies against a person committing any of the acts listed below: (a) removing or circumventing any technical device included in, or associated with, a store of information in electronic form and whose purpose is to provide an account of which parts of the information store have been extracted by a user; (b) any act of putting into circulation, or possession for commercial purposes of, any means the sole intended purpose of which is to facilitate the unauthorized removal or circumvention of such a technical device which may have been incorporated in, or associated with, an electronic store of information”. Clark, The Publisher in the Electronic Age (1993).

giska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning. Konventionerna förbjuder kringgående av effektiva tekniska åtgärder som används i samband med utövandet av den upphovsrättsliga förfoganderätten<sup>24</sup> samt att ändra eller avlägsna information gällande rättighetsförvaltning som påförts ett verk och att tillhandahålla verk från vilka information gällande rättighetsförvaltning har avlägsnats<sup>25</sup>.

WIPO:s Internetkonventioner ger medlemsländerna ett rätt stort utrymme för skönmässig bedömning. Man har inte tagit ställning till hur stadgandena skall genomföras i nationell rätt. Det är dock värt att notera att en undersökning gjord för WIPO år 2003 om upphovsrättens inskränkningar sluter sig till att medlemsländerna är skyldiga att vidta åtgärder för att garantera citaträtten även då tekniska åtgärder påförts. Enligt WCT är nämligen citaträtten en obligatorisk inskränkning oberoende av om landet är medlem av Bernkonventionen eller inte. I övriga fall har medlemsländerna rätt att fritt bedöma om en inskränkning bör garanteras då tekniska åtgärder tillämpas.<sup>26</sup>

USA var det första landet att genomföra ett skydd för tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning i enlighet med dessa nya konventionsbestämmelser genom Digital Millennium Copyright Act (DMCA) år 1998. Dessa bestämmelser utgör efter fastställelsen av lagen kapitel 12 i USA:s upphovsrättslag<sup>27</sup>. DMCA kom att bli en förebild för de flesta nationella lagstiftningsinitiativ och den naturliga utgångspunkten för rättsjämförelser.

Inom EG påbörjades lagstiftningsprocessen år 1995 genom publiceringen av EG:s grönbok om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (KOM(95)382 slutlig)<sup>28</sup>. Det slutliga direktivet godkändes först år 2001<sup>29</sup>.

I grönboken anknyts skyddet av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning till en *strävan efter ökad informationssäkerhet och effektivisering av licenseringsprocesser*. I det därpå följande direktivförslaget (KOM(97) 628 slutlig) betonar man att tekniska skyddssystem behövs för att *motverka piratism* och att de gemenskapsrättsliga reglerna avser förhindra uppkomsten av *olika skyddsnivåer* inom gemenskapen, vilket skulle få negativa följder för den inre marknaden och möjligheterna att utveckla nya tjänster på europainivå. Dessutom hänvisar man till behovet att tillse att den personliga integriteten respekteras vid utvecklingen av tekniska åtgärder.

Både DMCA i USA och upphovsrättsdirektivet i Europa förbjuder förutom kringgående av tekniska åtgärder och ändring eller avlägsning av information rörande rättighetsförvaltning även tillhandahållande av medel för kringgående av tekniska åtgärder.

I ett sent skede i lagstiftningsarbetet i EG beaktade man de potentiella konflikterna med upphovsrättens inskränkningar. I några nya stadganden preciserade man vilka inskränkningar som skall eller kan garanteras vid den nationella implementeringen. Den nationella lagstiftaren har utrymme för skönmässig bedömning gällande både vilka inskränkningar som garanteras samt mekanismen för hur detta skall ske.

Därutöver infördes den sk. *e-handelsklausulen* (artikel 6.4 stycke 4 i upphovsrättsdirektivet),

<sup>24</sup> WCT artikel 11 och WPPT artikel 18.

<sup>25</sup> WCT artikel 12 och WPPT artikel 19.

<sup>26</sup> WIPO Study on Limitations and Exceptions (2003), s. 83-84.

<sup>27</sup> Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code, Circular 92, June 2003.

<sup>28</sup> Man bör dock märka det tidigare initiativet, Green Paper on Copyright and Challenge of Technology (COM (88) 172 final).

<sup>29</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (härefter *upphovsrättsdirektivet*).

enligt vilken möjligheten att garantera upphovsrättens inskränkningar inte skall gälla för verk 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”. E-handelsklausulen torde grunda sig på tanken att upphovsrättens inskränkningar skulle få alltför omfattande konsekvenser för upphovsrätten och möjligheterna att utveckla nya affärsmodeller i den digitala miljön. Dessutom torde den basera sig på tanken att avtal utgör det effektivaste medlet för allokering av resurser, varvid också ett effektivt nyttjande av resurserna kan garanteras. Denna e-handelsklausul har visat sig vara mycket kontroversiell, bl.a. för att den verkar åsidosätta upphovsrättens balans och möjliggöra en privat reglering utanför all demokratisk kontroll.

Den nationella implementeringen av upphovsrättsdirektivet visade sig vara svår. De flesta EG-länderna, däribland Finland och Sverige, lyckades inte implementera upphovsrättsdirektivet inom utsatt tid, det vill säga innan den 22 december 2002. I Finland förföll den ursprungliga propositionen (RP 177/2002) på grund av nyval. Den nya propositionen RP 28/2004 inlämnades till riksdagen i mars 2004, och förslaget godkändes i ändrad form 14.10.2005. De flesta stadganden, inklusive bestämmelserna om tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning, trädde i kraft 1.1.2006. I samband med att riksdagen godkände lagen förutsatte man i ett av riksdagen godkänt uttalande att regeringen skrider till åtgärder för att under år 2006 följa upp vilka effekter tekniska åtgärder har på möjligheten till privatkopiering. Vid behov skall regeringen se till att en lagändring bereds i avsikt att möjliggöra privatkopiering i den utsträckning lagen tillåter<sup>30</sup>. Man kan också notera att rådet för informationssamhället i Finland redan i februari 2006 framlade en rekommendation om att upphovsrätten borde totalrevideras utifrån ett informationspolitiskt perspektiv<sup>31</sup>.

Inom EU har man fortsatt att diskutera speciellt de tekniska åtgärdernas inverkan på avgiften för lagringsmedel etc. (en. *levy*). Knuten till denna diskussion är också frågan om huruvida individuell licensering är att föredra framom kollektiv licensering<sup>32</sup>. I sista hand gäller denna fråga främjandet av en fungerande konkurrens också inom sektorn för informations- och kulturförnödenheter. Enligt uppgift har kommissionen för avsikt att precisera riktlinjer för hur möjligheten att påföra tekniska åtgärder skall påverka de nationella avgiftssystemen under år 2007. Enligt upphovsrättsdirektivet skall tillämpningen av direktivet kontinuerligt utvärderas. En första utvärdering skedde år 2004 och följande utvärdering skall enligt den fastslagna tidtabellen ske år 2007. Kommissionen kan i samband med dessa lägesrapporter föreslå ändringar av lagstiftningen.

<sup>30</sup> Denna punkt i beslutet lyder i sin helhet på följande sätt: ”För att säkerställa den möjlighet till privatkopiering som upphovsrättslagen medger förutsätter riksdagen att regeringen följer vilka konsekvenser upphovsrättslagens bestämmelser om tekniska åtgärder får och hur de tillämpas. Regeringen skall främja frivilliga insatser för att det skall bli möjligt att framställa exemplar för enskilt bruk i enlighet med målen och villkoren i EU:s upphovsrättsdirektiv. Regeringen skall lämna riksdagens kulturutskott en utredning om saken 2006. Om ingenting gjorts på frivillig väg skall regeringen vidta åtgärder för att ändra lagstiftningen så att användarna fullt ut kan tillgodogöra sig lagens bestämmelser om privatkopiering”. RSv 100/2005 rd

<sup>31</sup> Tietoyhteiskuntaneuvoston raportti ”Tulevaisuuden elinvoimainen Suomi” (2006).

<sup>32</sup> Digital Rights. Background, Systems, Assessment. Commission Staff Working Paper. Brussels, 14.02.2002. SEC(2002) 197, High Level Group on Digital Rights Management, Final Report (2004) samt Intellectual Property Rights and Digital Rights Management Systems, IS Policy Factsheet 020/2004.

## 1.5. Forskningsläget gällande regleringen av DRM

Avhandlingen utgör främst ett inlägg i diskussionen om DRM-systemens rättsliga konsekvenser och regleringsmodeller. Thomas Vinjes tidigaste artiklar *A Brave New World of Technical Protection Systems: Will There Still be Room for Copyright?* (1996) samt *Copyright imperilled?* (1999) har haft stort inflytande på senare forskning. I den första artikeln lyfter han fram det hot mot upphovsrättens balans som DRM-system potentiellt kan utgöra och i den senare problemet med ett mångdubbelt skydd genom teknik, avtal och upphovsrätt. Dessa artiklar har också haft en stor inverkan på utformningen av frågeställningen i denna avhandling.

I *Bernt Hugenholtz*'s produktion har de informationsrättsliga aspekterna av regleringen av DRM haft en central roll. Hans forskning har berört frågor såsom upphovsrättens förhållande till upphovsrättens inskränkningar samt förhållandet till upphovsrättsliga avgiftssystem. Hugenholtz produktion har öppnat ögonen för DRM-systemens effekter på andra delar av det upphovsrättsliga systemet.

Bland den tidigare forskningen som berör regleringen av DRM-system märks också *Séverine Dusolliers* produktion och då framförallt hennes doktorsavhandling *”Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique. Droit et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres”* (2005). I avhandlingen studeras ingående den gemenskapsrättsliga regleringen av DRM och framförallt då dess förhållande till upphovsrättens inskränkningar. Dusollier ger också konkreta förslag till hur man borde ändra upphovsrättsdirektivets stadganden gällande det rättsliga skyddet av DRM-system för att bättre beakta upphovsrättens inskränkningar. Dusollier hör till de forskare i Europa som har den mångsidigaste produktionen när det gäller analys av elektronisk rättighetshantering som rättsligt fenomen.

I *Kamiel Koelmans* produktion har de rättsekonomiska betraktelserna av DRM kommit att få en viktig roll. Hans doktorsavhandling *”Auteursrecht en technische voorzieningen. Juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen”* (2003) berör frågan om huruvida det rättsliga skyddet av DRM ter sig försvarbart med beaktande av att tekniska skyddsåtgärder ökar exkluderbarheten, vilket enligt vissa rättsekonomiska teorier är önskvärt.

Av de amerikanska källorna bör framförallt nämnas Lawrence Lessig med sina tre böcker *”Code and Other Laws of Cyberspace”* (1999), *”The Future of Ideas”* (2001) samt *”Free Culture”* (2004). Trots (eller kanske tack vare) sin populärvetenskapliga framtoning har de i stort bidragit till att öka förståelsen för DRM-systemens rättsliga dimensioner samt de informationspolitiska spänningar och konflikter som skakar informationssamhällets upphovsrätt. Genom sina narrativer belyser han den samtida upphovsrättsliga debatten och ställer frågorna på sin spets.

Förutom dessa verk har ett stort antal forskare kommit med bidrag till debatten om regleringen av DRM. Till de främsta förespråkarna för rättsinnehavarnas frihet att disponera över sitt innehåll med hjälp av DRM-system hör *Tom Bell* och *Raymond Nimmer*. Till kritikerna hör *Yochai Benkler* och *Niva Elkin-Koren*, som representerar den informationsrättsliga traditionen i USA, samt *Julie Cohen*, *Jessica Litman* och *Pamela Samuelson*, som ur ett mer traditionellt upphovsrättsligt perspektiv flitigt kritiserat den amerikanska regleringen av DRM.

Av den nordiska forskningen gällande DRM-system märks framförallt *Jon Bings* produk-



tion, som erbjuder värdefulla insikter i DRM-systemens utveckling över tid<sup>33</sup>.

Den rättsvetenskapliga debatten kring regleringen var särskilt intensiv kring millennieskiftet. I och med att den nya lagstiftningen genomförts har de allmänna diskussionerna kring regleringen av DRM avmattats något och som väntat har den rättsdogmatiska forskningen ökat, särskilt som ett resultat av uppkommande rättsfall.

Den regleringsteoretiska diskussionen har helt naturligt förändrats med tiden. Det rättsliga skyddet av DRM är idag ett faktum, och det är föga intressant att diskutera dess vara eller inte vara. Detta har gjort att enskilda detaljer i regleringen tilldrar sig allt större uppmärksamhet. Man kan säga att riktningen i den aktuella regleringsteoretiska diskussionen har varit bort från frågan om huruvida man borde ha en lagstadgad rätt att kringgå tekniska åtgärder och till att undersöka vilken roll DRM-systemen kan ha som en del i informationssamhällets upphovs-rättsliga infrastruktur<sup>34</sup>.

## 2. METOD

### 2.1. Allmänna synpunkter

Det centrala för ett metodavsnitt är att redogöra för den infallsvinkel man tar till sin frågeställning samt de premisser eller teorier argumenten baserar sig på<sup>35</sup>. Det handlar alltså om att ange koordinaterna så att läsaren förstår var skribenten befinner sig och hur avhandlingen förhåller sig till annan forskning.

Rättsvetenskapen är i många avseenden *kontextbunden*. Den rättsliga systematiken har vanligen getts betydelse vid tolkning av rättsreglerna. Där handlar det om att placera in normerna i sitt *rättsystematiska sammanhang*. Men rättsvetenskapen är också kontextbunden i den bemärkelsen att tolkningen av rättsordningen utgår ifrån *ett sambället sammanhang*. Lagstiftning uppkommer ju som ett svar på samhällliga behov. Samtidigt kan samhällliga förändringar göra lagstiftning obsolet eller undergräva dess rationella grund och förorsaka reformtryck. Rättsvetenskapens kontextbundenhet ses också i att rättsvetaren vanligen utgår ifrån en viss *rättslig verksamhet* i sin analys. Sålunda är det vanligt att man intar perspektivet av en domstol som bör tolka en viss lagstiftning eller avgöra ett visst fall. Eller att forskningen utgår ifrån lagstiftarens verksamhet och söker svar på hur man bör reglera en viss samhälllig verksamhet. Slutligen brukar man placera in forskningen i det rättsvetenskapliga forskningsfältet. Genom att placera forskningen i *den vetenskapliga diskursens sammanhang* gör man det möjligt för läsaren att förstå med vilka andra vetenskapsmän (eller vilka teorier) avhandlingen diskuterar.

Frågeställningen i denna avhandling tar närmast *lagstiftarens verksamhet* som utgångspunkt.

<sup>33</sup> Se exempelvis Bing, *Opphavsrett og ny informasjonsteknologi* (1995), Bing, *The Contribution of Technology* (1996), Bing, *Handel med informasjon* (1997), Bing, *The New or Evolving "Access Right"* (2001), Bing, *Copymarks* (2003).

<sup>34</sup> I denna riktning går till exempel den av WIPO beställda rapporten från år 2006 om DRM-system. Garnett, *Automated Rights Management Systems and Copyright Limitations and Exceptions*. WIPO SCCR/14/5, April 27, 2006

<sup>35</sup> Eriksson, *Mina metoder* (1997), s. 57-73.

Avhandlingens frågeställning berör frågan hur DRM-system borde regleras. Perspektivet har tätt sig naturligt med beaktande av hur nytt fenomen det är fråga om och att det i början av forskningsperioden fanns en brist på både lagstiftning och rättspraxis som grund för en mer traditionell rättsdogmatisk analys.

Infallsvinkeln har dock inte i min mening förlorat sin betydelse. Tvärtom har uppkomsten av lagstiftning och en viss rättspraxis bara gett mer kött på benen för en kritisk analys av regleringen av DRM.

Avhandlingens vetenskapliga uppgift berör just analys av hur DRM-system skall betraktas ur rättslig synvinkel och särskilt som en del av och i interaktion med det upphovsrättsliga institutet. Framställningen har dock också en stark betoning på rättsfilosofisk argumentation i den bemärkelsen att den berör upphovsrättens allmänna läror och justifikationsmodeller. Avhandlingen är således av intresse även för den rättsdogmatiska forskningen, eftersom det för den rättsdogmatiska forskningen även är viktigt att knyta tolkningen till rättsområdets djupare strukturer.

Enligt *Tuori* kan rätten betraktas som ett fenomen med flera lager, där ytskiktet består av positiv rätt (lagstiftning, rättspraxis och tolkningsrekommendationer framställda i rättslitteraturen) och djupskiktet av politik, moral och samhällsliga presumtioner. Mellanskiktet är det rättskulturella skiktet som består av teorier, paradigmen och rättsområdenas allmänna läror<sup>36</sup>.

Tuori har benämnt sin argumentationsmodell kritisk positivism i det att avsikten med modellen är att kritiken av rättsordningen sker utifrån rättsordningen självt. Modellen erkänner således rättens inre horisontella och vertikala konflikter. Enligt Tuori nöjer sig den kritiska positivismen inte enbart med att konstatera dessa konflikter<sup>37</sup> utan använder dem i sin kritik och för att bygga upp alternativa allmänna läror.

Tuoris modell baserar sig på en kritik av Kelsens och Harts traditionella positivism i det att växelverkan mellan rättsordningens olika nivåer suddar ut skillnaden mellan varandets och blivandets värld. Praxis påverkar rätten, och rätten påverkar praxis. Skillnaden mellan rätt och moral suddas ut då man betraktar de rättsprinciper som hör till rättens rättskulturella och djupstruktur<sup>38</sup>. Det är enligt Tuori just *rättsprinciperna* som öppnar kanalen till samhällets moralprinciper och etiska värderingar. Även rättsprinciperna kan fungera på rättsordningens olika nivåer<sup>39</sup>.

Infallsvinkeln i denna avhandling kan i viss mån räknas som kritisk positivism, eftersom särskilt rekonstruktionen av upphovsrätten som en del av det informationsrättsliga ramverket och upphovsrättens balans baserar sig på en rättslig rekonstruktion, där de bärande elementen och värderingarna tas från gällande rätt. Den kritik som framförs struktureras inte i enlighet

---

<sup>36</sup> Förhållandet mellan dessa olika skikt har av Tuori benämnts sedimenteringsförhållande (*sedimentaatio*subde), konstitutionsförhållande (*konstituutio*subde), konkretiseringsförhållande (*konkretisointi*subde), justifikationsförhållande (*justifikaatio*subde), kritikförhållande (*kritiikkisubde*) och begränsningsförhållande (*rajoitus*subde). Tuoris modell baserar sig i princip på att rättens olika skikt påverkar varandra. På ytskiktet sker förändringarna snabbast och på djupskiktet långsammast. Ytskiktet är också mest konkret medan de djupare skikten är mer abstrakta. Tuori, *Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt* (2003), s. 63-73.

<sup>37</sup> Tuori verkar i detta avseende ta avstånd från Critical Legal Studies, som vanligen nöjer sig med att avslöja rättsordningens inre konflikter.

<sup>38</sup> Tuori, *Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt* (2003), s. 65.

<sup>39</sup> Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi* (2000), s. 196-202 och Tuori, *Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt* (2003), s. 47. Enligt Tuori finns det två olika typer av rättsprinciper; å ena sidan rättsprinciper som är att jämföra med regler och utgör en del av den positiva rätten och å andra sidan rättsprinciper som kanaliserar värderingar från rättsordningens djupare nivåer. Tuori, *Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt* (2003), s. 47.



med Tuoris modell, men omfattar nog Tuoris syn på att det finns ett samband mellan positiv rätt och underliggande presumtioner, värderingar och institut. Förändringar i en konstitutiv del av ett rättsinstitut kan förändra hela synen på rättsinstitutet och alltså de djupare nivåerna av rättsordningen. En central utgångspunkt för den kritik mot upphovsrättens allmänna läror och positiv rätt som framförs i denna avhandling är just att det skett vissa förändringar i verksamhetsmiljön som till viss del förändrar utgångspunkterna (paradigmet) för det upphovsrättsliga institutet. Å andra sidan kräver förändringar på rättens ytskikt (och då avser jag just införandet av ett rättsligt skydd för DRM-system) att dessa förändringar beaktas även på rättsordningens djupare nivåer. Jag utgår däremot ifrån att de grundläggande värderingarna förblivit rätt oförändrade över tid och att de kan härledas ur rättsordningen.

Det här innebär inte en presumtion om att rättsordningen alltid skulle vara koherent. Tvärtom är det ofta så att rättsordningen ger uttryck för inneboende konflikter. Detta är också ett naturligt led i den ”rörelse” mellan ytskikt och djupare skikt som hela tiden sker. I sådana fall tas stöd från värderingar och rationalitetsargument. Framförallt den rätts-ekonomiska argumentationen kan i många fall erbjuda användbara förklaringsmodeller. Ytterligare stöd för den värdegrund på vilken den moderna upphovsrätten kan grundas fås också från den samtida rättspolitiska diskussionen och särskilt då de informationspolitiska linjedragningarna i informationssamhällsprogrammen.

Denna tillämpning av Tuoris modell kan tyckas stå i konflikt med hans eget synsätt. Rättsordningen i Tuoris modell är autonom och avsikten är just att beskriva möjligheten till en *immanent* kritik inom rättsordningen. Därmed skulle man kunna tycka att en hänsyn till reella argument eller moraliska eller etiska principer eller värderingar skulle strida mot denna utgångspunkt. Vid närmare betraktelse visar det sig dock att dessa hänsyn internaliserats i Tuoris modell. Istället för att behandla sedvana, rättsprinciper eller reella argument som *rättskällor*, ser han dem som *element i rättsordningen*<sup>40</sup>. Rättskällorna ger information om dessa element<sup>41</sup>.

I framställningen används principen om informationens fria rörlighet som en bärande princip mot vilken den upphovsrättsliga regleringen kan avpassas. Principen kanaliserar vissa värderingar från de djupare rättsliga nivåerna (och i sista hand rättviseuppfattningen och uppfattningen om ett gott samhälle) till rättsordningens ytstruktur, den positiva rätten<sup>42</sup>. I enlighet med Tolonens uppfattning om principers natur kan man se principen som en *standard*, som en *maxim* och som en *tumregel*<sup>43</sup>.

Principen om informationens fria rörlighet har sin institutionella förankring i informationssamhällets informationsekologiska etik<sup>44</sup> och i informationssamhällets och inte minst det europeiska informationssamhällets retorik<sup>45</sup>. Upphovsrättens förhållande till principen kan sägas vara tudelat. Å ena sidan kan man utgå ifrån att hela det upphovsrättsliga institutets

<sup>40</sup> Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi (2000), s. 175 och 197, där han hänvisar till att Aarnio och Peczenik ser dessa element som rättskällor.

<sup>41</sup> Man bör notera att Tuori betraktar rättslitteratur som en fullvärdig rättskälla. Tuori, Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt (2003), s. 43-49

<sup>42</sup> Principen om informationens fria rörlighet behandlas närmare i kapitel II.1 nedan.

<sup>43</sup> Tolonen, Oikeuslähdeoppi (2003), s. 49-50.

<sup>44</sup> Boyle, A Politics of Intellectual Property (1997).

<sup>45</sup> Principen utgör en utgångspunkt i bland annat persondatadirektivet 95/46/EG (se särskilt ingresspunkt 3) samt direktivet om integritet och elektronisk kommunikation 2002/58/EG, som bägge reglerar förmedling av uppgifter rörande fysiska personer inom den europeiska unionen. Principen om informationens fria rörlighet har också djup förankring inom UNESCO, se artikel I i UNESCO:s konstitution. Artikeln utgör basis för avdelningen för information och kommunikation i UNESCO.

justifieringsgrund är förankrat i principen. Å andra sidan innehåller upphovsrätten mekanismer och doktriner som kan sägas utgöra hinder eller tröghetsfaktorer för informationens fria rörlighet. Principen om informationens fria rörlighet kan sägas få sin förklaring och hitta sin plats i skenet av upphovsrättens justifikatoriska teorier. För detta ändamål formuleras teorin om upphovsrättens målsättningar utifrån tanken om upphovsrättens funktioner i det moderna informationssamhället samt utifrån den grundförutsättningen att upphovsrätten har en viktig roll för främjandet av fri rörlighet för information (idéer, innehåll, digitala objekt) samtidigt som en alltför stark upphovsrätt kan utgöra ett hinder för informationens fria rörlighet.

Ur den vetenskapliga diskursens synvinkel kan avhandlingen sägas utgöra en del av den moderna upphovsrättsliga kritiken. Denna kritik har blivit allt mer framträdande under senare år, och riktar sig mot vad som kan kallas upphovsrättens expansionistiska trend. I förlängningen är det fråga om en kritik av den kontinuerliga expansionen av upphovsrättens skyddsomfång och en alltför ensidig justifiering av upphovsrätten<sup>46</sup>. Det är inte endast inom den rättsvetenskapliga diskursen som kritiken ökat utan även samhällsdebatten har fått mer kritiska toner. På den politiska arenan har man i många forum i allt högre grad börjat kräva upphovsrättsliga reformer<sup>47</sup>.

Ur rättssystematisk synvinkel kan avhandlingen placeras inom ramen för *upphovsrätten*, eftersom den berör det upphovsrättsliga institutet. Detta skulle dock inte göra avhandlingens upplägg full rättvisa, särskilt inte om man beaktar att rättssystematiken har en viktig uppgift att fylla. Rättssystematikens betydelse kan ses just i dess problemlösningsförmåga<sup>48</sup>.

Upphovsrättens förhållande till övriga delar av rättsordningen har utgjort föremål för debatt, men idag är det brukligt att se upphovsrätten som en del av förmögenhetsrätten, som i sin tur utgör en del av civilrätten. Rättssystematiska klassificeringar har getts allt mindre roll inom rättsvetenskapen åtminstone i den bemärkelsen att rättssystematiken inte anses vara statisk. Dessutom har man ansett att det är möjligt med alternativa eller överlappande systematiska klassificeringar. Tuori har sammankopplat rättssystematiken med samhällspolitik i det att han framhållit att samhällspolitiken har stor betydelse för hur rättsordningen betraktas och vilka (rättssystematiska) samband som anses föreligga<sup>49</sup>.

I denna avhandling placeras upphovsrätten också i första hand inom ramen för ett *informationsrättsligt* regelverk, som i sin tur primärt korrelerar med den samhällspolitik som gäller samhällets informationspolitik. Inom den europeiska politiken har man sedan medlet av 1990-talet talat om *det gemensamma informationsområdet*<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Enligt Cornish grundar sig denna expansion dels på en effektiv lobbyning av innehållsindustrin och upphovsrättsorganisationerna där den teknologiska utvecklingen målas upp som ett hot mot all innehållsproduktion, dels på ett rättighetsbegrepp som är inspirerat av Chicago-skolan, enligt vilken rätten skall utsträcka sig till alla skeden i exploateringskedjan. Det här leder enligt Cornish bort från antagandet att upphovsrätten endast skall utsträcka sig till att ge incentiva för skapande verksamhet och att få ut verket på marknaden och mot en regim med centrerade, eviga rättigheter. Cornish, *Intellectual Property* (1999), s. 358-359. Ur den finländska diskursen, se Rahnasto, *How to Leverage* (2001), Mylly, *Tekijänoikeuden ideologiat ja myyjit* (2004), Välimäki, *Ajatuksia tekijänoikeuslain uudistamiseksi* (2004).

<sup>47</sup> Olsson, *Den internationella utvecklingen i WIPO:s generalförsamling* (2003). För Finlands del kan hänvisas till den rapport som framlades av rådet för informationssamhället i februari 2006 och där man ställde krav på en grundläggande reform av upphovsrätten utgående ifrån ett informationssamhällsperspektiv istället för ett kulturpolitiskt perspektiv. *Tietoyhteiskuntaneuvoston raportti "Tulevaisuuden elinvoimainen Suomi"* (2006).

<sup>48</sup> Pöysti, *Tehokkuus, informaatio* (1999), s. 79-106.

<sup>49</sup> Tuori, *Oikeudenalajaotus* (2004), s. 1196-1224.

<sup>50</sup> Betydelsen av ett gemensamt informationsområde betonades så tidigt som i Rådets beslut 84/567/EEG. Redan i *Opinion of the committee of the Regions on the Commission Communication 'Europe's way to the information society - An action plan'*, (1995) används uttrycket "common information area". Se även det nuvarande informationssamhällsprogrammet i2010. Den informationsrättsliga referensramen dryftas närmare nedan i kapitel II.1.

Avhandlingen strävar efter att formulera en upphovsrättslig policy. Detta till trots är det inte fråga om vad jag skulle vilja kalla en politisk framställning, eftersom den i främsta hand försöker kombinera den upphovsrättsliga traditionen med det moderna informationssamhällets informationsrättsliga regelverk.

*Informationssamhället* kan alltså anses utgöra det samhälleliga sammanhanget för avhandlingen. Typiskt för detta informationssamhälle är att all slags samhällsverksamhet i allt högre grad är beroende av *informationsteknologi*, inte endast som produktionsmedel utan för alla slags aktiviteter i samhället. Information har också i allt högre grad börjat utgöra en nyckelresurs, vilket i sin tur har lyft fram immaterialrätten som ett viktigt rättsområde inte minst som ett medel för företag att vidmakthålla sina positioner på marknaden och för samhällena som ett medel att bibehålla sin konkurrenskraft. Den teori om upphovsrätten som framträder i denna avhandling avspeglar helt naturligt det samhälle vi lever i och de problem vi står inför idag. Mycket av den kritik som framkommer i denna avhandling baserar sig just på att lagstiftningen utarbetats för en annan tid och med en annan samhällsverklighet för ögonen. *Habermas* talar träffande om hur lagstiftningen avspeglar den samhälleliga realiteten och att man utgående från lagstiftningens lösningar kan gestalta det paradigm man haft för ögonen<sup>51</sup>.

En fråga som läsaren säkert ställer sig är om framställningen berör finländsk rätt eller EG-rätt och om framställningen skall betraktas ur rättskomparativ synvinkel. Vilken ”lagstiftare” är det alltså som utgör målgrupp?

Eftersom avhandlingens främsta syfte inte primärt är att tolka gällande rätt blir frågan rätt ovidkommande. Precis som rättsteoretiker rätt obehindrat kan diskutera allmän rättslära utan att materiell rätt eller framför allt nationell rätt utgör ett primärt problem finner jag inga problem med att diskutera upphovsrättens allmänna läror på allmän nivå och delvis ”lösryckt” från den rättspositivistiska ramen. Frågorna om upphovsrättens justifikationsteorier berör upphovsrätten i alla länder och (åtminstone de västliga) rättskulturerna. Det är sen en annan sak att det är omöjligt att lösgöra sig från sin rättskulturella bakgrund och att detta naturligtvis har ett inflytande över framställningen. Med tanke på att upphovsrätten i allt högre grad regleras på EG-rättslig nivå är det kanske främst den europeiska lagstiftaren jag har för ögonen. Detta innebär dock inte att avhandlingen skulle vara ovidkommande eller ointressant med tanke på den nationella lagstiftningen.

Det som ännu kräver speciell motivering är frågan om varför rättsekonomisk argumentation fått ett så begränsat utrymme inom ramen för denna avhandling. Den rättsekonomiska argumentationen har blivit allt viktigare inom den upphovsrättsliga diskursen. Detta märks hos oss i Finland inte minst genom att det bara under de senaste åren framställts flera upphovsrättsliga doktorsavhandlingar ur rättsekonomiskt perspektiv<sup>52</sup>.

Rättsekonomiska perspektiv används ofta som regleringsteoretiska utgångspunkter och då närmast med tanke på att regleringen skall vara ekonomiskt effektiv eller leda till att resurser utnyttjas ekonomiskt mer effektivt. Jag utgår ifrån att rättslig reglering normalt eftersträvar effektiva resultat både ur rättsteknisk synvinkel och med beaktande av den samhällsverksamhet som regleringen gäller. Avhandlingen tar alltså inte avstånd från rättsekonomisk argumentation trots att den inte getts en så framträdande roll.

<sup>51</sup> Habermas, *Between Facts and Norms* (1996), s. 388-446.

<sup>52</sup> Rahnasto, *How to Leverage* (2001), Välimäki, *The Rise of Open Source* (2005) och Huuskonen, *Copyright, Mass Use* (2006).

Orsaken till att den rättsekonomiska argumentationen här endast har en bakgrundsroll är för det första den att rättsordningen normalt inte endast strävar efter effektivitet utan *rättsvisa*<sup>53</sup>.

Denna syn stöds även av att en av rättsekonomens största förebilder *Guido Calabresi* förhållit sig förbehållsamt till effektivitet som utgångspunkt för reglering och tvärtom sagt att alla påståenden om mer effektiva lösningar innehåller ett element av värdering<sup>54</sup>. Rättsekonomisk argumentation innehar alltså endast en begränsad rationalitet och *kan anses utgöra en naturlig del av allmän juridisk argumentation* särskilt då denna argumentation till sin natur gäller hurdan lagen borde vara.

För det andra har rättsekonomisk argumentation ofta kommit till motstridiga eller oklara resultat i förhållande till upphovsrätten. Den rättsekonomiska analysen av upphovsrätten är inte ännu på den nivån att den till alla delar ger en hållbar och enhetlig teori. Detta beror delvis på att rättsekonomisk argumentation inom immaterialrätten vanligen koncentrerar sig på dess *egendomsrättsliga* natur<sup>55</sup>. Den rättsekonomiska argumentationen har också svårt att greppa det faktum att information (innehåll) *samtidigt* kan ses som en *allmän nytthet* och en *privat nytthet*. Mycket av den rättsekonomiska litteraturen gällande upphovsrätt koncentrerar sig just på frågan varför innehåll skall ses som *antingen* den ena *eller* den andra typen av nytthet.

Rättsekonomisk forskning har dock som bakgrund haft rätt stor inverkan på formuleringarna i denna avhandling gällande bland annat teorierna om upphovsrättens balans. Att basera framställningen enbart på någon särskild rättsekonomisk teori skulle också ha bundit framställningen till premisserna i och framförda invändningar mot teorin. Däremot kan rättsekonomisk argumentation i vissa situationer belysa relevanta förhållanden och sammanhang.

Den upphovsrättsliga diskursen tenderar att polariseras. I den samhällspolitiska debatten är tongångarna till och med rätt aggressiva. Ibland syns detta även i mer vetenskapliga sammanhang. Som kuriositet kan nämnas de hetsiga tongångar som uppstod på ALAI-mötet i New York år 2000, efter att professor Hoeren kritiserat den allt mer absolutistiska trenden i upphovsrätten och deklarerat att kommunikationens frihet är utgångspunkten från vilket upphovsrätten utgör ett undantag. De påföljande talarna deklarerade därefter i tur och ordning att de minsann var upphovsrättsjurister och inte informationsrättsjurister.

*Peter Drabos* har beskrivit polariseringen av de upphovsrättsliga uppfattningarna i boken *A Philosophy of Intellectual Property* (1996). Enligt Drabos finns en spänning mellan den egendomsrättsliga (*propertarianism*) och den instrumentella (*instrumentalism*) uppfattningen om upphovsrätten<sup>56</sup>. Den egendomsrättsliga uppfattningen har långt en naturrättslig grund och betonar upphovsrättens primära natur i förhållande till andra rättigheter. Vid en konflikt mellan upphovsrätt och en annan rättighet är det alltså upphovsrätten som vinner. Den in-

<sup>53</sup> Forskningen baserar sig på en rättviseteori som inte utgår ifrån utilitarism och därmed samhälleffektivitet utan en mer Rawlsiansk rättviseteori där effektivitet inte är det enda rättesnöret. Rawls, *En teori om rättvisa* (1999).

<sup>54</sup> Calabresi, *The Pointlessness of Pareto* (1991).

<sup>55</sup> Mackaay, *The Economics of Intellectual Property Rights* (2006), s. 366. Såsom Mackaay förklarar utgår den rättsekonomiska argumentationen från upphovsrättens incentivfunktion och koncentrerar sig på upphovsrätt som egendomsrätt. Av Mackaays framställning framgår också problemen med att i rättsekonomisk argumentation beakta informationens olika karaktärer. Detta gör dock inte all rättsekonomisk argumentation oväsentlig.

<sup>56</sup> Enligt Rosén har upphovsrätten utvecklats från privilegium till äganderätt och sedermera till en rätt av sitt eget slag. Rosén, *Förlagsrättens och upphovsrättens tidiga utvecklingskedan* (1990).

strumentella uppfattningen ser upphovsrätten som ett begränsat privilegium. Det här innebär inte att den instrumentella uppfattningen helt skulle förkasta upphovsrättens naturrättsliga justifikationsgrunder såsom tanken om att man skall ha lön för mödan<sup>57</sup> eller att upphovsmannens ensamrätt baserar sig på att verket utgår ifrån upphovsmannens personlighet och att det därför är naturligt att han skall ha rätt att förfoga över det<sup>58</sup>. Den egendomsrättsliga uppfattningen verkar förespråka en mer eller mindre absolut upphovsrätt medan den instrumentella i högre grad betonar upphovsrättens samhälleliga uppgifter.

Man kunde tänka sig att den instrumentella uppfattningen skulle motsvara *copyright*-traditionen särskilt i USA, där upphovsrättens justifikation knutits till upphovsrättens syfte enligt den amerikanska konstitutionen, nämligen att främja utvecklingen av vetenskap och nyttig konst ("promote the progress of science and useful arts")<sup>59</sup>. Så är dock inte fallet. Tvärtom är det vanligt förekommande i den upphovsrättsliga diskursen i USA att ta utgångspunkt i egendomsparadigmen<sup>60</sup>.

På samma sätt kunde man utgå ifrån att en stark upphovsrätt skulle betonas i *droit d'auteur*-länderna, eftersom den naturrättsliga argumentationen här tycks ha haft ett så starkt inflytande. Så är inte fallet, utan det finns även här en spänning mellan dem som ser upphovsrätten mer eller mindre som ett självändamål och dem som ser upphovsrätten ur en mer instrumentell synvinkel. Denna spänning syntes även i den nordiska diskussionen i medlet av 1900-talet. Enligt Ross bör upphovsrätten klassificeras under konkurrensrätt, som hör till näringsrätten. Ross anser att analogin med äganderätt är missvisande och på grund av sin oklarhet och emotionella appell kan användas som slagord och skenteoretisk argumentation. Enligt Ross är det en konstruktion som innehåller en dålig teori och en oärlig politik<sup>61</sup>.

Det att man tar utgångspunkt i vad Drahos kallar ett egendomsparadigm betyder inte att man skulle likställa upphovsrätten med äganderätt till en fysisk sak. Det är få rättsvetare som gör det. Vad Drahos söker beskriva är en spänning mellan dem som ser upphovsrätten som ett rättsinstitut primärt avsett att skydda upphovsmannens privata intressen och dem som anser att upphovsrätten står och faller med det offentliga intresset av upphovsrättsligt skydd.

Det finns andra sätt att beskriva de konstellationer som uppstått inom den upphovsrättsliga diskussionen. Det skulle inte göra diskussionen rättvisa att endast göra en indelning mellan dem som förespråkar en stark upphovsrätt och dem som anser att upphovsrätten redan är alltför stark.

Det finns till exempel de som ser upphovsrätten, inte som en *privat rättighet*, utan närmast som en *kollektiv rättighet*. Dessa verkar i allmänhet protestera mot ensamrättskonstruktionen och anser att upphovsrätten borde vara en ersättningsrättighet och eventuellt även att denna ersättning skall användas för kulturella ändamål. Denna grupp ter sig som en direkt motsats till dem som anser att upphovsrätten är och skall förbli en privat rättighet och som anser att

<sup>57</sup> Denna uppfattning brukar knytas till Adam Smith och i främsta hand till *copyright*-traditionen.

<sup>58</sup> Denna uppfattning brukar knytas till *droit d'auteur*-traditionen med sin djupa förankring av upphovsrätten i den individuella upphovsmannen.

<sup>59</sup> Stadgandet lyder i sin helhet på följande vis; *The Congress shall have Power... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.* United States Constitution, Article I, Section 8.

<sup>60</sup> Halbert, *Intellectual Property in The Information Age* (1999).

<sup>61</sup> Ross, *Om ret og retfærdighed* (1966), s. 264. Jfr. Knoph, *Åndsretten* (1936), s. 620, som anser att det kan ligga en "nyttig agitation" i egendomsparadigmen och att den kan innehålla ett ideal, som den positiva rätten bör stäva till. Han stöder därför till denna del den äganderättsteori som av Vinding Kruse framförts.

ersättningar som utbetalas på kollektiva grunder är helt förkastliga.

Dessutom finns det de som anser att upphovsrätten bör omfatta (åtminstone ersättning av) *allt användande* som någon har nytta av, det vill säga oberoende av om det handlar om ekonomisk nytta eller någon annan slags nytta. Denna syn verkar stå i opposition till dem som anser att upphovsrätten primärt bör gälla *kommersiellt nyttjande*.

Därutöver finns naturligtvis vissa klassiska spänningar som gäller huruvida det är den *som kommersiellt exploaterar* innehållet som bör tilldelas rättigheterna eller huruvida rättigheten bör tillkomma *dem som skapat verket*<sup>62</sup>.

Avsikten med denna framställning av olika spänningar inom den upphovsrättsliga diskursen är inte att ge en uttömmande analys av densamma, utan bara att föra fram att den samtida upphovsrättsliga diskursen innehåller spänningar som går i olika riktningar. Dessa tendenser går inte heller att helt indela i två läger på det sätt Drahos har velat framställa, även om den allmänna uppfattningen är att den upphovsrättsliga diskussionen är polariserad. Trots denna polarisering finns det många försök att hitta ett mellanläge.

Den upphovsrättsliga diskursens polarisering verkar ha ett nära samband med det faktum att den positiva rätten i allt högre grad verkar utgå ifrån en upphovsrättsmaximalistisk syn, som inte ser en allt starkare upphovsrätt som något problematiskt. Detta i sin tur anses vanligen bero på att upphovsmännens och andra rättsinnehavares intresseorganisationer lyckats i sin lobbning<sup>63</sup>. I Norden har den grupp jurister som sysslat med upphovsrättsfrågor varit liten och nära knuten till dessa intresseorganisationer<sup>64</sup>. Det är alltså föga överraskande att den positiva rätten närmast kommit att utvecklas i en expansiv riktning. Denna utveckling har i allt högre grad kritiserats under de senaste åren och denna kritik har också i allt högre grad uttryckts i akademiska kretsar<sup>65</sup>.

## 2.2. Rättsinformatiken och IT-rätten som utgångspunkt

Teknikens fundamentala inverkan på vårt samhälle torde vara odiskutabel. Man brukar tala om övergången från ett industrisamhälle till ett informationssamhälle. I industrisamhället bestod produktionsfaktorerna av maskiner. Människor behövdes för att komplettera den maskinella produktionen. Slutprodukterna var i första hand konsumtionsvaror. I informationssamhället är de mänskliga resurserna den centrala produktionsfaktorn. Teknologin används för att hjälpa människorna att utföra sina uppgifter. Slutprodukten är i allt högre grad immateriell, det vill säga information i en eller annan form<sup>66</sup>. Det här kan anses vara en orsak till immaterialrättens allt mer

<sup>62</sup> Detta kan sägas utgöra den klassiska spänningen mellan *copyright*- och *droit d'auteur*-systemen.

<sup>63</sup> Drahos with Braithwaite, *Information Feudalism* (2002), Halbert, *Intellectual Property Rights in the Information Age* (1999).

<sup>64</sup> Till exempel Henry Olsson som torde ha haft ett stort inflytande över upphovsrättslagstiftningens utveckling såväl nationellt som internationellt har traditionellt förhållit sig förbehållslöst till en kontinuerlig förstärkning av upphovsrätten. Detta framkommer bland annat av hans ofta återkommande artiklar i NIR om den internationella utvecklingen av immaterialrätten. Se exempelvis Olsson, *Den internationella utvecklingen*. Tofte sessionen av WIPO:s Standing Committee on Copyright and Related Rights. *Ökande kontroverser* (2005), Olsson, *Den internationella utvecklingen*. WIPO:s Development Agenda. *Stora motsättningar om den vidare utvecklingen av den internationella immaterialrätten* (2005), Olsson, *Den internationella utvecklingen under första halvåret 2005* (2005), Olsson, *Den internationella immaterialrätten under slutet av år 2005* (2006). Olsson är också författare till läroböcker i upphovsrätt, vilka allmänt används som stöd såväl inom universitetsundervisning som av praktiker, t.ex. Olsson, *Copyright* (2006).

<sup>65</sup> Upphovsrättens expansion och dess kritik har noterats av bl.a. Rosén. *Immaterialrätten i informationssamhället* (2006).

<sup>66</sup> Utvecklingen mot ett informationssamhälle innebär inte att man skulle sluta producera konsumtionsgods. På grund av automatiseringen arbetar människor dock i allt mindre grad vid de rullande banden och istället i högre grad med produktutveckling och design.



centrala ställning i vårt rättsliv.

Informationssamhället innebär inte endast förändringar i samhällets produktionsfaktorer. Informationsteknologin har fått stor inverkan på alla delar av vårt liv, allt från studier och arbete till fritid, ja överlag samhällets kommunikationsmönster och informationsprocesser. Dagens ungdomar har svårt att förstå hur man kunde skriva en bok utan dator, hur man kunde kommunicera utan e-post och mobiltelefon eller hur man kunde inhämta kunskap utan Internet.

Tekniken formar vårt samhälle. Och människan formar tekniken. Tekniken formar människors sätt att agera. Människans förhållande till tekniken blir allt mer symbiotiskt. Det samma gäller teknikens förhållande till människans begreppsvärld, däribland juridiken<sup>67</sup>.

Tekniken kan ge upphov till nya rättsområden. Man anser ofta att boktryckarkonsten gav upphov till upphovsrätten. Eller att automatisk databehandling har gett upphov till dataskyddsrätten.

Den forskningsgren inom rättsvetenskapen där förhållandet mellan teknik och juridik utgör föremål för analys är rättsinformatiken eller IT-rätten. Rättsinformatiken är i Norden och Europa redan ett väletablerat forskningsområde<sup>68</sup>.

Blume har betonat att rättsinformatiken inte är avhängig av tekniken, utan att det centrala är information. Enligt Blume är alltså rättsinformatiken en mer omfattande disciplin än IT-rätten<sup>69</sup>. Trots detta innehar teknologin även enligt Blume en central plats i de flesta frågeställningar inom ramen för rättsinformatiken. *De facto* handlar det om ett visst förhållningssätt till juridiska problemställningar. Att döma av den känsla man får då man tar del av kongresser och seminarier samt forskningsrön på rättsinformatikens område är det kanske närmast den känsla av *öppenhet och oräddhet för tekniska spörsmål och teknikens betydelse även för rättsvetenskapliga frågeställningar* som får en att identifiera forskning som rättsinformatisk.

Även Seipel har omfattat synen om att det inte finns någon skarp gräns mellan rättsinformatisk forskning och forskning inom ett traditionellt rättsområde där tekniska spörsmål endast har en begränsad signifikans. Seipel har däremot indelat den rättsinformatiska forskningen beroende på hur starkt man betonar *teknikens normativa och instrumentella aspekter*. Seipel ser en *evolution* från en syn på IT-rätten som forskning kring teknikrelaterade spörsmål i traditionell rättsdogmatik via ADB-rättslig forskning som ser de teknikrelaterade spörsmålen som en fråga som sammanbinder olika rättsområden och det han kallar ”information x 2”-approach där intresset ökar för samspelet mellan teknikens normativa och instrumentella aspekter till det synsätt han kallar ”grand theory”-approach. I denna integreras de instrumentella och normativa aspekterna helt och skillnaderna mellan rättslig reglering av informationsteknologi och den rättsliga användningen av IT suddas ut<sup>70</sup>. Till ”grand theory”-approachen räknar han bland annat Lawrence Lessigs framställning över sambandet mellan databehandling och rättslig reglering, ett spörsmål som är centralt även i denna avhandling.

<sup>67</sup> Seipel har understrukt just sambandet mellan teknikens normativa och instrumentella aspekter som rättsinformatikens grundläggande paradigm. Seipel, *IT Law* (2004).

<sup>68</sup> Seipels doktorsavhandling *Computing Law* (1977) kom att utgöra startskottet för etableringen av ämnet i Norden. Det finns idag omkring tjugo institut specialiserad på forskning inom rättsinformatik i Europa. Många länder har även inrättat professurer i rättsinformatik. I Finland inrättades den första professuren i rättsinformatik nyligen vid Lapplands universitet. I Finland har det utkommit en handfull doktorsavhandlingar inom disciplinen.

<sup>69</sup> Blume, *Rättsinformatikens metode- och afgränsningsproblemer* (1995), s. 545.

<sup>70</sup> Seipel, *IT Law* (2004), s. 43-46.

Rättsinformatiken kan enligt Pöysti indelas i fyra huvudsakliga forskningsområden, nämligen forskning gällande rättslig information och kommunikation, forskning gällande rättslig informationsbehandling, informationsrätt samt IT-rätt. Dessa forskningsområdens förhållande till varandra kan närmare beskrivas utifrån hur stor betydelse tekniken har i forskningsområdets frågeställningar (teknikbundenhet) och huruvida det är fråga om frågeställningar med en rättsteoretisk eller en rättsdogmatisk inriktning. Denna indelning kan i enlighet med Pöysti<sup>71</sup> åskådliggöras på följande sätt<sup>72</sup>.

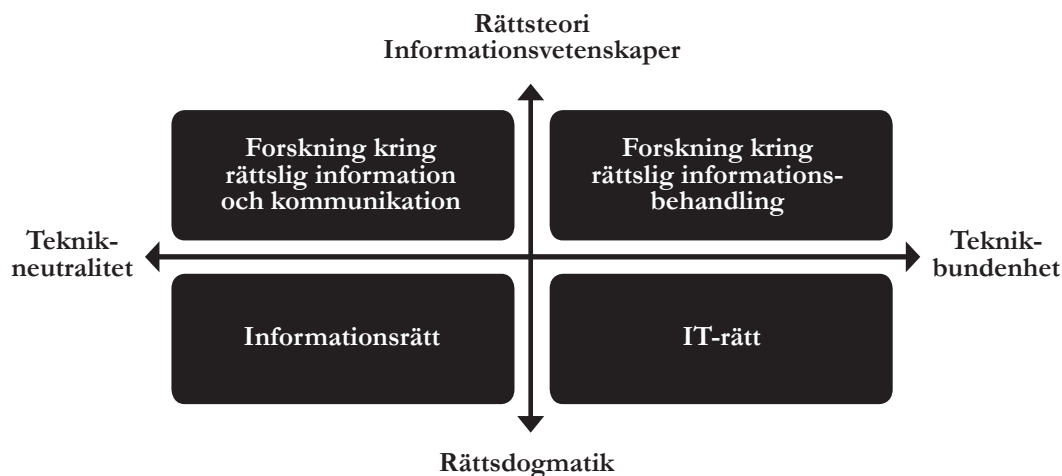


Bild 1; Rättsinformatikens forskningsparadigm

Denna karta över det rättsinformatiska forskningsparadigmet är till hjälp då man försöker placera in forskningen på området. Det väsentliga är att Pöystis bild över rättsinformatikens forskningsparadigm skapar en enhetligare förståelse över rättsinformatiken som helhet<sup>73</sup>. Rättsinformatiken kan nämligen annars kännas som ett väldigt splittrat område, eftersom det sträcker sig från en för vanliga jurister svårtillgänglig forskning om artificiell intelligens och rättsliga beslutsfattningssystem till normal rättsdogmatisk forskning med IT-rättsliga aspekter<sup>74</sup>.

Enligt Seipel hör det till rättsinformatikens uppgifter att *utveckla, justera och tillnärma juridiska och tekniska begrepp, beskriva informationsteknologin på ett juridiskt relevant sätt, undersöka och bringa förståelse för helheter och formulera den rättsliga regleringen utgående från hållbara styrningsmodeller*.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Pöysti, Tehokkuus, informaatio (1999), s. 360.

<sup>72</sup> Översättning och kursivering av VS.

<sup>73</sup> Pöysti verkar sedermera att ha börjat göra en indelning av rättsinformatiken i rättslig informationsteori (*legal information theory*), informationsrätt (*information law*) och IT-rätt (*IT law or ICT law*). Pöysti, *Communicational Quality of Law* (2004), s. 464-465

<sup>74</sup> Jfr även den detaljerade listan över ADB-rättens forskningsparadigm i Seipel, *Computing Law* (1977), s. 311-325, där rättsinformatikens hela palett framträder i all sin prakt. Jämfört med situation vid tiden för publikation av Seipels doktorsavhandling kan man konstatera att informationsrätten erhållit en allt mer framträdande roll inom disciplinen.

<sup>75</sup> Seipel, *IT Law* (2004), s. 38.



Det kan kanske noteras att frågan om huruvida rättsinformatik är en beskrivande beteckning eller inte knappast är uttraderad. Man har ömsom talat om IT-rätt, informationsrätt, och rättsinformatik. Benämningen rättsinformatik har dock i Norden etablerat sig som det allmänna uttrycket för forskningsområdet. Med tanke på att benämningen rättsinformatik inom den juridiska professionen starkt anknyttits till juridisk informationssökning som utförs av särskilda *rättsinformatiker*, ter sig ordet rättsinformatik inte så lyckat. Enligt Seipel brukar ordet informatik användas även i en vidare bemärkelse synonymt med *informationsvetenskaper*, som omfattar många områden där information spelar en central roll såsom systemvetenskap, automatisk databehandling, kommunikationsteori, informationssäkerhetsteori, kognitiva vetenskaper och biblioteksvetenskap<sup>76</sup>.

Avhandlingens tema torde på basen av denna beskrivning av rättsinformatikens uppgift höra till rättsinformatikens kärnområde. DRM-system är i lika hög grad ett tekniskt som ett juridiskt begrepp. Att bringa förståelse för vad DRM-system är i juridisk bemärkelse är en av de största uppgifterna för denna avhandling. Det är nämligen en brist på förståelse av DRM-systemens rättsliga dimensioner som verkar utgöra ett av de fundamentala problemen med den upphovsrättsliga regleringen av DRM.

Enligt *Blume* kan förhållandet till teknologisk kunskap konkretiseras i tre frågor, nämligen till vilken del det är nödvändigt att känna till tekniken för att på ett kvalificerat sätt behandla ett rättsinformatiskt problem, i vilken omfattning forskningsprocessen skall vara inrättad i avsikt att uppnå teknisk kunskap och i vilken utsträckning den teknologiska kunskapen skall beaktas i framställningen<sup>77</sup>.

Det är svårt att avgöra i vilken grad det är ändamålsenligt att närmare beskriva den teknologi som temat berör. I den för handen varande avhandlingen görs en mer teknologibunden genomgång av uppkomsten och utvecklingen av teknologin för DRM-system i kapitel III. Avsikten är att redogöra för den utvecklingsfas vi befinner oss i nu och utvecklingens riktning. Detta gör att vi bättre kan förstå DRM som historiskt fenomen och dess nära anknytning även till hur den rättsliga regleringen förhållit sig till DRM. Avsikten har inte varit att beskriva detaljer i hur denna teknik fungerar. Till viss del tas i den övriga framställningen tekniska detaljer eller teknikens funktioner upp då detta ter sig relevant.

Utgångspunkten i denna avhandling är vad *Mads Bryde Andersen* kallat *beskrivelsesproblemet*, nämligen att det är nödvändigt att förstå teknologin och dess olika aspekter för att kunna sätta sig in i och förstå den juridiska problemställningen<sup>78</sup>. När det gäller den för handen varande avhandlingen är det helt klart att ett visst mått av kunskap om den teknologi som används är nödvändig. Särskilt relevant är detta för att kunna avgöra på vilket sätt DRM-system i praktiken kan tänkas inverka på olika typer av rättsligt relevant användning och på vilket sätt de på det konceptuella planet inverkar på regleringsmiljön.

Den rättsliga regleringen såsom till exempel upphovsrätten baserar sig på en uppfattning om den teknik som berörs av regleringen<sup>79</sup>. Den tekniska utvecklingen i kombination med den samhällsliga verksamheten har alltså en relevans för hur vi uppfattar regleringens före-

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 33.

<sup>77</sup> *Blume*, *Rättsinformatikens metode- och afgränsningsproblemer* (1995), s. 554.

<sup>78</sup> *Andersen*, *Edb og ansvar* (1988), s. 28-32. *Beskrivelsesproblemet* har enligt *Seipel* och *Bing* befästs som en av utgångspunkterna för rättsinformatiska frågeställningar. *Seipel*, *IT Law* (2004), s. 38-39, *Bing*, *Internationalisation and Constant Change* (2004), s. 21-23.

<sup>79</sup> Ett annat område där detta har syntts särskilt väl är inom regleringen av telekommunikation.

mål. Upphovsrättens terminologi baserar sig på den teknik med hjälp av vilken upphovsrättsliga verk har exploaterats. Man talar om *kopiering* eller *mångfaldigande*, om *upptagningar* osv. Även vår uppfattning om det nya upphovsrättsliga begreppet *teknisk åtgärd* baserar sig på den kunskap vi har om den teknik som vid varje tidpunkt finns tillgänglig. Innebörden i begreppen förändras alltså beroende på den teknik vi har i åtanke<sup>80</sup>.

Tekniken kan också få en mer långtgående inverkan på lagstiftningens tillämpning och påverka hela den institutionella basen för rätten. Problem som kan uppstå gäller möjligheterna att *säkerställa* rättigheter i en global, digital miljö, eftersom det kan vara svårt att utreda var gärningen sker, vem som är gärningsman, hur bevisning kan säkerställas mm. Det kan också förändra de underliggande *presumtioner* som rättsnormerna baserar sig på. Den kan också förändra de *underliggande fakta* som motiverar rättsnormen. Följden kan bli att de i en rättsregel uppställda kriterierna förlorar sin relevans för uppfyllandet av regelns ändamål eller att vår uppfattning om hela rättsinstitutet förändras<sup>81</sup>.

Den moderna informationsteknologin styr människans handlingar på ett alltmer genomgripande sätt. Hur jag kan manipulera ett fotografi beror på vilka funktioner det datorprogram erbjuder som jag använder. Programmets funktioner beror på programmerarens beslut. Precis som man inom ekonomin talar om ”den osynliga handen” som styr marknaderna<sup>82</sup>, kan man tala om informationsteknologins eller Internets ”osynliga hand”, dess arkitektur<sup>83</sup>. Ibland indelar man denna teknologiska kontrollarkitektur i olika nivåer, den fysiska, den programmerade och innehållsnivån<sup>84</sup>.

Hur denna arkitektur ser ut kan bero på många faktorer. Och det är inte bara en utan flera aktörer inblandade i detta med litet olika intressen. Man kan tala om att det har uppstått en ny *governance*-struktur<sup>85</sup>, jämförbar med (men inte likadan som) den rättsliga regleringen.

DRM-system är just ett sådant fenomen som ligger i skärningspunkten mellan innehållsnivån, programnivån och den fysiska nivån. Det handlar om det materiella upphovsrättsliga skyddet lika väl som om *governance*-struktur. Det kan potentiellt påverka mekanismerna för säkerställande av upphovsrätt liksom de presumtioner och institutionella fakta upphovsrätten baserar sig på. Hur tekniken interagerar med juridiken har en stor betydelse när man analyserar detta fenomen. Det gäller att förstå de explicita eller implicita konsekvenser den nya teknologin för med sig för den rättsliga argumentationen och den rättsliga regleringen.

<sup>80</sup> I enlighet med Tuoris indelningar i rättsordningens olika nivåer kan man alltså säga att tekniken inverkar på upphovsrättens djupare, begreppsliga nivåer. Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi (2000) och Tuori, Oikeusjärjestyks ja oikeudelliset käytännöt (2003).

<sup>81</sup> Benno, Transaktionens anonymisering (1997). Friedman, Does Technology Require New Law? (2001), s. 71-85. Om uppkomsten av en social verklighet (institutionella fakta) och den betydelse kollektiva konventioner har för detta, se Searle, The Construction of Social Reality (1995).

<sup>82</sup> Med den ”osynliga handen” avser man en fri marknadsekonomi som styrs av förhållandet mellan efterfrågan och utbud. Detta kan ses som motsats till planekonomi.

<sup>83</sup> Lessig, Code and other Laws of Cyberspace (1999), s. 6 och 9-42. Lessig, The Future of Ideas (2001).

<sup>84</sup> Lessig, The Future of Ideas (2001).

<sup>85</sup> Samhällets styrningsmekanismer har utvecklats i en mer polycentrisk riktning. Ordet *governance* har börjat användas för att åskådliggöra att samhällets funktioner inte endast styrs av en suverän stat genom lagstiftning utan att styrningen i dagens globaliserade samhälle sker på många nivåer och av många aktörer med lite olika roller. Denna reglering omspannar förhållande mellan lagstiftare på olika nivåer från det internationella till det lokala samt förhållandet mellan lagstiftning och tekniska standarder, ”codes of conduct”, marknadskrafter mm. För den regleringsteoretiska diskussionen är det relevant att fundera på hur man vid den rättsliga regleringen kan eller bör beakta eller styra normativa processer i samhället. Rättssäkerhet utgör en särskild utmaning i denna nya regleringsmiljö. Se även Grewlich, Governance in Cyberspace 1999, s. 8-15.

## 2.3. Informationsrätten som rättslig referensram

Enligt Pöysti menas med informationsrätt ett rättsområde, inom ramen för vilket man betraktar den rättsliga regleringen (samt regleringsbehovet och regleringsmöjligheterna) av produktion, behandling, förmedling, marknadsföring, skydd och förvaring av information. Informationsrättens allmänna del betraktar enligt Pöysti den privata och offentliga informationsmarknadens och informationsinfrastrukturens utveckling ur ett rättsligt perspektiv<sup>86</sup>.

Detta funktionella sätt att beskriva informationsrättens centrala område lämpar sig väl som utgångspunkt för att identifiera de normer som utgör den för den här avhandlingen relevanta informationsrättsliga normgrunden. Det är sen en annan sak att man på en helt allmän nivå kan fråga sig enligt vilka kriterier man kan identifiera de normer som skall tillhöra informationsrätten.

Denna fråga är inte helt enkel att besvara. I sin doktorsavhandling försöker Pöysti lösa detta dilemma genom att tala om informationsrätten som ett *system baserat på diffus logik*. Enligt honom innebär tillämpandet av diffus logik vid juridisk systematisering att en juridisk sats eller satsmängd kan tillhöra ett system helt eller endast delvis. En norm kan därmed vara t.ex. delvis förvaltningsrättslig och samtidigt helt eller delvis informationsrättslig. De diffusa mängdernas teori leder enligt Pöysti inte till godtycke, för en noggrant definierad medlemsfunktion bestämmer de elementära enheternas medlemsgrad i de diffusa mängderna.<sup>87</sup> Det förblir dock i hans beskrivning av det informationsrättsliga systemet oklart vilka kriterier som gör att en norm eller princip kan anses utgöra en del av informationsrätten.

Bing har konstaterat att information är ett alldeles för allmänt begrepp för att rättsordning skall kunna systematiseras utgående från det. Han föreslår istället att man strukturerar en referensram utgående ifrån ett *statiskt* och ett *dynamiskt* perspektiv av informationshantering (*data processing*). Det statiska perspektivet berör regler som gäller innehåll, form, struktur och medium medan det dynamiska perspektivet berör regler gällande skapande (*creation*), kommunicering (*communication*), hantering (*processing*) och lagring (*storing*) av data. Informationsrätten skulle enligt Bing beröra upphovsrätten till den del det gäller regler om olika typer av verk (ett statiskt perspektiv) och skapande av information (ett dynamiskt perspektiv)<sup>88</sup>. Man kan dock ha delade meningar gällande huruvida upphovsrätten endast eller huvudsakligen innehåller regler om skapande av information, eftersom ett minst lika viktigt perspektiv i min mening är hantering, lagring och kommunicering av information.

Burkert gör en indelning i explicit och implicit informationsrätt. Den explicita informationsrätten är direkt ägnad att styra informationsflöden och informationshantering. Som exempel på explicit informationslagstiftning nämner han offentlighetslagstiftningen. Som exempel på implicit informationslagstiftning nämner Burkert straffprocessrättens regler som reglerar parternas skyldighet att lämna information eller rättighet att erhålla information. Den implicita informationslagstiftningens primära ändamål är inte att styra informationshantering i sig men att försäkra sig om parternas rättsskydd.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> Pöysti, *Informaatio-oikeus* (1999), s. 372.

<sup>87</sup> Pöysti, *Tehokkuus, informaatio* (1999), s. 105.

<sup>88</sup> Bing, *Internationalisation and Constant Change* (2004), s. 19-21.

<sup>89</sup> Burkert, *Access Legislation* (2006), s. 95-97.

Pöystis, Bings och Burkerts framställningar erbjuder olika perspektiv på problemet med identifieringen och systematiseringen av informationsrätten. Inget av dem verkar dock helt oproblematiskt. Man kan istället närma sig frågan om identifikationen av informationsrätten utgående från en konventionalistisk syn; Informationsrätten består av det som i ett visst sammanhang, under en viss tid och i ett visst forum anses utgöra informationsrätt. Detta synsätt beaktar alltså koncensusbildningen inom den vetenskapliga gemenskapen eller rättslivet i gemen.<sup>90</sup>

Ett annat sätt att närma sig frågan är att bedöma huruvida det verkar rationellt utgående från en funktionell synvinkel att sammanknipa normativa element under rubriken ”informationsrätt”. Denna funktionalitet kan bestå i behov av ökad korrelation mellan samhällspolitik och rättsordning. Det kan också gälla ett behov av att betrakta rättsliga problem utgående från en ny synvinkel för att öka rättsordningens problemlösningsförmåga.<sup>91</sup>

Det är knappast önskvärt, nödvändigt eller ens möjligt att försöka ange en bestämd identifieringsregel för informationsrättsliga normer eller att strikt och möjligast uttömmande försöka definiera vad informationsrätten omfattar. Detta beror i främsta hand på att en sådan beskrivning snabbt skulle bli förlegad. Den vetenskapliga gemenskapens förståelse av rättsordningen är under ständig utveckling. Samtidigt utvecklas samhället och de (rättsliga) problem som pockar på en lösning. De funktionella imperativen förändras i takt med sin kontext. Där som informationsrätten idag kan betraktas som ett dynamiskt rättsområde som överlappar andra (etablerade) rättsområden kan den i morgon ha utvecklats till en mer statisk del av den juridiska systematiken. I takt med att informationsrättens allmänna läror utvecklas och den informationsrättsliga diskursen fortskrider kan informationsrättens skepnad byta form. Informationsrättens betydelse, omfattning och form samt dess allmänna läror utvecklas och betraktas utgående från de specifika omständigheterna vid varje enskild tidpunkt. Man kunde kanske kalla detta för informationsrättens situations- eller kontextbundenhet, bestående av den relevanta historiska, kulturella och samhälleliga kontexten.

## 2.4. Upphovsrätten ur informationsrättsligt perspektiv

### 2.4.1. Grunder för att se upphovsrätten som en del av informationsrätten

Det verkar naturligt att placera immaterialrätten, och speciellt upphovsrätten, i centrum av ett informationsrättsligt system. Upphovsrätten reglerar ju i hög grad skapande, kommunikation, hantering och lagring av innehåll. Dessutom utgör upphovsrätten en knutpunkt mellan den offentliga och den privata informationssfären samt mellan kommersiellt och icke-kommersiellt nyttjande av information.

Redan historiskt sett har det för övrigt varit långt ifrån självklart att upphovsrätten skall betraktas endast utifrån ett förmögenhetsrättsligt perspektiv. Såsom Quaedvlieg påvisat finns det spår av många olika slag av rättslig argumentation och regleringsmodeller i upphovsrät-

<sup>90</sup> Enligt Lagerspetz måste frågan om vilka normer som är gällande rätt i sista ändan besvaras utgående från en konventionalistisk teori. Lagerspetz, *The Opposite Mirrors* (1995), s. 105 ff. Lagerspetz' konventionalistiska teori berör såväl institutioner som rättsordningen i sin helhet.

<sup>91</sup> Dessa informationsrättens bevekelsegrunder har beskrivits i Pöysti, *Informaatio, tehokkuus* (1999), s. 378 ff.

ten<sup>92</sup>. Man kan kalla upphovsrätten för en smältugn där dessa principer och modeller sammanblandats. Upphovsrätten har alltså band till såväl äganderättsresonemang som konkurrensrätt, ekonomisk rätt, privaträtt, offentlig rätt, arbets- och socialrätt samt avtalsrätt. Det finns också en svärdefinierad mängd rättigheter med samband till sociala, politiska och ekonomiska rättigheter som skyddas. Det faktum att så många olika typer av rationaliteter har fått ett utrymme i den upphovsrättsliga regleringen har också lett till många dispyter om vad som är den riktiga balansen mellan dessa argument och om vilket rättsområdes principer som är bäst lämpade att styra den upphovsrättsliga regleringen<sup>93</sup>.

Denna upphovsrättens säregenhet styrker tanken på att man ur upphovsrätten i sig kan se många element av en informationsrättspolicy, men att man samtidigt kan dra paralleller till annan lagstiftning. Upphovsrätten bör alltså tolkas i skenet av de omgivande rättsområdena. Speciellt inom EG-rätten har betoningen legat på förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt.<sup>94</sup>

Det är som sagt i sig inget nytt att upphovsrätten tolkas i skenet av och utformas genom spänningarna till andra rättsområden. Det är däremot ovanligare att tolka upphovsrätten inom ramen för ett informationsrättsligt system. Behovet av en dylik synvinkel har dock accentuerats och förståelsen för upphovsrätten som en del av informationsrätten har påverkats av politiska ställningstaganden och program.

Inom EU<sup>95</sup> kan man hänvisa till *eEurope-initiativet*<sup>96</sup> och uppkomsten av *ett gemensamt informationsområde*<sup>97</sup>. Till det europeiska gemensamma informationsområdets rättsliga ramverk hör förutom regleringen av upphovsrätt även reglering av informationservice, persondata, tillgång och effektivt nyttjande av offentliga informationsresurser samt telekommunikation<sup>98</sup>.

Gemenskapens informationspolitik berör även hur man skall reglera illegalt och skadligt innehåll<sup>99</sup> och hur konvergensen påverkar regleringen<sup>100</sup>. Ett centralt tema är också frågan om tillgång till information och informationsnätverk samt hur man skall undvika en marginalise-

<sup>92</sup> Quaedvlieg, Copyright's Orbit (1998), s. 420-438.

<sup>93</sup> Ross, Om ret og retfærdighed (1966), s. 264 som förhåller sig negativt till att betrakta upphovsrätten ur egendomsrättslig synvinkel och anser att den bör betraktas ur konkurrensrättsligt perspektiv. I Bernitz et al (2005), s. 325 betraktas upphovsrätten som lösöre eller närmare sagt som en begränsad sakrätt.

<sup>94</sup> Förhållandet mellan konkurrensrätt och upphovsrätt anses allmänt stå i ett särskilt spänningsförhållande, eftersom upphovsrätten innebär ett legalt monopol och konkurrensrätten grundar sig på tanken om fri konkurrens. Förhållandet mellan konkurrensrätt och upphovsrätt har även i Norden tilldragit sig uppmärksamhet. En omfattande analys av förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt utarbetades av *Koktvedgaard* i hans doktorsavhandling *Immaterialretspositioner 1965*. I avhandlingen betraktas både förhållandet mellan konkurrensrätt och upphovsrätt i allmänhet som konkurrensrätten som en integrerad del av upphovsrätten. *Ulf Bernitz* har en omfattande produktion som berör immaterialrättens marknadsrättsliga aspekter. Hans doktorsavhandling *Marknadsrätt utkom 1969*.

<sup>95</sup> Den nationella diskussionen, åtminstone i Finland, verkar rätt långt följa den europeiska agendan.

<sup>96</sup> eEurope är det moderna namnet på kommissionens program för informationssamhället. eEurope lanserades i december 1999 genom kommissionens tillkännagivande eEurope – ett informationssamhälle för alla.

<sup>97</sup> i2010 – Det europeiska informationssamhället för tillväxt och sysselsättning. Uttrycket common information area användes redan år 1995, se Opinion of the committee of the Regions on the Commission Communication 'Europe' s way to the information society - An action plan'.

<sup>98</sup> Opinion of the committee of the Regions on the Commission Communication 'Europe' s way to the information society (1995). Till regleringen på det gemensamma europeiska informationsområdet hör också det europeiska informationssamhällsprogrammet i2010. Det gemensamma informationsområdet och dess betydelse diskuterades dock redan i Europarådets beslut 84/567/EEC.

<sup>99</sup> Se Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala Kommittén och regionkommittén om utvärderingen av gemenskapens fleråriga handlingsplan för att främja en säkrare användning av Internet och ny online-teknik genom att bekämpa olagligt och skadligt innehåll på globala nät, särskilt vad beträffar skydd av barn och minderåriga, KOM(2003)653 slutlig samt EU:s informationssamhällsprogram i2010.

<sup>100</sup> Grönboken om konvergens av telekommunikation, media och informationsteknik och dess följder för lagstiftningen – En strategi för informationssamhället. KOM/97/623 slutlig.

ring av informationsfattiga<sup>101</sup>. Det effektiva utnyttjandet av samhällets (privata och offentliga) informationsresurser<sup>102</sup> samt det effektiva nyttjandet av informationsresurser för samhällets bästa i form av förbättrade förutsättningar för (informations)arbete, skolning<sup>103</sup>, forskning och innovation samt ökade förutsättningar för handikappade att tillägna sig innehåll och delta i (informations)samhället som fullvärdiga medlemmar utgör ytterligare element i denna informationspolitik. Slutligen kan man hänvisa till den mycket betydelsefulla och omfattande diskussionen om förbättringen av förutsättningarna för elektronisk handel<sup>104</sup>.

En informationsrättslig synvinkel befästs också genom UNESCO:s informationssamhällsprogram, vars slogan "Empowering people through the free flow of ideas by word and image, and by access to information and knowledge" är talande. UNESCO:s informationssamhällsprogram betonar att informationssamhället måste basera sig på etiskt hållbara principer och att de mänskliga rättigheterna och medborgarnas ekonomiska, politiska och sociala rättigheter bör tillses då informationssamhället byggs.<sup>105</sup> Det är speciellt inom UNESCO:s arbete som informationssamhällets "mjuka" värden lyfts fram, informationsresurserna och möjligheterna för alla att delta i kunskapsamhället (knowledge society) baserar sig på en syn av informationsresurserna (speciellt biblioteken) som samhällets minne. Tillgång till informationsresurserna och en fri kommunikation ses som en förutsättning för ett fritt och fredligt samhälle. Det kan speciellt noteras att frågan om skyddet av DRM-system behandlats inom ramen för *Infoethics*-programmet utgående från frågan om dess potentiella inverkan på tillgängligheten av informationsresurser och på den upphovsrättsliga (informationsrättsliga) balansen.

Det bör kanske poängteras att man inte kan skönja några direkta motsättningar mellan FN:s och EG:s informationspolitik. Det verkar uppenbart att man inom ramen för UNESCO:s verksamhet varit försiktig med att uttala sig om nyttan eller skadan av den privatisering av informationsresurserna som upphovsrätten medför. Inom EG har dock en förstärkning av upphovsrätten stötts utgående från tanken om att en stark upphovsrätt effektiviserar informationsmarknaderna, inklusive produktion och nyttjande av information, och stärker EG:s konkurrenskraft (i förhållande till speciellt USA). Spänningarna mellan upphovsrätten och andra värderingar än de krasst ekonomiska har tillsvidare haft en mer undanskymd roll. De förändringar som skedde i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 under de sista skedena i direktivets beredning visar dock att dessa spänningar i beredningens slutskede började framträda som allt viktigare. Artikel 6 innehöll ju ursprungligen ingen mekanism för att skydda "användarnas" eller "samhällets" intressen, utan artikel 6.4 började ta sin form först under våren 2000. Det här innebar att ändringsförslagen inte hann med till det ändrade förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället<sup>106</sup>, utan presenterades först i Rådets gemensamma ståndpunkt, publicerat den 1.12.2007.

Framställningar om den internationella upphovsrättsliga politiken tenderar att framföra endast de konklusioner som gäller en förstärkning av upphovsrätten utan att placera sådana utlåtanden i sitt sammanhang. I verkligheten sätts upphovsrätten i relation till en fungerande konkurrens och främjande av

<sup>101</sup> EU:s informationssamhällsprogram *i2010*. Med informationsfattiga menas sådana som inte har tillgång till information och informationsnätverk.

<sup>102</sup> Grönbok om information från den offentliga sektorn i informationssamhället. KOM(1998)585 slutlig.

<sup>103</sup> Man talar ofta om möjligheterna och behoven av livslångt lärande (*lifelong learning*).

<sup>104</sup> Se bl.a. direktivet om elektronisk handel 2000/31/EG, direktivet om elektroniska signaturer 1999/93/EG och direktivet om samhällsomfattande tjänster 2002/22/EG.

<sup>105</sup> Artikel I punkt 2 a i UNESCO:s konstitution.

<sup>106</sup> KOM/99/250 slutlig.



kulturell diversitet och det civila samhället i de flesta politiska deklarationer över utvecklingen av informationssamhället<sup>107</sup>. Inom EG har devisen för informationssamhället under det senaste decenniet varit ”ett informationssamhälle för alla”.

Till exempel i G7-ländernas slutdeklaration över den konferens som gällde utvecklandet av ett informationssamhälle<sup>108</sup> poängteras nog behovet av en stärkt immaterialrätt, men detta sker som ett av flera medel för att nå andra målsättningar. I deklarationen definierar man åtta huvudsakliga principer som skall ligga till grund för utvecklingen av informationssamhället. Målsättningarna är att främja en dynamisk konkurrens och privata investeringar, utarbeta ett anpassningsbart regelverk, erbjuda fri tillgång till nätverk och samtidigt garantera att tjänster är allmänt tillgängliga, främja lika möjligheter för medborgarna och innehållets mångfald samt erkänna behovet av ett världsomspännande samarbete där mindre utvecklade länder ges särskild uppmärksamhet.

Behovet av en specifikt informationsrättslig synvinkel har också framträtt därför att de doktriner som vanligen fungerat som gränsområden för upphovsrätten inte längre kunnat erbjuda en rationalitet på basen av vilken man kunnat diskutera de nya upphovsrättsliga problemen. Jag avser här närmast det faktum att den konkurrensrättsliga doktrinen inte kan fungera som en avgränsning av upphovsrätten i alla lägen. *De facto* har många konkurrensrättsexperter varnat för att förlita sig på konkurrensrätten som en räddare i nöden, och i stället menat att det behövs andra verktyg och synvinklar för att betrakta de upphovsrättsliga problemen. Den viktigaste orsaken till detta är att det ur konkurrensrättslig synvinkel inte förekommer ett missbruk av en dominerande ställning om det finns flera konkurrerande produkter på marknaden<sup>109</sup>. Detta är vanligen fallet gällande upphovsrättsligt skyddade verk, varför konkurrensrätten endast undantagsvis blir tillämplig. Det verkar klart att konkurrensrättens förklaringskraft inte utsträcker sig till de upphovsrättsliga problem där konkurrensförhållandet saknar relevans. Detta gäller speciellt upphovsrättens förhållande till individens grundläggande rättigheter.

Behovet av att se informationsrätten som ett rättsområde mot vilket upphovsrättsliga problem kan avspeglas accentueras av rättssystematikens betydelse i rättslig tolkning. Enligt Aarnio bestämmer tolkningen av normer i förhållande till ett system hur det rättsliga problemet utformas, vilka rättsliga satser som är relevanta samt vilka slutsatserna kan vara. Systemet bestämmer alltså vilka svar som fås<sup>110</sup>.

Det informationsrättsliga betraktelsesättets fruktbarhet ligger bland annat i de ökade möjligheterna att identifiera olika *spänningar* inom det upphovsrättsliga institutet och i förhållande till omkringliggande rättsområden<sup>111</sup>. Ett informationsrättsligt betraktelsesätt ser också upp-

<sup>107</sup> Bangemann-rapporten, som vanligen anses vara en betydande politisk linjedragning för EG:s immaterialrättspolitik kritiserades av Europaparlamentet för att ha tagit ett alltför snävt kommersiellt perspektiv, Resolution om G7-konferensen om informationssamhället (1995), punkt 4. I resolutionen poängteras mjukare värderingar och man säger direkt att informationssamhällets effekter på demokrati, sysselsättning, utbildning, skyddande av privatliv och medborgerliga rättigheter samt kultur i högre grad bör beaktas.

<sup>108</sup> Conclusions of G7 summit “Information Society Conference” (1995).

<sup>109</sup> Eklöf, Upphovsrätt i konkurrens (2005), s. 19-20. En annan orsak är att upphovsrättsorganisationerna har viktiga funktioner på marknaden och att de till den del de utför en i lag reglerad uppgift undantas konkurrensrättsliga processer. Fejø, Kontrolorganer og musikrettighedsforvaltningen (1998), s. 11-21.

<sup>110</sup> Aarnio, The rational as reasonable (1987), s. 136 ff. Med system menar han generaliseringar, teorilikheter, normativa och axiologiska synpunkter (ideologi) samt tidigare lagstiftning och dess systematik. I skenet av Aarnios antaganden om systematikens beståndsdelar, är det inte något problem att informationsrätten inte utgör en del av den traditionella statiska rättssystematiken.

<sup>111</sup> Se Pöysti, Tehokkuus, informaatio (1999), särskilt s. 384 och 388. Pöysti ser informationsrättens grundläggande spänningar som binäroppositionsförhållanden mellan informationens frihet, privatautonomi och privatintegritet med avseende på ensamrätter som kan överlätas och sådana som inte kan överlätas samt det offentliga intresset av att begränsa informationens frihet eller privatautonomi.

hovsrätten i högre grad som en ordning som påverkar olika typer av informationsprocesser i samhället.

Synen på informationsrätten varierar beroende på var man står i en saklig och historisk kontext. Informationsrätten betraktas utifrån den specifika frågeställningen i denna avhandling. Utgångspunkten för betraktelsen av informationsrätten är därför i denna avhandling upphovsrätten. Informationsrättsliga teorier och kontext som har mindre betydelse för denna avhandling har därför getts mindre vikt. För tydlighetens skull bör ännu tilläggas att man inom ramen för denna framställning inte ser informationsrätten som ett *alternativ* till upphovsrätten som borde, eller ens kunde, ersätta upphovsrätten<sup>112</sup>.

#### 2.4.2. Upphovsrätt och grundläggande rättigheter till information

Vissa grundläggande rättigheter är till sin natur sådana att man helt instinktivt hänför dem till ”informationsrättigheter”. Till dessa hör yttrande- och kommunikationsfrihet, dataskyddet och rätten till information om myndigheters verksamhet (offentlighetsprincipen). Upphovsrätten i sig räknas inte upp bland de skyddade grundrättigheterna i vare sig Förenta Nationernas allmänna deklaration om mänskliga rättigheter, Europeiska människorättskonventionen eller i Finlands grundlag. Det här innebär dock inte att upphovsrätten skulle stå utanför grundlagsrättsligt skydd<sup>113</sup>.

Ur grundrättslig synvinkel kan man härleda upphovsrättens ekonomiska rättigheter från rätten till egendom och näringsfriheten. Upphovsrätten har också en anknytning till personlighetsrätt och skyddet av personlig integritet<sup>114</sup>. Det här gäller särskilt upphovsrättens ideella rättigheter och grundprincipen om att upphovsmannen har ensamrätt att bestämma huruvida, när och var hans verk skall offentliggöras genom publicering eller på annat sätt. Upphovsrätten baserar sig även på yttrande- och kommunikationsfrihet<sup>115</sup>, eftersom upphovsrätten utgör en mekanism för fri informationsspridning. Upphovsrätten kan också knytas till allmänna sociala, kulturella och politiska rättigheter. I den finska grundlagen (16.3 §) stadgas explicit att vetenskapens, konstens och den högsta bildningens frihet skall vara tryggad.

Eftersom upphovsrätten, eller närmare sagt olika aspekter av upphovsrätten, kan hänföras till en så stor mängd olika grundrättigheter kan det ibland vara intrikat att utreda och balansera upphovsrättens förhållande till delvis samma principiella grundrättigheter, som i dessa fall tillhör någon annan. Vissa verkar anse att denna balansering görs i tillräcklig grad inom ramen för det upphovsrättsliga systemet i form av upphovsrättens inskränkningar och att en extern evaluering av upphovsrättens förhållande till yttrandefrihet är överflödig. *Karnell* har till och med uttryckt sitt ogillande över att yttrandefriheten i några rättsfall har ”gjort intrång” på det upphovsrättsliga skyddet i större grad än vad en strikt eller traditionell upphovsrättslig

<sup>112</sup> Jfr Hugenholtz, Code as Code (1999), s. 318, som ser informationsrätten som ett alternativ till upphovsrätten.

<sup>113</sup> Om det grundrättsliga skyddet av upphovsrätt inom ramen för de internationella konventionerna om mänskliga rättigheter, se Torremans, Copyright As A Human Right (2004) och Rosén, Upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet (2006). Trots att upphovsrättens grundrättsliga dimensioner förbigåtts i fransk rättsdoktrin, anser Geiger att man även där kan härleda upphovsrätten från grundrättigheter såsom skyddet av egendom, personlighet, yttrandefrihet, näringsfrihet och det offentliga rätt till information. Geiger, Droit d'auteur et droit du public (2004), s. 115-138.

<sup>114</sup> Knoph, Åndsretten (1936), s. 580-595.

<sup>115</sup> I Finlands grundlag 11.6.1999/731, 12.1 § stadgas på följande sätt: ”Till yttrandefriheten hör rätten att framföra, sprida och ta emot information, åsikter och andra meddelanden utan att någon i förväg hindrar detta.” Om det nära sambandet mellan yttrandefrihet och upphovsrätt i Sverige, se Rosén, Upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet (2006), s. 495-508.



bedömning skulle ha möjliggjort<sup>116</sup>.

Upphovsrättens förhållande till andra grundläggande rättigheter kan i stort beskrivas på så sätt att upphovsrätten utgör ett rättsinstitut som är i jämbördigt förhållande med andra grundläggande rättigheter. Liksom dessa andra rättigheter ibland får ge vika för upphovsrätten får upphovsrätten ibland ge vika för dem. Upphovsrättens inskränkningar, som allmänt erkänts utgöra ett uttryck för denna balansgång mellan upphovsrätten och andra skyddade grundrättigheter, utgör specifika avgränsningar till förmån för andra skyddade intressen vid de tillfällen då upphovsrätten *prima facie* utgör ett hinder för att utöva en sådan rättighet eller frihet. Man kan på ett allmänt plan säga att spänningen mellan upphovsrätt och andra skyddade intressen (vare sig de är explicit kodifierade eller liksom upphovsrätten baserar sig på flera grundläggande rättigheter) ökar i takt med en allmän expansion av upphovsrätten. Ju snävare utformad själva upphovsrätten är, desto mindre risk för konflikter med andra grundläggande rättigheter och ju mindre behov av explicita inskränkningar av upphovsrätten. Ju vidare utformad upphovsrätten blir, desto större risk för konflikter och desto större behov av inskränkningar av upphovsrätten.

En balansering av upphovsrätten bör alltså ske såväl inom ramen för upphovsrätten som på en mer allmän nivå. Det torde dock stå klart att det i praktiken är svårt att i ett rättsfall endast på basen av till exempel yttrandefrihet hävda att upphovsrätten inte borde vara tillämplig och särskilt då ifall det på allmän nivå är fråga om en användningssituation som förutses inom det upphovsrättsliga institutet<sup>117</sup>.

Därmed alltså inte sagt att det skulle vara *uteslutet* att direkt tillämpa en evaluering av upphovsrätt gentemot yttrandefrihet<sup>118</sup>. Detta befästs även av Hugenholtz, som på basen av en analys av gemenskapsrätten konkluderar att man inom gemenskapsrätten dock verkar ge större vikt åt politisk yttrandefrihet (pressens frihet mm.) och konstnärlig frihet än andra former av yttrandefrihet. En annan faktor som beaktas är hur mycket en grundrättighet inskränks. Dessutom beaktas lagstiftningens syfte<sup>119</sup> och till vilken del liknande restriktioner finns i andra europeiska länder<sup>120</sup>.

Det finns en viss tendens bland upphovsrättstraditionalister att lägga upphovsrätten framför alla andra rättigheter eller att åtminstone anse att andra grundläggande rättigheter i till-

---

<sup>116</sup> Karnell, Copyright protection under human rights control (2004), s. 519. Jfr Pöysti, ICT and Legal Principles (2004), s. 580, som konstaterar att isolerade sub-system (såsom upphovsrätten) som överbetonar vissa särskilda rättigheter eller utilitaristiska värden inte är optimala ur en vidare synvinkel och särskilt med tanke på en effektiv och koherent tillämpning av grundläggande rättigheter och friheter. Det uphovsmannacentrerade paradigmet är absolutistiskt med tanke på det uphovsrättsliga skyddet och kräver prioritet över andra intressen och ett effektivt och primärt skydd. Enligt Pöysti har ett sådant krav varken stöd i grundrättstänkandet eller i moralteori (informationsetik).

<sup>117</sup> Så även Rosén, Upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet (2006), som också sluter sig till att domstolarna tenderar att fälla avgörandet utgående från den balans som framkommer i den uphovsrättsliga lagstiftningen och endast undantagsvis direkt baserar sig på yttrandefrihetsresonemang.

<sup>118</sup> Hugenholtz har påpekat att diskussionen om förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet och den horisontella tillämpligheten av grundrättigheter uppkommit förhållandevis sent i Europa jämfört med USA, där det har mycket längre traditioner. Hugenholtz, Copyright and Freedom of Expression (2001), s. 344-345.

<sup>119</sup> Här kommer man igen in på problematiken med uphovsrättens justifikatoriska grunder, särskilt i det moderna samhället. Se även Leppämäki, Tekijänoikeuden oikeuttaminen (2006).

<sup>120</sup> Hugenholtz, Copyright and Freedom of Expression (2001), s. 362. Man kan konstatera att Europeiska människorättsdomstolen normalt utgår ifrån en skyddsnivå som "är allmänt accepterad" på Europeisk nivå. Därmed är det möjligt att standarden ändras över tid. Man bör också tillägga att Europeiska människorättsdomstolen brukar utgå ifrån att länderna har ett visst utrymme för skönmässig bedömning (margin of appreciation). Europeiska människorättsdomstolens tolkningspraxis har betydelse i detta sammanhang eftersom EU inte (ännu) har en egen grundlag med människorättsordning utan tillämpar den europeiska människorättskonventionen. Det är oklart till vilken del EG-domstolen verkligen skulle tillämpa en fri horisontell bedömning eller hålla sig till den balans som uttryckts i uphovsrättsdirektivet.

räcklig mån har beaktats inom ramen för lagstiftningen. En alltför snäv syn på de verkliga effekterna av upphovsrättsliga stadganden snedvrider också bedömningen. Till exempel förefaller det märkligt att man i RP 28/2004 anser att lagstadgandet i § 11.5 om att endast lagligen tillgängliggjort innehåll får mångfaldigas på basen av en upphovsrättslig inskränkning är oproblematiske ur grundrättighetssynvinkel<sup>121</sup>. Här beaktar man alltså inte att svårigheterna att utreda huruvida ett verk som tillgängliggjorts till exempel på Internet är lagligen publicerat eller inte märkbart kan försvåra exempelvis undervisningsverksamhet, eftersom det ökar risken för att man gör sig skyldig till upphovsrättsintrång<sup>122</sup>. *Frågan om den försiktighetsplikten, lojalitetsplikten eller övervakningsplikten upphovsrättslagen påför olika intressenter är alltså inte egal med tanke på balanseringen av olika rättigheter och med tanke på möjligheterna att komma till åtnjutande av sina (grundlagskyddade) friheter och rättigheter.*

Det finns några primära problem med en informationsrättslig ordning som baserar sig på en tanke om att man kan identifiera vissa grundläggande rättigheter till information. För det första är förhållandet mellan olika grundläggande rättigheter inte konstant och okomplicerat. Dessutom är det svårt att evaluera förhållandet mellan en institutionell rättighet som upphovsrätten som har sin grund i ett flertal skyddade grundrättigheter och dessa grundrättigheter på det principiella planet och särskilt med tanke på att upphovsrätten åtminstone delvis har internaliserat spänningen mellan dessa<sup>123</sup>. Därutöver bör man minnas att alla skyddade rättssfärer inte är institutionella rättigheter såsom upphovsrätt, äganderätt, yttrandefrihet mm<sup>124</sup>. De har därför inte heller den legala status som en institutionell rätt har och kan därför inte ”balanseras” (gentemot varandra) på samma sätt som institutionella rättigheter. Man kan säga att icke-institutionaliserade rättigheter utgör skuggor i vår rättsordning, skuggor som endast ses ur vissa synvinklar och i vissa ljusförhållanden<sup>125</sup>. Ibland institutionaliseras sådana intressen över tid. Den allmänna handlingsfriheten kan ur upphovsrättslig synvinkel sägas utgöra en sådan skugga. Den är någonting som presumeras och som inte utgör en del av den uttalade upphovsrättsliga ordningen<sup>126</sup>. Om man så vill kan man säga att den allmänna handlingsfriheten utgör huvudregeln från vilken upphovsrätten utgör ett undantag.

Även om tanken på att upphovsrätten bör ses i relation till andra grundläggande rättigheter accepteras kan det fortfarande vara svårt att avgöra vilken den rätta balansen är mellan olika

<sup>121</sup> RP 28/2004, s. 150.

<sup>122</sup> I Sverige har kravet på ”laglig förlaga” i SvURL 12 § begränsats till kopiering för privat bruk, medan det i Finland i princip gäller all exemplarframställning inom ramen för en upphovsrättslig inskränkning. Ursprungligen var det finska stadgandet formulerat på så sätt att det förutom exemplarframställning även gällde tillgängliggörande för allmänheten, se den tidigare propositionen om ändring av upphovsrättslagen RP 177/2002.

<sup>123</sup> Enligt Birnhack internaliserar den amerikanska rättstraditionen yttrandefrihetsaspekterna i en högre grad än vad den europeiska rättstraditionen gör. Detta förklaras av Birnhack med att amerikansk upphovsrätt utgår ifrån att upphovsrätt och yttrandefrihet delar samma målsättning och att det endast finns en skillnad i arbetsfördelning mellan dessa instrument; Där som yttrandefriheten avser att röja undan hinder för informationens fria rörlighet ger upphovsrätten ett positivt incitativ att uppmuntra informationens fria rörlighet. Birnhack indelar förhållandet mellan upphovsrätt i ett externt betraktelsesätt och en internalisering av yttrandefriheten inom upphovsrätten. Internaliseringen kan enligt Birnhack ske antingen genom en mekanisk internalisering eller genom en materiell internalisering. Den förra nyttjas enligt Birnhack i europeiska länder medan den senare infallsvinkeln är typisk för USA. Den materiella internaliseringen av yttrandefriheten förutsätter att upphovsrätten anses ha samma målsättning som yttrandefriheten. Birnhack, *Copyrighting Speech* 2004, s. 37-62.

<sup>124</sup> Wellman, *A Theory of Rights* (1985). Om alternativa rekonstruktioner av rättigheter och hur centralt rättighetsbegreppet är för rättssamfundet, se även Waldron, *The Role of Rights* (2000).

<sup>125</sup> Med Wellmans terminologi innebär de inget *dominium* i form av en skyddad *kontrollmakt*. Wellman, *A Theory of Rights* (1985).

<sup>126</sup> Det är en smaksak om man ser på sådana implicita rättigheter som stående utanför den rättsliga regleringen eftersom det är fråga om verksamhet som inte utgör föremål för direkt styrning genom lagstiftning eller om man anser att det är en frihet som erbjuds inom ramen för rättsordningen. För dessa olika uppfattningar, jfr Paasto, *Onko vapaus menettänyt merkityksensä* (2001) och Pöyhönen, *Uusi varallisuusoikeus* (2000).

grundläggande intressen. Naturligtvis är detta en sak som avgörs med beaktande av omständigheterna i varje enskilt fall. Grundrättigheterna ter sig dock i sig som alltför allmänt hållna för att man endast på basen av dem skall kunna avgöra vad som är en riktig balans, särskilt ur lagstiftarens perspektiv. Detta utgör också en orsak till att närmare utarbeta en teori om upphovsrättens balans, en fråga som jag återkommer till nedan i kapitel II.2.

Informationsrättens rättighetssystem behöver inte heller ses endast som en samling institutionella rättigheter. Särskilt Pöysti verkar förhålla sig till informationsrättigheterna på en mer abstrakt nivå<sup>127</sup>. En metarättighet såsom rätt till tillgång till information kan i lagstiftningen ta sig uttryck i en skyddad rättighet att ta del av myndighetsinformation (offentlighetsprincipen) eller en rättighet att ta del av information på basen av ett stadgande om samhällsomfattande tjänst (*universal service*) eller beaktande av information som är att jämföra med en väsentlig anläggning (*essential facility*) eller annan liknande doktrin som skulle ge tillgång till innehåll<sup>128</sup>. På samma sätt kan en metarättighet till informationssäkerhet ta sig uttryck på ett flertal olika sätt i lagstiftningen<sup>129</sup>.

Denna alternativa uppfattning om informationsrättigheter beaktar inte endast rättigheter skyddade som en del av grundlagen men även sådana ”ofullständiga” (eller icke-institutionella) rättigheter, som ovan beskrivits.

Vårt samtida grundlagsbaserade grundrättighetstänkande förutsätter att det uppkommer konfliktsituationer där en part kan göra gällande sina rättigheter. Det informationsrättsliga mer abstrakta rättighetstänkandet förmår även beakta *governance*-problematiken och särskilt det faktum att infrastrukturer och informationsteknologiska lösningar i sig kan påverka hur människor kan göra gällande sina rättigheter<sup>130</sup>. Detta är en angelägenhet som lagstiftaren alltså bör förutse och åtgärda och som inte kan lämnas till ett domstolsförfarande.

Genom rekonstruktionen av ett informationsrättsligt system kan man sträva efter en större koherens i den policy som tillämpas på vårt gemensamma informationsområde och formulera principer för lagstiftning och tolkning som främjar en etiskt hållbar och stabil utveckling av informationssamhället.

## 2.5. Relationen mellan informationspolitik och informationsrätt

Då man systematiskt betraktar den föränderliga informationsmiljön, det vill säga informations-marknaderna, informations- och kommunikationstekniken, samt dessas betydelse i samhället, står det klart att informationspolitiken innehar en allt centralare roll i samhället och att den informationsrättsliga regleringen därmed kommit i fokus.

Traditionellt har den rättsliga regleringen inte betraktats utifrån en omfattande informationspolitisk synvinkel utan ur en snävare branschcentrerad synvinkel. Utgångspunkten har varit någon viss bransch eller verksamhetsområde, såsom telefonverksamhet, radio- och tele-

<sup>127</sup> Pöysti, Tehokkuus, informaatio (1999) samt Pöysti, ICT and Legal Principles (2004).

<sup>128</sup> Jfr här Hugenholtz provokativa förslag om att man bör införa positiva åtkomsträttigheter till innehåll som en allmän tjänst (*universal service*) på grund av att upphovsmannens rätt utökas att innefatta även en rättighet att exkludera åtkomst genom att påföra tekniska skyddsåtgärder. Hugenholtz, Code as Code (1999), s. 317 f.

<sup>129</sup> Pöysti, ICT and Legal Principles (2004), s 590-598.

<sup>130</sup> Detta är en fråga som i samband med förvaltningsrättsliga ärenden behandlats djupgående av Magnusson-Sjöberg, Rättsautomation (1992). Se även Pöysti, ICT and Legal Principles (2004)

visionsverksamhet, förlagsverksamhet, musikindustri, tidningsverksamhet osv. Trots att upphovsrätten i och för sig gäller olika branscher, har branschindelningen ändå kunnat skönjas inom upphovsrätten, och förklarar vissa skillnader i behandlingen av olika typer av verk.

Typiskt för den branschcentrerade regleringen har vanligen varit att regleringen kretsats kring någon viss teknik och någon viss ekonomisk verksamhetsmodell. De tekniska och ekonomiska verksamhetsförutsättningarna har dock ändrats så att en konvergens mellan olika tekniker och verksamhetsområden skett. Detta har också gett upphov till en förändring i hur man ser på regleringen. Den systematiska grunden för regleringen har förändrats i takt med att branscher och teknik förändrats och utvecklats, och det har blivit dags att betrakta även regleringen med nya ögon. Man har varit tvungen att hitta nya systematiseringsgrunder som bättre beskriver den omgivning som regleringen är ägnad att fungera i. Man kunde kanske beskriva detta som en slags rättslig konvergens. Denna rättsliga konvergens har på detta område kommit till uttryck i det som kallas IT- eller informationsrätt.

Informationsrättens uppgift är att fördomsfritt betrakta förändringarna i informations- och kommunikationsomgivningen i förhållande till regleringen av den verksamhet som hänför sig till denna omgivning. Idén är att avslöja problem och lagbundenheter eller beröringspunkter (mellan olika rättsområden) som inom ramen för den traditionella rättssystematiken förblir dolda. Man kan därför tala om ett slags omsystematisering, vars avsikt är att producera information om normverket som är bättre tillämpliga på de nya problem som uppstår i.o.m. förändringarna i verksamhetsmiljön (dvs. både tekniken och själva verksamheten).

Vilken är då relationen mellan informationsrätt och informationspolitik (information policy)? Med termen ”politik” avses vanligen i svenskan samhällspolitik medan ”policy” ofta anknyter till (ett företags eller en organisations) praxis. ”Politik” som en del av informationspolitik motsvarar ingendera, utan avser närmast ideologi eller ratio. Med informationspolitik kan man därför avse antingen den informationsrättsliga lagstiftningens ratio, bakomliggande ideologi, eller den ideologi man anser att lagstiftningen *borde* omfatta.

Informationspolitisk argumentation betonar alltså lagstiftarens eller regleringens synvinkel, medan informationsrättslig argumentation i större grad poängterar lagtillämparens eller den rättsliga tolkningens synvinkel. Trots att en informationspolitisk argumentation i större grad kan och bör beakta relevanta faktorer och teorier som står utanför det rättsvetenskapliga och rättsdogmatiska, innebär detta inte att informationspolitiken behandlas som ett från rättsordningen lösryckt fenomen, utan baserar sig tvärtom på denna.

Skillnaden mellan dessa synvinklar är diffus. Såsom Hellner påvisat är det svårt att avgöra skillnaden mellan *de lege lata* och *de lege ferenda*-argument<sup>131</sup>. I likhet med Hellner<sup>132</sup> ser jag övergången från strikt *de lege lata*-argumentation till en rättspolitisk argumentation som en mjukt övergående skala, där på lagtexten baserad bokstavstolkning utgör den ena ytterligheten och

<sup>131</sup> Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten (1990), s. 174-179, 185-186 och 252-253, där han diskuterar målanalys (teleologisk tolkning), bundna och fria argument i förhållande till *de lege lata* och *de lege ferenda* juridisk analys.

<sup>132</sup> Enligt Hellner liknar *de lege lata* och *de lege ferenda*-argumenten varandra i det att bägge *till större eller mindre del* stödjer sig på det förflutna och riktar sig framåt. Hellner anser dock att premisserna är olika i det att resonemangen *de lege lata* ser rättssystemet som ett i princip statiskt system, medan resonemangen *de lege ferenda* ser det som ett dynamiskt system, Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten (1990), s. 252. Det är dock ganska oklart vad Hellner menar med statiskt och dynamiskt system. Hellners åsikt om att *de lege lata* argumentation berör rättsordningen som ett statiskt system är tillämplig bara på den traditionella rättsystematiken och inte i situationer då själva rättsområdet är att betrakta som dynamiskt.

en till lagstiftningen endast löst knuten rättspolitisk argumentation den andra ytterligheten<sup>133</sup>. Det här synsättet utgör också grunden till en viss försiktighet i mina ställningstaganden till hur långt det är möjligt att beakta principen om informationens fria rörlighet inom ramen för nuvarande rättsordning eller huruvida ändringar på lagstiftningsnivå är nödvändig. Naturligtvis finns inga hinder för en utveckling och ett förtydligande av lagstiftningen, tvärtom är detta önskvärt. Om argumenteringen för att principen redan existerar som en del av upphovsrättens allmänna läror antas av det rättsliga samfundet, kan man dock i princip uppnå samma effekt som genom en lagändring<sup>134</sup>.

Skillnaden mellan informationsrätt och informationspolicy (eller informationspolitik) är därför inte heller skarpskuren. Då jag talar om informationsrätt anknyter jag dock vanligen närmare till konkret lagstiftning än då jag talar om informationspolitik, som jag vanligen använder för att beskriva rationalitetsgrunder i förhållande till ett visst problem. Informationspolitiken möter informationsrätten på rättens djupare nivå, där regleringens filosofi och målsättningar, regleringens bakomliggande utgångspunkter, premisser och narrativer formuleras.

---

<sup>133</sup> Hellner uttalar inte direkt idén om att argumentationen kan ses på en skala på det sätt jag beskriver, utan detta utgör min tolkning av hans text.

<sup>134</sup> Detta följer också av växelverkan mellan de olika nivåerna i rättsordningen enligt Tuoris modell. Tuori, *Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt* (2003).







# II. Informationens fria rörlighet och upphovsrättens balans

*"Free flow of information is an ideal which visionaries have dreamed for five centuries"*<sup>135</sup>

- Achal Mehra

## 1. INFORMATIONENS FRIA RÖRLIGHET

### 1.1. Om begreppet fri rörlighet för information

Informationens fria rörlighet är en viktig informationsrättslig metanorm eller *metapricip*, som styr den rättsliga tolkningen och argumentationen samt lösningen av normkonflikter<sup>136</sup>. Det är alltså inte fråga om en princip som direkt tillämpas på ett fall utan om en princip som styr tolkningen och sammanjämkningen av normer som är tillämpliga i ett konkret fall. I förhållande till upphovsrätten uppkommer behovet av att finna en metapricip redan av det faktum att både upphovsrätten och dess begränsningar åtminstone delvis kan hänföras till samma grundrättigheter. Informationens fria rörlighet erbjuder i detta samband vägledning för att uppnå ett balanserat resultat.

Informationens fria rörlighet kan sägas ha sin närmaste grundrättsliga förankring i såväl yttrande- och kommunikationsfrihet, religions- och samvetsfrihet samt kulturella rättigheter som (kanske något överraskande) i upphovsrätten<sup>137</sup>, näringsfriheten och till och med persondataskyddet.

Trots sin grundrättsliga anknytning kan man dock säga att informationens fria rörlighet baserar sig på en instrumentell syn på information; Det är slutresultatet som räknas. Information är objekt som kan, men inte nödvändigtvis behöver utgöra en förutsättning för att erhålla kunskap. Den kan, men behöver inte nödvändigtvis ha ett kommersiellt värde eller utgöra en del av en beslutsfattningsprocess. Informationen har alltså olika funktioner i olika relationer och processer. Någon principiell skillnad görs inte heller mellan olika typer av innehåll: Ett upphovsrättsligt skyddat musikverk kan ha lika stor principiell betydelse för exempelvis yttrandefriheten eller upphovsrätten som en nyhetsartikel.

Principen om informationens fria rörlighet är också förankrad i strävanden efter *effektivitet*;

<sup>135</sup> Mehra, *Free Flow of Information* (1986), s. 147.

<sup>136</sup> Pöysti, *ICT and Legal Principles* (2004) samt Pöysti, *Tehokkuus, informaatio* (1999), s. 110-114.

<sup>137</sup> Det bör här noteras att upphovsrätten i Finland inte i sig erhåller skydd i grundlagen. Däremot kan ett dylikt skydd härledas från andra grundrättigheter, bl.a. egendomsskyddet och de kulturella rättigheterna, enligt vilken konsten, vetenskapens och den högsta utbildningens frihet skall vara tryggad. Finlands grundlag § 16.3. Det att upphovsrätten inte separat skyddas i grundlagen utan kan härledas från andra grundlagsskyddade rättigheter som samtidigt kan utgöra en begränsning av upphovsrätten innebär ur finländsk synvinkel att upphovsrätten mycket tydligare helt inledningsvis inte kan ses som en motpol till andra grundrättigheter.

Rättigheterna och deras förverkligande bör vara optimalt, även med beaktande av kostnaderna<sup>138</sup>. I förhållandet till information handlar det alltså om effektiva informationsflöden och ett effektivt nyttjande av informationsresurser.

Trots att principen kan sägas vara instrumentell och dessutom betonar effektivitetsaspekter är principen ingalunda värdeneutral. Tvärtom kan den sägas ha anknytningar både till grundrättigheterna, som utgör institutionaliserade värderingar, och allmänna grundläggande värderingar och strävanden i samhället<sup>139</sup>.

Vad gäller termen informationens fria rörlighet har jag valt den framom uttrycket *informationens frihet* primärt av den anledningen att informationens frihet i den juridiska debatten ofta har kopplats till offentlighetsprincipen. I amerikansk rätt har termen *freedom of information* ett etablerat samband med offentlighetsprincipen. Informationens frihet, eller informationens fria rörlighet, som jag här väljer att kalla den princip jag talar om, är inte helt samma sak som offentlighetsprincipen, utan ett vidare begrepp. Principen om fri rörlighet för information, i den betydelse begreppet används i denna avhandling, begränsar sig inte enbart till axeln offentlighet – sekretess och berör inte endast det allmännas intressen av fri tillgång till information för att förverkliga en fungerande demokrati. Informationsfrihet har ofta använts för att beskriva rätten att få tillgång till information som producerats av den offentliga sektorn. Då fri rörlighet för information här betraktas ur upphovsrättslig synvinkel, och det alltså gäller information som producerats inom den privata sektorn, kunde det finnas risk för missförstånd ifall man skulle tala om informationens frihet.

En ytterligare orsak att undvika termen informationsfrihet är att undvika att begreppet anknyts till vissa extrema informationsfrihetsrörelser som uppkommit speciellt i USA, och till vars grundläggande teser hör att information bör vara tillgänglig gratis<sup>140</sup>. Jag vill alltså här ta avstånd från de mest radikala informationsfrihetsideologierna och poängtera en mera neutral utgångspunkt<sup>141</sup>.

Inte heller innebär principen om informationens fria rörlighet ett ovillkorligt stöd för *open source*-ideologier eller att man skulle motsätta sig all slags ”privatisering” eller ”privat ägande av eller förfogande över” information. Däremot innebär konceptet att man måste ta dessa ideologier på allvar och studera fördelarna och nackdelarna med en dylik informationspolitik ur ett helhetsperspektiv. *Informationens fria rörlighet uttrycker en grundläggande värdering och uppfattning om att informationen bör flyta fritt, såvida det inte finns vägande skäl att lägga hinder för det.* Den presumtiva målsättningen med informationens fria rörlighet är en möjligast effektiv och jämlik informationsförsörjning i samhället<sup>142</sup>.

Begreppsligt jämföras i denna avhandling *information* både med *idéer* eller *innehåll* och med *uttryck*. Informationens betydelse kan beskrivas med hjälp av den så kallade kunskapspyramiden, enligt vilken tecken utgör data, som är förutsättning för information, som i sin

<sup>138</sup> Ordet kostnad används här i rättsekonomisk betydelse.

<sup>139</sup> Dessa diskuteras närmare nedan i kapitel II.1.2.

<sup>140</sup> Farchy, *Internet et le droit d'auteur* (2003). Farchy indelar Napster-kulturen i ”copyleft”-attityd och ”ingen upphovsrätt”-attityd. Kuronen har till och med framfört tanken på att informationsnyttigheter bör vara gratis och kommersiell försäljning förbjudas. Kuronen, *Tietovarannot ja jokamiehen oikeus* (2000).

<sup>141</sup> Det här innebär inte att priset för information skulle vara en helt irrelevant faktor vid bedömningen av hinder för informationens fria rörlighet.

<sup>142</sup> I Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property* (1996) analyseras djupgående informationens betydelse i samhället och den immaterialrättsliga regleringen. Drahos poängterar informationens grundläggande betydelse för såväl samhällsekonomi som demokrati och anser att det att informationen i princip borde vara tillgänglig för alla inte hindrar att den kan kontrolleras av någon över en viss tid, om detta skapar ett mervärde för samhället som sådant.

tur är en förutsättning för uppkomst av kunskap och visdom<sup>143</sup>. Denna kunskap och visdom är grundförutsättningar för såväl samhällsdemokrati, undervisning och forskning som beslutsfattande, produktion och innovation i informationssamhället<sup>144</sup>. Informationen används i olika processer. Det som alltså i en process utgör kunskap kan vara ”råvaran”, det vill säga data i en annan informationsprocess<sup>145</sup>.

*För att en idé skall kunna kommuniceras från en människa till en annan måste den få ett uttryck, och varje uttryck förmedlar någon idé*<sup>146</sup>. Hinder för fri rörlighet för uttryck påverkar samtidigt negativt den fria rörligheten för idéer. Samtidigt kan man säga att en ökad rörlighet för uttryck befämjar spridningen av idéer. Med tanke på frågan om informationens fria rörlighet i förhållande till spridning av upphovsrättsligt skyddade verk och alster finns det alltså all anledning att poängtera att spridning av idéer är beroende av möjligheterna att sprida uttryck<sup>147</sup>.

Det är ingen tillfällighet att informationens fria rörlighet här språkligt utformas i samma anda som de fyra grundläggande gemenskapsrättsliga friheterna, dvs. fri rörlighet för varor, tjänster, kapital och arbetskraft. Informationens fria rörlighet blir ett allt viktigare värde för att garantera såväl demokrati som fri konkurrens och ekonomisk tillväxt<sup>148</sup>. Inom gemenskapsrättslig doktrin har principen om fri rörlighet för information klart uttryckts som en regleringsprincip vid regleringen av bl.a. persondata. Det har i det sammanhanget ansetts att informationens fria flöde är en förutsättning för förverkligandet av de fyra friheterna<sup>149</sup>.

## 1.2. Värdegrunden för informationens fria rörlighet

Tanken om att informationens fria rörlighet utgör eller borde utgöra en ledande princip vid informationsrättslig reglering baserar sig på informationens betydelse för förverkligandet av många grundläggande värderingar i vårt samhälle. I bild 2 nedan illustreras informationens fria rörlighets betydelse som en förutsättning för såväl öppenhet och demokrati som kulturell diversitet, innovation, uppkomsten av kunskap och informationsresurser samt produktivitet.

Informationens fria rörlighet har implicit godtagits redan vid diskussionerna om de grundläggande mänskliga rättigheterna och den sk. ”new information order”, och kan därför sägas

<sup>143</sup> Lester & Koehler, *Fundamentals of Information Studies* (2003), s. 14-15. Kunskapspyramiden kan sägas bygga på antagandet att visdom inte kan uppnås utan kunskap. För att erhålla kunskap behövs tillgång till information, som består av data i en för människan begriplig form.

<sup>144</sup> Innovation inkluderar här även skapande verksamhet. Produktion omfattar även unika verk, inte endast massproduktion.

<sup>145</sup> Man kunde här tala om informationens hermeneutiska kontinuum. Bing verkar omfatta samma förståelse av informationens kretslopp. Bing, *Handel med information* (1997). I finskan används ordet ”*tieto*” för olika former av information. *Tieto* kan alltså betyda både data, information och kunskap. Finskan har alltså ett neutralt ord för att beskriva information i sina olika former, vilket det svenska språket saknar. Min användning av ordet information och innehåll avser närmast en neutral form som täcker alla skeden i ”kunskapspyramiden” eller informationens hermeneutiska kontinuum.

<sup>146</sup> Nordell har beskrivit samma fenomen i upphovsrättsens kommunikationsmodell. Nordell, *Rätten till det visuella* (1997), s. 195. Se även Bing, *Handel med information* (1997), s. 115, som anser att det är uppenbart att information inte kan omsättas utan att informationen på ett eller annat sätt representeras genom data, som består av tecken eller sammanställningar av tecken.

<sup>147</sup> Även MacKaay har använt termen information på motsvarande sätt, se MacKaay, *Economic View of Information Law* (1992).

<sup>148</sup> Denna utveckling sammanhänger med övergången från industrisamhälle till informationssamhälle. Om de grundläggande dragen i denna utveckling, se Castells, *The Rise of the Network Society* (1998). Om informationens betydelse i samhället, se även Hill, *The Impact of Information on Society* (1999, reprinted 2000).

<sup>149</sup> Se Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter samt särskilt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation). Genom att hänvisa till informationsflödets betydelse för den inre marknaden har man i och för sig bättre kunnat motivera en stark EG-reglering av hanteringen av personuppgifter.

tillhöra det efterkrigstida politiska arvet<sup>150</sup>. Informationens centrala betydelse för det moderna informationssamhället har ytterligare bekräftats i det internationella samfundet genom UNESCO:s kommunikations- och informationssektor, som grundades 1990. Dess uppgift är att “främja idéers fria rörlighet genom ord och bild”<sup>151</sup>.

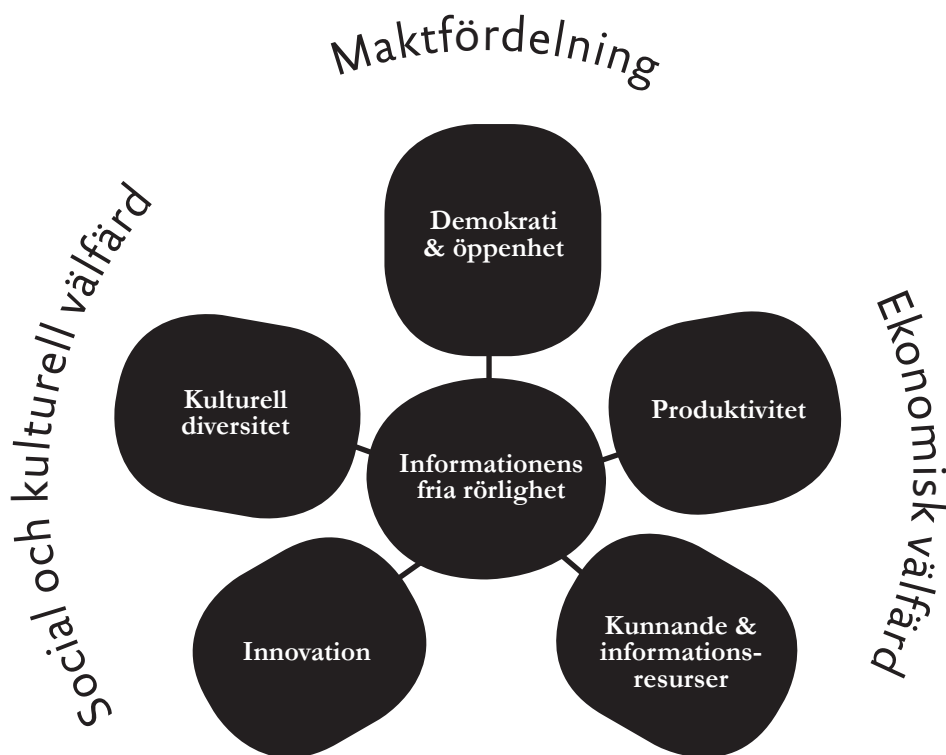


Bild 2. Värdegrunden för informationens fria rörlighet

Informationens grundläggande betydelse i samhället är mångfacetterad. Den kan sägas utgöra grunden för all mänsklig verksamhet i ett ordnat samhälle. Den är viktig för all slags *beslutsfattande* både vid individers och företags eller andra organisatoriska enheters beslutsfattningsprocesser. Informationsresurserna i sig har ansetts utgöra en allt viktigare del av företagens och nationernas konkurrenskraft<sup>152</sup>. Den har alltså ett *ekonomiskt värde*. Förutom det direkta värdet informationen får som föremål för immaterialrättigheter, har den ett negativt värde, dvs. bristen på information innebär en kostnad bland annat vad gäller tillgång till information för beslutsfattande och

<sup>150</sup> Mehra, Free Flow of Information (1986). Informationens fria rörlighet har i de tidigaste utvecklingsskedena dock närmast anknytits till massmediernas frihet och riktat sig mot statlig censur. Begreppet har dock utvidgats med tiden.

<sup>151</sup> Artikel I, punkt 2 a i UNESCO:s konstitution.

<sup>152</sup> Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vidareutnyttjande och kommersialisering av handlingar från den offentliga sektorn (KOM/2002/207 slutlig). På företagsnivå utgörs de immateriella tillgångarna av personalens och organisationens kunskap samt immaterialrättigheterna.

samarbete mellan organisationer.

Information kan även utgöra ett *maktinstrument*. Man brukar ju säga att kunskap ger makt. Rättigheten att kontrollera informationsflödet innebär därför *de facto* ett element som i ett demokratiskt samhälle måste beaktas inom ramen för en tillbörlig maktfördelning. Denna princip har i Norden slagit igenom gällande balansen mellan stat och individ, kanske tydligast i offentlighetsprincipen, som baserar sig på att kommunikation och tillgång till information är en central del av förvaltningens öppenhet och utgör en garanti för *insyn* i myndigheternas verksamhet. (På samma sätt utgör tillgång till information en förutsättning för möjligheten till insyn i företag, vilket är av stor betydelse för aktiemarknaderna.) Marknaderna innebär ur denna synvinkel sett ett nytt maktcentrum, vars makt bör balanseras i enlighet med det liberala demokratiska samhällets ideal. Med tanke på den ökande privatiseringen och kommodifieringen av information samt informationens betydelse för en fungerande samhällsdemokrati, skulle det te sig naturligt att informationsmarknadernas maktbalans utgör ett allt centralare objekt för samhällelig reglering<sup>153</sup>.

Information utgör också det centrala elementet i all slags kommunikation och därmed *mänsklig interaktion*. Den utgör en central del av det mänskliga, bl. a. vår förmåga (och vår rättighet) till inläring, tänkande och kommunikation, som i allt högre grad sker med hjälp av modern informations- och kommunikationsteknologi.

Informationen har alltså betydelse för individer, företag och nationer. Den utgör ett centralt element för ekonomisk verksamhet, personlig autonomi och självbestämmanderätt, samhällsdemokrati och kultur, myndigheters verksamhet och samarbete, skolningsväsende och forskning<sup>154</sup>.

På grund av sin grundläggande karaktär kan man alltså anse att informationen bör flyta fritt. I de flesta fall innebär hinder för informationens fria rörlighet kostnader eller negativa välfärdseffekter. I vissa fall har det dock ansetts vara nödvändigt att försöka hindra eller begränsa informationens fria rörlighet. Detta gäller framförallt sådan information som anses vara skadlig, såsom (barn)pornografi, instruktioner för tillverkning av bomber o. dyl, vars spridning är direkt lagstridigt. En viktig kategori är även sådant som anses vara av särskild vikt för personens, företagets eller statens autonomi<sup>155</sup>.

När det gäller dessa kategorier har man försökt tillmötesgå behovet av tillgång till information genom att införa bestämmelser om speciella förutsättningar för behandling av dylik information. Normativa hinder för informationens fria rörlighet behöver alltså inte vara absoluta (förbud), utan kan till sin natur variera betydligt i art och styrka. Dessutom behöver normerna inte direkt beröra rättigheter eller skyldigheter visavi information, utan kan också gälla informationsinfrastrukturer och media.

Restriktioner för informationens fria rörlighet som baserar sig på immaterialrättigheter är till största delen baserade på ekonomisk rationalitet och behovet av incitament för innehållsproduktion. Innehållsproduktionen anses vara betydelsefull för samhällets (kulturella och ekonomiska) välfärd.

<sup>153</sup> Kuronen har betonat att information är en nödvändig nyttighet för all samhällsdebatt i medborgarsamhället och att information därmed bör vara fritt tillgängligt och användbart. Kuronen, Kansalaiskeskustelun edellytykset ja mahdollisuus (2000).

<sup>154</sup> Om informationens och kommunikationsinfrastrukturernas centrala betydelse i nätverkssamhällets rättsordning, se även Pöysti, Verkko yhteiskunnan viestintäinfrastruktuurin metatoukudet (2002).

<sup>155</sup> Jfr. Saarenpää, Tieto, suoja ja byrokraatia (1995), s. 585 och Still, Informationens fria rörlighet (2000), s. 75 där man konstaterar att informationens fria rörlighet har begränsats bl.a. med hänvisning till statens säkerhet, allmänhetens säkerhet, myndigheternas verksamhet, individens integritet, marknadernas funktion och kulturhänsyn.

Det finns också ett samband mellan upphovsrätt och skyddet av självbestämmanderätt. Upphovsrättens ideella rättigheter anger vissa tilläggsförutsättningar vid nyttjande av verk och dessa normer påminner mycket om de normer som stadgats till skydd för persondata.

Gemensamt för de i rättsliga institutioner inbyggda restriktionerna av informationens fria rörlighet är att det krävs en motivering för dylika restriktioner och en avvägning mot informationens fria rörlighet. Därför är t.ex. myndigheternas möjligheter att hemlighålla information noga avgränsad. Det är diskutabelt huruvida immaterialrätten i sin nuvarande form verkligen utför en dylik avvägning, men det torde vara odiskutabelt att det åtminstone i princip borde vara så att den immaterialrättsliga regimen befämjar innehållsproduktion, nyskapande och övriga faktorer som ökar samhällets informationsresurser och välfärd.

### 1.3. Hinder för fri rörlighet för information

Det finns både *reella* och *normativa hinder* för informationens fria rörlighet. Till de reella hindren hör *direkta eller indirekta kostnader* för att få eller använda information. Kostnader för informationsprodukter, vare sig det är fråga om upphovsrättslicenser eller priset på konsumtionsvaror, kan utgöra ett hinder för informations fria rörlighet. Indirekta kostnader för tillgång till information kan till exempel bestå av svårigheter att hitta relevant information bland stora informationsmängder<sup>156</sup>.

Till de reella hindren hör även *fysiska och logiska hinder* för informations spridning. Fysiska hinder kan bestå i begränsad tillgång till medier, logistiska problem och långa distanser. Logiska hinder kan vara att informationen presenteras i en form som inte är förståbar för mottagaren, t.ex. i ett icke-kompatibelt format eller på ett språk man inte förstår.

Det kan samtidigt finnas hinder i form av direkta eller indirekta kostnader och fysiska eller logiska hinder. Ett exempel på detta är inkompatibla standarder för informationsöverföring. Tekniska åtgärder som är avsedda att hindra tillgång till eller kopiering eller överföring av innehåll utgör avsiktliga hinder för tillgång till information. I vissa fall har inkompatibla standarder dock lett till oförutsedda och icke-önskvärda hinder för tillgång till information, då kopieringsskyddade CD-skivor inte kunnat spelas i alla typer av CD-spelare.

De *normativa* hindren för fri rörlighet för information kan även de vara direkta eller indirekta. Till de *direkta normativa hindren* hör regler om sekretess och censur. Till de *indirekta normativa hindren* kan räknas sådant som rättslig osäkerhet<sup>157</sup>. Upphovsrätten kan sägas innehålla både direkta och indirekta normativa hinder för informationens fria rörlighet. Upphovsrätten kan anses utgöra en grundförutsättning för en fungerande privat informationsmarknad, eftersom den erbjuder en mekanism för handel med information och minimerar den snedvridning av konkurrensen som det så kallade fripassagerarproblemet medför<sup>158</sup>.

<sup>156</sup> Elkin-Koren & Salzberger, Law, Economics and Cyberspace (2004), s. 70 f.

<sup>157</sup> Den rättsliga osäkerhetens negativa effekt på yttrandefriheten har poängterats i Johnston, Copyright and Freedom of the Media (1996), som framhåller att upphovsrättens inskränkningar är alltför diffust utformade för att massmedia skall våga falla tillbaka på dem.

<sup>158</sup> Med fripassagerarproblemet (en. *free riding*) avses den snedvridning av konkurrensen som beror på att det är dyrt att skapa innehåll men billigt att reproducera det. Med fripassagerarproblemet avses alltså den situation där en konkurrent reproducerar innehåll som någon annan skapat utan att erlagga ersättning för det. Utan institutioner som upphovsrätt skulle det vara omöjligt för dem som skapat innehåll att kräva ersättning för dylik användning. Se Varian & Shapiro, Information rules (1999) för en mer omfattande analys av olika typer av informationskostnader som sammanhänger med den moderna informationsekonomin och implikationerna för affärsstrategierna.



Upphovsrätten är alltså en rättslig institution som i grunden är avsedd att öka innehållsproduktion genom att erbjuda grundförutsättningar för en fungerande privat marknad för innehållsproduktion. Samtidigt innebär upphovsrättsinnehavarens ensamrätt ett direkt normativt hinder för fri rörlighet för information; upphovsrättsinnehavaren kan ju i många fall förbjuda användning av innehåll. Såsom framgår av denna avhandling, innehåller den nyligen genomförda upphovsrättsreformen många drag som i allt högre grad kan utgöra hinder för informations fria rörlighet. Det huvudsakliga hotet mot en fri rörlighet för information, som samtidigt innebär både normativa och faktiska hinder, utgörs av möjligheterna till överlappande skydd genom upphovsrätt, avtal och tekniska åtgärder.

Man bör också beakta att kontrollen över information även ökar genom annan rättslig reglering, speciellt annan immaterialrättslig reglering. *Chalton* har konstaterat att fastän immaterialrätten inte skapar en äganderätt till information *per se*, så har immaterialrätten utvecklats på ett sätt som erbjuder rättsinnehavaren en allt större befogenhet att kontrollera innehåll. Han konstaterar också att problemet i mångt och mycket är de överlappande möjligheterna att kontrollera information genom olika rättsliga instrument såsom patenträtt, upphovsrätt, och skydd av affärshemligheter<sup>159</sup>. Denna överlappande och successivt ökande kontroll ökar genom möjligheterna att på avtalsrättslig väg eller genom direkt kontroll (tekniska åtgärder) skydda informationen.

Poängen är att vi måste bedöma VILKEN inverkan normerna har på informationens fria rörlighet liksom också NÄR det är önskvärt eller ändamålsenligt att upprätthålla hinder för informationens fria rörlighet. Med beaktande av betydelsen av tillgång till information i samhället torde man kunna sluta sig till att *informationens fria rörlighet ur regleringsynvinkel bör ha företräde ifall det inte finns särskilda orsaker att upprätthålla hinder för det*<sup>160</sup>.

## 1.4. Spår av principen om fri rörlighet för information inom upphovsrätten

Man har inom ramen för upphovsrätten ofta poängterat att endast uttryck och inte idéer kan erhålla upphovsrättsligt skydd och man kanske därav har försökt sluta sig till att man kan skilja mellan idé och uttryck. Trots detta baserar sig det upphovsrättsliga tänkandet i många delar på det oskiljbara förhållandet mellan idé och uttryck<sup>161</sup>. Idé och uttryck är i grunden oskiljbara. Denna

<sup>159</sup> Chalton, *Protection of Information* (2001), s. 12-17, som berör problemet med överlappande immaterialrättigheter till datorprogram och databaser och den då aktuella diskussionen om eventuellt EG-direktiv om patentering av datorprogram.

<sup>160</sup> Se även Rahnasto, *How to Leverage* (2001), s. 85, där han på basen av rättsekonomiska teorier konkluderar att reglering och säkerställande av upphovsrätten bör utgå ifrån en *de minimis*-regel. Samma slutsledning görs av Johnston ur ett yttrandefrihetsperspektiv, Johnston, *Copyright and Freedom of the Media* (1996).

Det är klart att det inte enbart är normerna i sig, dvs. regler om personers rättigheter och skyldigheter, som är problematiska. Såsom Coombe har åskådliggjort, innebär indelningen av information i enkla dikotomier såsom privat-offentlig eller gemensam-allmän nyttighet att man inte beaktar hur information genereras och används i världen, dvs. i sociala sammanhang där information har både mening, värde och betydelse, där det samtidigt är fråga om påverkan och intryck. Hon konstaterar också att upphovsrätten ursprungligen var ägnad att främja nyttjande och spridning av verk och frågar sig på vilka grunder man t.ex. har slutit sig till att tecken är substitutbara i all oändlighet. Coombe, *Left out on the Information Highway* (1996), s. 237-247

<sup>161</sup> Det nära förhållande mellan idé och uttryck förnekas inte heller ens av den klassiska immaterialrättsskolan, se exempelvis Nordell, *Rätten till det visuella* (1997), s. 39: "När det gäller bildkonst blir bandet mellan motivet och det konstnärliga uttrycket särskilt tydligt eftersom motivet ofta kan vara avgörande för att verkets identitet skall kunna uppfattas." Han refererar också till att Torben Lund (i verket *Billedkunsten i reglig belysning*, GAD, Köpenhamn 1944, s. 58 f) skilde mellan huvudidé som faller utanför skyddsområdet och idéer som ligger till grund för den närmare utformningen av verket, och som kunde utgöra föremål för upphovsrättsligt skydd.



utgångspunkt står inte i strid med det upphovsrättsliga tänkandet.

Detta märks inte minst i flera av de *upphovsrättsliga undantagen*, bl.a. citaträtten, undantagan- det av myndighetshandlingar från upphovsrättsligt skydd, rätten att fritt framföra verk i un- dervisning, bibliotekens särrättigheter (som sammanhänger med deras uppgift som samhälle- lig informationsresurs), samt rätten att använda verk i rättsprocesser utan att därtill behöva införskaffa upphovsmannens tillstånd. Även rätten att mot ersättning inom ramen för den så kallade avtalslicensen framställa fotokopior, nyttja verk inom undervisning samt framställa kopior för privat bruk kan anses utgöra ett resultat av en avvägning av behovet att tillåta icke- kommersiell användning och denna användnings inverkan på de kommersiella marknaderna för innehållsprodukter. Avsikten med upphovsrättens begränsningar är just att garantera ett visst mått av fri rörlighet för information *trots* upphovsrätten.

Också *verkshöjdsbegreppet* kan förknippas med samma tanke om att idéer bör flyta fritt. Varje gång nya informationsprodukter erhållit upphovsrättsligt skydd har man samtidigt varit tvungen att på nytt fundera över skyddets förhållande till det som icke skyddas, dvs. idé- innehållet. Enligt upphovsrättslig doktrin erhåller inte triviala verk upphovsrättsligt skydd. Enligt dubbelskapandedoktrinen bör ett alster, för att erhålla upphovsrättsligt skydd, utvisa sådan egenart, att risken är minimal för att ännu ett alster av samma eller liknande innehåll skall kunna framställas av en annan person<sup>162</sup>.

Ifall dubbelskapandedoktrinen inte skulle finnas, skulle man vara tvungen att tillämpa en tidsprioritetslära som skulle innebära att den som först skapat ett verk skulle erhålla rättsligt skydd och ha rätt att hindra senare upphovsmän från att använda ett verk som till sin natur är signifikant liknande. Orsaken till att en sådan tidsprioritetslära inte anammats kan härledas just till tanken om att upphovsrätten inte får leda till en begränsning av nyskapande verksam- het.

*Tidsbegränsningen* av det upphovsrättsliga skyddet är dessutom avsedd att utgöra den ulti- mata begränsningen av det upphovsrättsliga skyddet. Efter utgången av skyddstiden får vem som helst nyttja verket i upphovsrättslig mening. Avsikten med skyddstiden är alltså att be- gränsa det monopol som upphovsrätten innebär och återbörda verket till den allmänna infor- mationssfären (*public domain*). Tanken är att upphovsrättsinnehavaren under skyddstiden skall kunna erhålla tillräcklig kompensation för den skapande verksamheten för att de nedlagda utgifterna (*sunk costs*) skall täckas.

Meningen med att påpeka att man inom upphovsrätten erkänt det nära sambandet mellan (oskyddad) idé och (skyddad) uttryck är att poängtera att upphovsrätten ingalunda är avsedd att utgöra ett hinder för demokrati, innovation och kunskapsförmedling. *Tvärtom finns det en lång tradition inom upphovsrätten att beakta betydelsen av en fri rörlighet för information för främjandet av dessa värden*<sup>163</sup>.

<sup>162</sup> Nordell, Rätten till det visuella (1997), s. 364 (med vidare hänvisning till Ljungman, Seve: Något om verks höjd i Nordisk gjenklang. Festskrift till Carl Jacob Arnholm, Tanum, Oslo 1969 s. 184 samt Bergström, Svante: The literary or artistic work in copyright i *Mélanges de droit comparé en l'honneur du Doyen Åke Malmström*, Norstedts, Stockholm 1972, s. 15).

<sup>163</sup> Netanel, Asserting Copyright's Democratic Principles (1998), s. 217-329. Jfr. även Mylly, Tekijänoikeuden ideologiat ja myy- tit (2004), s. 231 där han konstaterar att upphovsrättens demokratiska funktion verkar på olika sätt gällande olika verkstyper och på olika geografiska marknader. Såsom Mylly har konstaterat, innebär olika stödformer för kulturell verksamhet samt till exempel även understödet av ett autonomt och fritt akademiskt viktiga alternativa strukturer som främjar kulturproduktion och en fungerande demokrati.

## 2. UPPHOVSRÄTTENS BALANS

### 2.1. Grundläggande uppfattningar om upphovsrättens balans

De ovan beskrivna spåren av principen om informationens fria rörlighet inom upphovsrätten sammanhänger med en mer grundläggande reglerings- och tolkningsprincip inom upphovsrätten; den omtalade ”upphovsrättsliga balansen”.

Man hänvisar ofta till balansen inom upphovsrätten. Det är ett diffust begrepp som ofta inte preciseras men som antas framgå av upphovsrättens *ratio*. Beroende på kontexten har man har ofta menat litet olika saker då man hänvisat till denna balans, och man kan säga att det är ett kontextbundet begrepp. Gemensamt för uppfattningarna om upphovsrättens balans är att det gäller det *upphovsrättsliga förfogandets omfattning*.

I huvudsak kan man skilja på uppfattningen om att upphovsrättens balans gäller *jämvikten mellan olika intressenter och deras intressen och rättigheter* samt att det gäller en *sammanjämkning av olika målsättningar för den rättsliga regleringen av upphovsrätt*. Frågan om upphovsrättens balans har också ett historiskt, tidsmässigt perspektiv som särskilt kan förknippas med utvecklingen av marknaderna för och nyttjandemöjligheterna av upphovsrättsliga verk. Man kan då tala om en strävan efter (att återställa) en *systemisk balans*.

Gemensamt för dessa uppfattningar är att det i sista hand är fråga om en *strävan efter rättvisa*<sup>164</sup>. Rättvisa i detta sammanhang hänför sig dels till fördelningen av rättigheter och skyldigheter och dels till ändamålet med hela det upphovsrättsliga institutet. Detta bör naturligtvis ske med beaktande av den relevanta verksamhetsmiljön och de grundläggande förändringarna i denna verksamhetsmiljö<sup>165</sup>.

Motsatsen till detta synsätt är att anse att balansen består i den avvägning som görs i upphovsrättslagens stadganden, och att lagen därmed alltid är balanserad, eftersom den är ett resultat av demokratiskt lagstiftningsarbete.

Detta synsätt kan kritiseras av flera skäl. Dels utgör upphovsrätten ett typexempel på lagstiftning där ”vinnarna”, dvs. de som får det bättre ställt genom lagstiftningen, har väldefinierade, till stor del pekuniära intressen och är välorganiserade. Kostnaderna eller olägenheterna av lagstiftningen slås ut över ett stort antal intressenter<sup>166</sup>, är av varierande art och dessutom ofta icke-pekuniära. Dels försvårar synsättet möjligheterna att tillämpa upphovsrätten på ett adekvat sätt i en mycket dynamisk, föränderlig verksamhetsmiljö och omöjliggör en konstruktiv kritik av elementen i det upphovsrättsliga systemet. Dessutom innebär den lag-

<sup>164</sup> Min rättvisepuffning baserar sig framförallt på Rawls rättviseteori. Rättvisa och fördelning av egendom och rättigheter är inte bara en fråga om ekonomisk effektivitet och samhällsnytta, utan förutsätter också etisk argumentation. Inom amerikansk rättsdoktrin har den rättsekonomiska argumentationen fått stor betydelse då man argumenterat om vad som är den rätta balansen. Såsom Calabresi och Melamed har konstaterat kan fördelningen av rättigheter (entitlements) ändå inte enbart basera sig på ekonomisk effektivitet utan även distributiva och etiska rättvisebegrepp bör beaktas. Dessas betydelse i avvägningen är dock mycket svårare att sluta sig till. Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability Rules* (1972).

<sup>165</sup> Litman anser att man helt och hållet borde omvärdera upphovsrätten, speciellt med tanke på det paradigmskifte Internet innebär och leta efter en balans som bättre motsvarar det som folk uppfattar som rätt och rättvist. Litman, *Revising Copyright Law* (2002).

<sup>166</sup> Olägenheterna kan dessutom gälla kommande generationer, som naturligtvis inte är representerade i lagstiftningsorganet.

tekniska stilen som är regelbetonad istället för principbetonad att det är svårt att i alla lägen kunna utläsa vilka faktorer som påverkar eller borde påverka balansen, särskilt med beaktande av förändringar i verksamhetsmiljön<sup>167</sup>.

## 2.2. Jämvikten mellan intressenter och deras intressen

I ett rättsligt sammanhang ter det sig naturligt att betrakta en rättslig balans utgående från frågan om de relevanta intressenterna och deras intressen. Denna utgångspunkt för regleringen har i upphovsrättsdirektivet också befästs, då man i ingresspunkt 31 stadgar att ”*en skäligen avvägning mellan rättigheter och intressen hos de olika kategorierna av rättsinnehavare samt mellan de olika kategorierna av rättsinnehavare och användarna av skyddade alster måste upprätthållas*”.

Vad menas med denna avvägning mellan rättigheter och intressen hos de olika kategorierna av rättsinnehavare och användare? Vilka kategorier av rättsinnehavare och användare finns det, och vilka är de rättigheter och intressen som skall avvägas?

I upphovsrätten brukar man göra en indelning av intressenter i *upphovsmän och användare (eller nyttjare)*. Den traditionella uppfattningen om förhållandet mellan upphovsmän och nyttjare har varit att upphovsmannen är den fysiska person som skapat ett verk och nyttjaren är den som kommersiellt exploaterar verket. Den kommersiella exploitören har här vanligen varit någon typ av mediahus såsom förlag, film- eller musikstudio. Upphovsmannen kan genom avtal överföra rättigheter till en nyttjare. Till den del rättigheter överförs med ensamrätt träder nyttjaren i upphovsmannens ställe och blir därmed en rättsinnehavare. Dessutom har man med tiden inom ramen för det upphovsrättsliga institutet börjat bevilja rättigheter även till andra än de egentliga upphovsmännen, såsom utövande konstnärer och producenter. Detta har gjort bilden av ”upphovsmannen” som en slags motsats till ”nyttjaren” (av ett upphovsrättsligt verk) än mer komplex. *I den upphovsrättsliga terminologin avser man med rättsinnehavare alla de som på basen av upphovsrättslagstiftningen beviljas exklusiva rättigheter samt dessutom de som på basen av avtal träder i dennes ställe. De som på basen av ett avtal beviljas enbart en icke-exklusiv nyttjanderätt samt över huvud taget de som utför en handling som klassificeras som ett upphovsrättsligt nyttjande (dvs. som framställer exemplar etc) benämns användare eller nyttjare.*

Med användare jämställs också de som utför handlingar som på basen av en inskränkning i upphovsrättslagstiftningen explicit undantagits upphovsmannens ensamrätt. Man bör här notera att de som ”konsumerar” verket, dvs. de som läser, lyssnar eller tittar på, i privata sammanhang framför eller på annat sätt kommunicerar verket *inte traditionellt omfattats av begreppet nyttjare*, eftersom de inte använder verket på ett upphovsrättsligt relevant sätt genom att framställa exemplar eller överföra det till allmänheten. Dessa har överhuvudtaget inte omfattats av det upphovsrättsliga paradigmet.

Då man talar om en balans mellan olika kategorier av rättsinnehavare och deras intressen avser man vanligen de spänningar som uppkommer mellan olika aktörer. Den enkla indelningen i rättsinnehavare och användare är här föga hjälpsam, eftersom en aktör sam-

<sup>167</sup> Inte ens förarbetena ger här någon bra vägledning, eftersom man på det upphovsrättsliga området åtminstone i Finland anammat en motiveringsstil som är väldigt juridisk-teknisk och inte avslöjar mycket om den samhälleliga kontexten och de praktiska konsekvenserna. I många fall hänvisar man endast till att en ändring är av nöden för att uppfylla landets internationella obligationer.

tidigt kan vara både användare och rättsinnehavare. Den vanligaste spänningen ligger mellan upphovsmän och utövande konstnärer i förhållande till mediahus av någon typ, dvs. förlag, film- eller musikstudior, som utgör länken till allmänheten. Mycket i upphovsrätten gäller denna spänning mellan upphovsmannen (eller den utövande konstnären) som står i ett beroendeförhållande till de kommersiella nyttjarna (som dock också kan vara innehavare av en egen, separat rättighet).

Men upphovsmannen (eller den utövande konstnären) och ”mediahuset” kan också ha gemensamma intressen i förhållande till tredje part. Ifall en konkurrent till mediahuset utan tillstånd framställer exemplar av verket och tillhandahåller dessa för allmänheten uppstår en situation där de två förstnämnda har gemensamma intressen visavi ”piraten”. Bara detta exempel påvisar hur dynamisk kategoriseringen av aktörer och deras intressen är redan inom det traditionella upphovsrättsliga paradigmet<sup>168</sup>.

Den traditionella bilden av de relevanta rättsförhållandena och spänningarna har med tiden modifierats och blivit allt mer komplex. Numera kan även privatpersoner (konsumenter) och andra sekundära nyttjare ses som intressenter inom upphovsrätten, eftersom det upphovsrättsliga paradigmet även utsträckt sig till de sätt att nyttja innehåll som de utövar. Orsakerna till detta är flera. Dels beror det på en expansion av upphovsrätten, på basen av vilken allt fler nyttjandeformer har omfattats av upphovsrätten och allt fler instanser innehar en ansvarsposition, dvs. kan vara skyldig att vidta åtgärder för att tillse rättsinnehavarens intressen<sup>169</sup>. Dels har den tekniska utvecklingen förändrat verksamhetsmiljön på ett sådant sätt att de rättsligt relevanta handlingar som utlöser upphovsrätten föreligger i allt flera fall. I den digitala miljön kan man knappast tillgodogöra sig innehåll eller kommunicera utan att elektroniska exemplar av uttrycken uppkommer.

Det är oundvikligt att upphovsrätten baserar sig på en bild av vilka aktörerna är, vilka roller och funktioner samt vilka intressen de har. Man bör observera att aktörerna naturligtvis samtidigt kan inneha en eller flera roller.

En sådan klassificering ligger naturligtvis som grund då man funderar över vilka intressen som står i konflikt, men är och bör förbli en abstrakt modell. Fördelen med denna synvinkel på problematiken är att man kan beakta vilka följderna av regleringen är för olika aktörer och deras verksamhet också då det inte direkt är fråga om olika intressen gällande förfogandet över verket. Det kan vara fråga om sådana som drabbas av upphovsrättens externaliteter<sup>170</sup>. Nackdelen är att klassificering av roller och funktioner med tillhörande intressen kan bli väldigt komplicerad och att det är svårt att skönja de spänningar och grundläggande värderingar som står i konflikt i konkreta situationer, speciellt då aktören har flera roller samtidigt.

Dessutom går alla intressekonflikter inte att reducera till förhållanden mellan olika *aktörer* i konkret bemärkelse. I vissa fall handlar det ju om att beakta ”samhälleliga intressen”, där aktören varken är staten eller en viss människa, organisation eller grupp. I vissa fall kanske det går att omformulera ett sådant samhällligt intresse och tala om ”kommande generationers intressen” eller liknande. I andra fall måste man godta att ett strikt aktörs- eller rollcentrerat

<sup>168</sup> Huuskonen, Copyright, Mass Use (2006).

<sup>169</sup> Det här gäller till exempel sådan verksamhet där kärnan består i en förmedling av information utan att förmedlaren närmare befattar sig med innehållet. Tjänsteleverantörer såsom operatörer hör till denna grupp. Ett annat exempel är aktörer som handhar fildelningsprogram eller -tjänster.

<sup>170</sup> Enligt Rahnasto finns det ett otal orsaker till uppkomsten av externaliteter för olika parter. Rahnasto, How to Leverage (2001), s. 107.

tänkande inte förmår omfatta en värdering. En privatperson kan antas ha intresse av att så snabbt, enkelt och billigt som möjligt få tillgång till och använda innehåll. I det här fallet ådagalägger den aktörscentrerade synvinkeln konsumtionsintresset, medan andra möjliga intressen av mer samhällelig karaktär, såsom att det är fråga om utövande av kommunikationsfrihet, utbildning eller forskning, lätt blir i bakgrunden.

Beaktandet av olika aktörer och deras intressen kan och bör alltså abstraheras, varvid det sist och slutligen blir fråga om vilka värderingar som skall beaktas. Upphovsrättsdirektivets främsta målgrupp är lagstiftaren som skall införa direktivet i nationell rätt. Stadgandet om att olika intressenter och deras intressen skall beaktas berättar alltså något om den infallsvinkel den nationella lagstiftaren borde anamma. Det borde inte handla om att avväga endast intressena hos de lobbingsgrupper med speciella intressen som ropar högst, utan också beakta de intressen som inte representeras, såsom till exempel kommande generationers intressen. Dessa är ju dessutom till sin natur sådana att ingen vid domstolsbehandlingar kan företräda dem, utan de måste beaktas direkt av lagstiftaren.

Vid lagtillämpning kan olika intressenter och deras intressens avvägning inte ske lika fritt som vid lagstiftning. Domstolens uppgift är ju att tillämpa lagen. Beaktandet av olika intressenter och deras intressen styr dock lagtillämpningen vid förtolkningen, dvs. då man avgör vilka normer som skall tillämpas på fallet ifråga. Beaktandet av olika intressenter och deras intressen sker närmast genom att inte anknyta tolkningen endast till ett visst lagstadgande, utan beakta hela regelverket. Till stor del gäller detta frågan om vad som anses vara gällande rätt och vilka principer gällande rätt ådagalägger.

Det finns inte tillfälle att inom ramen för denna avhandling närmare reflektera över och analysera tolkningstraditionen i upphovsrättsliga fall vid domstolarna eller orsakerna till den. I det här sammanhanget räcker det att poängtera att domstolsavgöranden också i fall med upphovsrättsliga aspekter bör beakta hela rättsordningen och att domstolen borde sträva till att identifiera de normer och principer som i varje särskilt fall skall tillämpas på fallet.

De grundläggande mänskliga rättigheterna genomsyrar vår rättsordning och bör beaktas vid både lagstiftning och lagtillämpning, och därmed också vid tolkningen av upphovsrätten. Man kan alltså anse att man bör balansera de grundläggande rättigheterna inom upphovsrätten (liksom inom rättsordningen i allmänhet). Då man betraktar upphovsrätten är det därför nödvändigt att samtidigt reflektera över vilka grundläggande rättigheter som står på spel. Yttrandefrihet, äganderätt (till verksexemplaret), religions- och åsiktsfrihet, offentlighetsprincipen (eller rätten till god förvaltning) och rätten till en rättvis rättegång är exempel på grundrättigheter som i ett konkret fall måste avvägas mot upphovsrätten. Det är sen en annan fråga vilka möjligheter upphovsrättslagens utformning ger för skönsmissiga bedömningar<sup>171</sup>.

Förutom de grundläggande rättigheterna som explicit skyddas i människorättskonventio-

---

<sup>171</sup> Frågan om grundrättigheternas tillämpbarhet i konkreta fall har livligt debatterats i finsk rätt de senaste åren i.o.m. grundlagsreformen år 2000, vid vilken grundrättigheterna lyftes fram mycket starkt. Pöyhönen, Uusi varallisuus-oikeus (2002) lägger grundrättigheterna som grund för hela det förmögenhetsrättsliga systemet. Han har starkt kritiserats av bl.a. Paasto, som anser att grundrättigheterna bör beaktas av lagstiftaren, men att lagtillämpningen handlar om att tillämpa förutbestämda regler, inte om fri skälighetsprövning. Paasto, Analyttinen vai perusoikeusrakenteinen varallisuus-oikeus? (2004). Enligt Tuori filtreras grundrättighetstänkandet genom de allmänna lärorna för varje rättsområde. Tuori, Tuomarivaltio (2003). Även Jyränki betonar en grundrättighetsfrämjande tolkning av lagen. Jyränki, Valta ja vapaus (2003), s. 483. Den upphovsrättsliga doktrinen är inte allmänt känd för att ta upp grundrättighetsaspekter, och de allmänna lärorna är till denna del outvecklade. Det är därför osäkert om och hur grundrättigheterna verkligen beaktas inom upphovsrättslig domspraxis och reglering.

ner och grundlagar måste man i det här sammanhanget ännu betona *friheten* som en generell utgångspunkt<sup>172</sup>. Användaren har full frihet att använda ett verk på ett sätt som inte strider mot upphovsmannens rättigheter enligt upphovsrättslagen (eller någon annan lag). Samtidigt kan man konstatera att upphovsrättslagen inte heller hindrar uphovsmannen från att förfoga över sitt verk på det sätt han finner bäst, utan främst ställer gränser för till vilken del uphovsmannen kan förhindra nyttjande av verket.

*Ett rättssubjektcentrerat synsätt är inte tillämpligt i de situationer där det inte finns något specifikt rättssubjekt som kan göra sin rätt gällande.* Detta har man inom uphovsrätten också tidigt insett, och därför hänvisar man inom uphovsrätten även till *samhälleliga intressen*. Frågan om kollektiva rättigheter eller beaktandet av samhällets intressen diskuteras idag mycket inom områden som miljörätten, där man poängterar bl.a. kommande generationers rättighet till miljön.<sup>173</sup> Det är intressant att dra paralleller mellan den miljörättsliga och den uphovsrättsliga diskussionen, eftersom det i bägge fall är fråga om att rättsområdet undergår ett paradigmskifte.<sup>174</sup>

Med tanke på att det inte alltid är lätt att definiera ett rättssubjekt som kan göra sin rätt gällande gentemot uphovsmannen finns det alltså skäl att hellre koncentrera sig på de regleringsteoretiska eller ”rättspolitiska” tankegångar som är relevanta för det uphovsrättsliga skyddet. *Dessa berättar mera om den uphovsrättsliga balansen än reduceringen av rätten till en fråga om rättsanalytiska positioner.* Det här betyder inte att den analytiska infallsvinkeln skulle vara förlagd utan det är fortfarande nyttigt med tanke på den rättsliga förståelsen att tillämpa den analytiska modellen.

## 2.3. Sammanjämkning av uphovsrättens målsättningar

Den grundläggande synen i den här avhandlingen är att uphovsrättens existensberättigande kan beskrivas utifrån ett flertal målsättningar eller värderingar, som den eftersträvar och som är ägnade att fungera som parametrar för den uphovsrättsliga balansen<sup>175</sup>. Ett alltför starkt eller omfattande skydd av uphovsrätten kan leda till en situation där resultatet i allt högre grad fjärrar sig från målsättningen för regleringen<sup>176</sup>.

Vilka är då målsättningarna för regleringen? Denna fråga besvaras inte entydigt av uphovsrättslagstiftningen. Det verkar finnas en allmänt utbredd åsikt i åtminstone vissa juristkretsar, att uphovsrättens målsättning är att skydda uphovsmannens intressen. Detta synsätt saknar legitimitet, eftersom lagstiftningen i våra dagar utgår ifrån jämlikhet, inte privi-

<sup>172</sup> Enligt Jyränki ligger frihet och säkerhet som grund för grundrättigheterna. Jyränki, *Valta ja vapaus* (2003), s. 451. Paasto har frågat sig om friheten har förlorat sin betydelse i den förmögenhetsrättsliga diskussionen, se Paasto, *Onko vapaus menettänyt merkityksensä* (2001), s. 340-346.

<sup>173</sup> Se t.ex. Määttä, *Maanomistusoikeus* (1999).

<sup>174</sup> Man kan dessutom säga att det finns en tradition med hänvisningar till fastighets- eller miljörätt; I förarbetena till 1927 års lagstiftning jämför man uphovsrätten med allemansrätten, som begränsar fastighetsägarens äganderätt. *Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi tekijänoikeudesta* (1920), s. 34.

<sup>175</sup> Fokusering på värderingar istället för rättigheter eller intressen stöder sig bl.a. på *van der Burg*, som konstaterar att behovet av att fokusera på värderingar sammanhänger med rättens två ofta bortglömda funktioner, den expressiva och den kommunikativa funktionen. Speciellt viktiga är dessa då det gäller etiskt viktiga angelägenheter. *van der Burg, The Expressive and Communicative Functions* (2001), s. 31-59.

<sup>176</sup> Även Mylly och Westman har konstaterat att uphovsrättens utveckling kan vara kontraproduktiv, dvs. leder till att man fjärrar sig från de målsättningar uphovsrätten varit avsedd att uppfylla. Mylly, *Tekijänoikeuden ideologit ja myytit* (2004), s. 233, Westman, *Tekniska åtgärder* (2002), s. 226-250.



legiering av vissa befolkningsgrupper eller näringsgrenar<sup>177</sup>. Det begränsade privilegium som upphovsrätten innebär kan alltså endast motiveras utgående från att upphovsrätten har en allmän samhällelig funktion. Upphovsrättens målsättningar rekonstrueras i det följande utgående från upphovsrättens grundläggande drag som rättsinstitut.

Den upphovsrättsliga regleringen har åtminstone fyra samtidiga legitima målsättningar eller funktioner;

- ▶ främjande av demokrati
- ▶ främjande av kulturell mångfald
- ▶ främjande av en fungerande konkurrens och marknadsekonomi, samt
- ▶ främjande av innovation och informationsprocesser<sup>178</sup>.

Dessa målsättningar kan även spåras både i den nationella<sup>179</sup> och den internationella diskussionen, som trots allt idag är den kanske viktigaste referensramen för upphovsrättslig reglering<sup>180</sup>.

Utmärkande för upphovsrättens förhållande till dessa målsättningar är att de justifierar det upphovsrättsliga rättsinstitutet samtidigt som de medför begränsningar av upphovsrätten. En kontinuerlig förstärkning av upphovsrätten överensstämmer inte nödvändigtvis med dessa målsättningar. Trots att upphovsrätten alltså utgör ett medel för att främja dessa värderingar kan en alltför stark upphovsrätt leda till motsatt verkan. Förhållandet mellan upphovsrättens omfattning och överensstämmelse med dess justifieringsgrunder åskådliggörs i bilden nedan.

<sup>177</sup> Pöysti, *ICT and Legal Principles* (2004), s. 580.

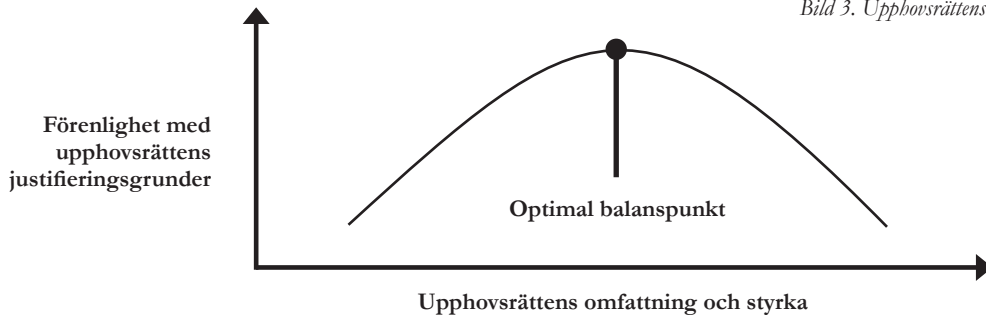
<sup>178</sup> På motsvarande sätt talar Mylly om upphovsrättens demokratifunktion, upphovsrättens samhällliga funktion, upphovsrättens ekonomiska funktion samt upphovsrättens kulturella funktion. Mylly förklarar inte närmare vad han avser med upphovsrättens samhällliga funktion, och hur den skiljer sig från upphovsrättens ekonomiska eller demokratiska funktion. Mylly, *Tekijänoikeuden ideologiat ja myytit* (2004), s. 251, där han också uttrycker att det primära är just balanseringen av dessa funktioner. Balanseringen av olika intressegruppers intressen ser han som sekundärt. Jfr dock Haarmann, *Tekijänoikeus ja lähioikeudet* (2005), s. 9-11, som verkar utgå ifrån att upphovsrätten i främsta hand är avsedd att befrämja kulturen. Trots vissa olikheter i de begrepp vi använder torde utgångspunkterna i både min och Myllys analys stå mycket nära varandra. Bägge ser vi också upphovsrättens balansfunktion som en optimering (och balansering) av de funktioner upphovsrätten är avsedd att uppfylla och anser att en alltför stark upphovsrätt kan motverka dessa målsättningar.

<sup>179</sup> I inledningen till RP 28/2004 slår man fast att "Upphovsrättslagstiftningens viktigaste målsättning är att främja skapande intellektuellt arbete i dess olika former. Genom att erkänna upphovsmännens rättigheter att bestämma om utnyttjandet av sina verk uppmuntrar samhället till skapande verksamhet. Upphovsrätten och de till upphovsrätten närstående rättigheter som tagits in i lagstiftningen *främjar produktionen och spridningen av intellektuella alster*. Upphovsrätten *främjar även investeringar och handel* genom att skydda producenter och förläggarnas ställning. Trygga betingelser för produktion och tillhandahållande av kulturförnödenheter utgör en av grundvalarna för *utvecklingen av den nationella kulturen och samhällslivet*." (Kursivering av VS).

<sup>180</sup> Förutom dessa målsättningar hänvisas inom den EG-rättsliga diskussionen ofta till behovet att skydda Europas konkurrenskraft. Denna målsättning är dock inte legitim med beaktande av Rawls rättviseteori, eftersom det handlar om att skaffa sig en fördel i jämförelse med andra länder och skydda europeisk industri. Det är då ändamålsenligare att söka principer som kan anammas av hela världssamfundet.



Bild 3. Upphovsrättens balans



I det följande beskrivs hur upphovsrätten främjar dessa värderingar, på vilket sätt en maximering av upphovsrätten kan få negativa effekter med tanke på upphovsrättens funktioner samt anges exempel på aktuella problem i relation till dessa funktioner.

### 2.3.1. Upphovsrättens demokratiska funktion

Upphovsrätten kan tjäna till att skapa en pluralistisk och oberoende informationsförsörjning som utgör en grundförutsättning i en demokratisk stat genom att den möjliggör en ekonomiskt bärande informationsspridning. Upphovsrätten möjliggör alltså en privat marknad för innehåll. Utan en rättslig institution som upphovsrätten skulle medierna och den skapande verksamheten i högre grad vara beroende av statliga understöd.<sup>181</sup>

Uppfyllandet av upphovsrättens demokratiska funktion har ett nära samband med yttrandefriheten. Trots att vi har varit vana att se dagspressen och andra massmedia som de primära föremålen för yttrandefriheten skall man inte på ett principiellt plan underskatta även typiska underhållningsprodukters (t.ex. musikens, filmens, skönlitteraturens och konstens) åsiktsbildande inverkan. En viktig uppgift för upphovsrätten och kulturpolitiken är att slå vakt om denna utgångspunkt<sup>182</sup>.

En alltför stark upphovsrätt kan däremot förhindra den fria informationsspridningen som är en förutsättning för de demokratiska processerna. Det här är det naturliga resultatet av upphovsrättens exklusiva rättigheter, som tillåter upphovsmannen att förbjuda kopiering och överföring till allmänheten av upphovsrättsligt skyddade verk, i kombination med det faktum att kommunikering i den nya verksamhetsmiljön i allt högre grad alltid även innebär exemplarframställning, ibland också i kombination med en överföring som kan tolkas ske till allmänheten. Upphovsrätten är utformad på så vis att man av upphovsmannen i förväg bör begära

<sup>181</sup> Netanel, *Asserting Copyright's Democratic Principles* (1998), s. 227-229, där han konstaterar att upphovsrätten uppmuntrar en demokratisk kultur genom att den ger incitament för produktion och spridning av originella uttryck, stöder informations-spridning som är relativt oberoende av staten och poängterar den individuella kreativitets betydelse. Netanel påpekar att upphovsrätten är utformad så att den framhäver betydelsen av nya, fräscha idéer och av att individen deltar i den offentliga diskursen. Samtidigt undergräver upphovsrätten kulturella och politiska maktställningar och hierarkier. Netanel förnekar inte att statligt understöd kan vara nödvändigt för att garantera att vissa typer av verk finns tillgängliga och anser inte att understöd i en begränsad omfattning undergräver demokratin. Ibid. s. 228.

<sup>182</sup> Enligt Bourdieu & Haacke utgör privatiseringen av konstinstitutionerna och de förändrade villkoren för finansiering av kulturproduktionen att konstens frihet hotas. Finansieringsvillkoren kan och har nyttjats för att förhindra att man skapar verk som av en eller annan anledning anses anstötande. Bourdieu & Haacke, *Ajattusten vapaakauppa* (1997).

lov för kopiering och överförande till allmänheten. Användaren bär den rättsliga risken för användningen. Upphovsrätten kommer därmed att påverka kommunikationsfriheten. Ett undantagslöst skydd av upphovsrättens exklusiva rättigheter kan leda till att informationens fria rörlighet hindras<sup>183</sup>. Ett undantagslöst skydd av upphovsrättens exklusiva rättigheter kan också bestå i att man godkänner en i det närmaste obegränsad rätt att avtala kring upphovsrättens inskränkningar såsom t.ex. citaträtten<sup>184</sup>.

Upphovsrättens exklusiva rättigheters potentiella negativa effekter på informationsflödets frihet accentueras i den moderna kommunikationsmiljön, där kommunikationen i allt högre grad sker genom elektroniska medier och på ett sätt där kopiering och vidarebefordring av meddelanden utgör en naturlig del av kommunikationsprocessen. Definitionen av upphovsrättsligt sett relevant nyttjande överlappar alltså i allt högre grad med de normala kommunikationsprocesserna i samhället. Det är uppenbart att kommunikationsprocessen som baserar sig på muntlig omedelbar kommunikation är i en helt annan position upphovsrättsligt sett än de moderna kommunikationsprocesserna som baserar sig på skriftlig eller annars visuell kommunikation och där kommunikationen inte längre är omedelbar, utan man kommunicerar med hjälp av olika slags medier.

### 2.3.2. Upphovsrätten som främjare av kulturell mångfald

Upphovsrätten främjar den skapande verksamheten genom att sörja för upphovsmannens ideella och ekonomiska intressen. Vem skulle väl vilja utöva skapande verksamhet om någon annan kunde utge sig för att ha skapat verket? Eller om det skulle vara tillåtet för vem som helst att utan att kompensera upphovsmannen trycka och sälja den bok han lagt ner år av arbete på?

Upphovsrättens roll som främjare av kulturen<sup>185</sup> verkar vid första ögonkastet så självklar att man nästan inte närmare behöver förklara eller motivera denna målsättning<sup>186</sup>. Upphovsrätten skapar ekonomiska incitament för skapande och framförallt tillgängliggörande av verk. Därför är upphovsrätten så viktig för de branscher som fungerar som mellanhänder mel-

<sup>183</sup> Enligt Netanel är sådana upphovsrättsstadganden som kväver kritik, offentlig insyn eller hindrar uttryckandet av politiska, sociala eller konstnärliga åsikter speciellt problematiska ur demokratisynvinkel. Han förespråkar därför att man på konventionsnivå fastslår vissa universala minimiundantag och begränsningar av upphovsrättens förfoganderätt. Netanel, *Asserting Copyright's Democratic Principles* (1998), s. 313.

<sup>184</sup> Enligt RP 177/2004 är det tillåtet att begränsa upphovsrättens inskränkningar genom avtal. Man anser nämligen att inskränkningarna är undantag, och undantag skall alltid tolkas snävt. Detta synsätt har med rätta kritiserats av bl.a. Mylly, Tekijänoikeuden ideologiat ja myytit (2004) s. 243, där han också konstaterar att det inte är hållbart att motivera ett sådant synsätt med vare sig TRIPS-avtalets 13 artikel (trestegstestet) eller Bernavtalets 9(2) artikel, eftersom dessa endast anger en standard för hur inskränkningarna skall tolkas. *Bell* förespråkar i *Fair use vs. Fared use* (1998) att man skulle licensera rättigheten att kritisera verk. Avsikten är att man då inte behöva falla tillbaka på fair use-doktrinen utan därmed kunna försäkra sig om (i förväg) att inga upphovsrättsliga invändningar senare görs.

<sup>185</sup> Till kulturen hör inte bara konstnärligt skapande utan även forskning.

<sup>186</sup> Enligt Haarmann, Tekijänoikeus ja lähioikeudet (2005), s. 9-11 har denna målsättning varit gemensam för upphovsrättsregleringen i olika länder. Upphovsrättens roll som främjare av kulturlivet har vanligen betonats mycket starkt såväl hos oss som i andra länder. I många av regeringspropositionerna under de senaste decennierna har denna upphovsrättsliga målsättning även i Finland getts en synlig ställning. I t.ex. RP 32/1984, s 3 konstaterar man att ”*det skapande arbetet åtnjuter skydd av staten bl.a. genom den upphovsrättsliga lagstiftningen*”, att det upphovsrättsliga skyddet är viktigt för att ”*uppnå viktiga kulturpolitiska mål*” och att ”*de skapande individernas – kulturarbetarnas – välfärd samt tryggandet av kontinuiteten i det kulturella livet och i de kulturskapande organismernas verksamhet är av central betydelse*” (kursivering av VS).

I inledningen till RP 28/2004 slår man fast att ”Upphovsrättslagstiftningens viktigaste målsättning är att främja skapande intellektuellt arbete i dess olika former. Genom att erkänna upphovsmännens rättigheter att bestämma om utnyttjandet av sina verk uppmuntrar samhället till skapande verksamhet. Upphovsrätten och de till upphovsrätten närstående rättigheter som tagits in i lagstiftningen främjar produktionen och spridningen av intellektuella alster. Upphovsrätten främjar även investeringar och handel genom att skydda producenternas och förläggarnas ställning. *Trygga betingelser för produktion och tillhandahållande av kulturförnödenheter utgör en av grundvalarna för utvecklingen av den nationella kulturen och samhällslivet*” (kursivering av VS).

lan upphovsmannen och allmänheten, och som ger den sin slutliga form. Faran är att man antar att en maximering av upphovsrätten därför endast får positiva följder för kulturen.

Upphovsrättens kulturpolitiska betydelse har åtminstone i Finland närmast fått agera som motiveringar för en förstärkning av den upphovsrättsliga ensamrätten. Särskilt tydligt märks detta i exempelvis RP 235/1985 som gäller vidaresändning av radio- och televisionssändningar. I propositionen föreslår man att ensamrätten utsträcks till att gälla inte bara det första utsändningsskedet utan även vidaresändningsskedet. Detta anser man är nödvändigt för att upprätthålla den upphovsrättsliga balansen och tillägger att den föreslagna ändringen även är motiverad av kulturpolitiska skäl; ”Det ständigt ökande nyttjandet av mekanisk musik påverkar de utövande konstnärernas ställning genom att arbetstillfällena och utkomstmöjligheterna minskar”<sup>187</sup>.

I finsk rättsdoktrin har upphovsrättens direkta inverkan på den kulturella mångfalden i mycket liten grad problematiserats. Det verkar som om man skulle ha utgått ifrån att en förstärkning av upphovsrättens ensamrätt endast har positiva följder för kulturlivet<sup>188</sup>.

I själva verket kan upphovsrätten ha en ojämn och ibland rentav negativ effekt på den kulturella mångfalden. Man har ibland ansett att kommersialiseringen av den skapande verksamheten leder till en likriktning som beror just på att man koncentrerar sig på vinstbringande verksamhet. Med andra ord; ifall en förläggare bedömer att det inte finns en vinstbringande marknad för ett verk avstår man från att ge ut det<sup>189</sup>. Det här leder till en marginalisering av icke-kommersiellt skapande.

Dessutom kan ett extensivt skydd av upphovsrätt i kombination med ett strikt ansvar för upphovsrättsintrång leda till att man återanvänder gammalt innehåll istället för att skapa nytt. Regimen favoriserar stora innehållsproducenter som kan återanvända innehåll till vilket de innehar rättigheterna. I förlängningen leder detta till att det skapas mindre nytt innehåll och till att den kulturella mångfalden därmed minskar<sup>190</sup>.

Upphovsrätten är uttryckligen ägnad att möjliggöra kommersialisering av innehållsproduktion. För att innehållsproduktionen och den skapande verksamheten inte enbart skall styras av kommersiella imperativ har det därför ansetts vara viktigt att stöda även icke-kommersiellt inriktad innehållsproduktion genom olika slag av *bidrag och understöd*. Det är inte bara staten utan även ett stort antal fonder och föreningar som understöder innehållsproduktion och skapande verksamhet. Det faktum att *Internet* idag erbjuder upphovsmännen ett billigt och effektivt medium för att sprida sina alster innebär dessutom att de är mindre bundna till kommersiella mellanhänder som kan tänkas styra innehållsproduktionen. Upphovsrättens ”misslyckande” kompenseras i detta fall med kompletterande strategier.

Allvarligare kritik av upphovsrättens effekt på kulturens mångfald härrör från en alltför stel tillämpning av upphovsrätten, som därmed kommer att erbjuda ett starkt skydd för de

<sup>187</sup> RP 235/1985, s. 6. Man kan fråga sig om denna slutsats verkligen håller streck samt varför effekterna uteblivit av att denna slutsats inte hållit streck.

<sup>188</sup> Se dock Mylly, Tekijänoikeuden ideologiat ja myytit (2004), speciellt s. 232 där han ifrågasätter om upphovsrättens utveckling under de tio senaste åren verkligen är förenliga med upphovsrättens grundläggande målsättningar. I den tidigare upplagan av Haarmanns lärobok i upphovsrätt (Haarmann, Tekijänoikeus ja lähioikeudet (1999)) har man inte noterat att en alltför stark upphovsrätt kan ha negativa effekter för kulturlivet. I den nyare upplagan (Haarmann, Tekijänoikeus ja lähioikeudet (2005)), s. 13) har detta dock flyktigt noterats.

<sup>189</sup> Powell, Networks of Learning (2001). Ett steg längre går Chomsky och Herman i sin så kallade propagandateori, enligt vilken kommersiella intressen till och med dikterar nyhetsrapporteringen. Chomsky & Herman, Manufacturing Consent (1988).

<sup>190</sup> Netanel, Asserting Copyright's Democratic Principles (1998), s. 218-329.

traditionella konstdisciplinerna på bekostnad av nyare discipliner<sup>191</sup>.

En växande trend inom den skapande verksamheten i våra dagar är att den i allt högre grad går ut på återanvändning av färdigt material. Exempel på detta är de nya formerna av rap och reggae, som baserar sig på återanvändning (*sampling*) av tidigare inspelad musik. Ett annat problematiskt fall utgörs av återanvändning av bildmaterial i allt från traditionella bildkollage till moderna multimediaminstallationer. Den upphovsrättsliga regleringen utgår i dessa fall väldigt formalistiskt från om det är fråga om kopiering eller tillgängliggörande för allmänheten som tillhör upphovsmannens ensamrätt. Detta innebär samtidigt att frågan om konstnärlig frihet ges en allt mer undanskymd roll. Det här kan leda till att nya konstformer diskrimineras till fördel för etablerade konstformer<sup>192</sup>.

De nya möjligheterna till och formerna för skapande som baserar sig på återanvändning leder i kombination med en mycket snäv tolkning av den konstnärliga friheten till att innehållsproducenter får ett stort behov av att försäkra sig om att de inte gör intrång i annans upphovsrätt. Trenden accentueras av ökade ersättningskrav i samband med intrång i upphovsrätt (eller någon annan rättighet)<sup>193</sup>. Det är också dyrt och besvärligt att i alla lägen ta reda på rättsinnehavarna och klarera rättigheterna, speciellt ifall det är fråga om inspelad musik eller film. Det här leder till att de föredrar att återanvända sådant material som de själva innehar alla rättigheter till. Även det här ökar risken för en likriktning av kulturen.

Det finns alltså ett behov av att i större grad betona den konstnärliga friheten vid tolkningen av de upphovsrättsliga stadgandena. Bestämmelsen i FiURL 4.2 § om att verk som skapas i fri anslutning till ett annat verk inte skall belastas av upphovsrätten har haft sin upprinnelse i tanken om att upphovsrätten inte gäller idéer utan endast det konkreta uttrycket, dvs. den form som upphovsmannen ger sin idé. Eftersom ingen lever i ett vakuum, utan man får inspiration från tidigare skapande, skulle ett alltför omfattande skydd av idéer omöjliggöra skapande verksamhet. Denna lära borde moderniseras för att vara bättre anpassad till moderna former av skapande verksamhet<sup>194</sup>.

### 2.3.3. Upphovsrätten och en fungerande kommersiell marknad

Det kan verka konstigt att påstå att upphovsrätten är avsedd att garantera en fungerande marknad<sup>195</sup>, eftersom upphovsrätten möjliggör en begränsning av konkurrensen. I grunden handlar dock upphovsrätten om att garantera en fungerande marknad genom att hindra otillbörlig konkurrens. Utmärkande för innehållsproduktion är att det är dyrt att skapa innehåll, men billigt att kopiera och tillgängliggöra innehållet. Ifall inget upphovsrättsligt skydd fanns, skulle incitamenten för att satsa i skapande verksamhet vara små då vem som helst skulle ha rätt att framställa exemplar och tillgängliggöra innehållet utan att erlagga ersättning till den som skapat innehållet. Upphovsrätten är alltså avsedd att åtgärda det s.k. fripassagerarproblemet (*free riding*) och främja fair play.

<sup>191</sup> Problemet ligger inte i upphovsrättsinstitutet i sig, men i tolkningen av vissa specifika stadganden och i brister i upphovsrättens allmänna läror. Se även Mylly, Tekijänoikeuden ideologit ja myytit (2004), s. 237, som konstaterar att upphovsrätten ställer hinder för nya konstformer som baserar sig på återanvändning.

<sup>192</sup> Tendensen att förbigå de eventuella problem som en allt starkare upphovsrätt får för den kulturella mångfalden är särdeles iögonfallande då det gäller diskussionen om anpassandet av upphovsrätten till informationssamhället i RP 28/2004. Man kunde ha väntat sig att de nya formerna för skapande verksamhet i en större utsträckning skulle ha behandlats i propositionen.

<sup>193</sup> Lessig, *The Future of Ideas* (2001), s. 3-5.

<sup>194</sup> Det ligger utanför denna avhandlings frågeställning att närmare analysera hur en dylik bestämmelse kunde utformas.

<sup>195</sup> "Marknaden" är en mekanism som möjliggör handel. Denna mekanism styrs av efterfråga och utbud, vilket gör att resurser allokeras i enlighet med det pris parterna är villiga att köpa eller sälja för.

Upphovsrätten utgör därför en förutsättning för en fungerande kommersiell marknad<sup>196</sup>.

Argumentationen ovan används vanligen för att förklara de ekonomiska rättigheter som hör till upphovsrätten. Men även de ideella rättigheterna kan anses ha en betydelse för en fungerande marknad för upphovsrättsliga verk och alster<sup>197</sup>. Dels är det inte irrelevant vem som har skapat ett verk. Kunskapen om vem som är upphovsman berättar ofta även något om verkets kvalitet och har en viktig funktion för marknaden. Ett verks marknadspris är mycket beroende på upphovsmannens ”renommévärde”; ett verk skapat av en känd konstnär har ett betydligt större marknadsvärde än ett verk skapat av någon för allmänheten helt okänd upphovsman. Upphovsmannens namn berättar också ofta något om hurdan verket är; alla har vi en bild av vilken typ av musik Edith Piaf sjunger eller hurdana tavlor Helen Scherfbeck har målat. Utan upphovsrättens ideella rättigheter skulle vem som helst fritt kunna utge ett verk för att vara skapat av en annan<sup>198</sup>.

En alltför stark upphovsrätt kan också motverka en fungerande marknad. Upphovsrätten innebär ett slags legalt monopol och monopol strider i grunden mot det fria marknadsidealet med fri konkurrens<sup>199</sup>. Därför är det viktigt att inom det upphovsrättsliga institutet sträva till att minimera denna monopolverkan och eventuella övriga negativa effekter på konkurrensen. Ur denna synvinkel kan man alltså anta att upphovsrätten skall formuleras snävt<sup>200</sup>. I praktiken har man begränsat upphovsrättens monopolverkan till exempel genom att tidsbegränsa upphovsrätten<sup>201</sup>, tillämpa en konkurrensrättslig argumentation inom området för upphovsrättsskyddet samt genom att med andra medel korrigera negativa externaliteter som uppkommer på grund av upphovsrätten. Till dessa externaliteter hör bland annat nätverkseffekter och rättigheters fragmentering<sup>202</sup>.

### 2.3.4. Upphovsrätten främjar innovation och informationsprocesser

Att upphovsrättens grundläggande målsättningar skulle vara att utgöra en struktur för effektivt nyttjande av samhällets informationsresurser är en aspekt som mera sällan har framförts i den upphovsrättsliga debatten, men som ändå utgör en sen länge godtagen utgångspunkt<sup>203</sup>. En närstående analogi står också att finna i patenträtten. En av patenträttens allmänt accepterade

<sup>196</sup> Eklöf, Upphovsrätt i konkurrens (2005), s. 31-35.

<sup>197</sup> Hansmann & Santilli, Authors' and Artists' Moral Rights (1997), s. 95-143.

<sup>198</sup> Innehåll skulle säkert skapas även utan upphovsrättsligt skydd, men då skulle marknaderna vara mycket mer primitiva och man skulle vara beroende av alternativa affärsmodeller, såsom tidsmässigt försprång (*lead-time*). På vissa marknader, och då tänker jag framför allt på programvarubranschen, är ledningscykeln för programvara mycket kort och affärsstrategier baserade på tidsmässigt försprång mycket vanliga. Det här betyder dock inte att upphovsrätten skulle sakna relevans som strategiskt instrument inom programvaruindustrin.

<sup>199</sup> Rahnasto, How to Leverage (2001), s. 19-37. Upphovsrättens monopolverkan är inte odiskutabel. Om verket kan anses ha ett substitut, kan rättsinnehavaren knappast anses ha en monopolställning. Se även Watt, Copyright and Economic Theory (2000), s. 24. Det EG-rättsliga Magill-fallet kan anses beröra upphovsrättens monopolverkan; stationens ensamrätt till TV-programmet och vägran att bevilja tillstånd att publicera det innebar att marknaden för tidningar med veckoprogram kringskars.

<sup>200</sup> Rahnasto, How to Leverage (2001), s. 82.

<sup>201</sup> Det är sen en annan sak hur lång skyddsperiod som är försvarlig med tanke på både upphovsrättens funktion som garant för en fungerande marknadsmekanism och dess negativa effekter på fri konkurrens. Skyddsperiodens längd har ofta kritiserats. Se t.ex. Riis, Ophavsret og retsøkonomi (1996).

<sup>202</sup> Rahnasto studerar i sin doktorsavhandling extensivt externaliteter förorsakade av upphovsrätten och möjligheterna att internalisera eller korrigera vissa av dessa externaliteter. Rahnasto, How to Leverage (2001).

<sup>203</sup> Se Ullrich, Intellectual Property, Access to Information (2001), s. 368, där han påtalar upphovsrättens kommunikativa funktion. Se även Eklöf, Upphovsrätt i konkurrens (2005), s. 36-37. Karnell, The Berne Convention (1995), s. 193-213 anser att Bernkonventionen handlar om informationens fria rörlighet och att det är en icke-ekonomisk faktor. Se även Seipel, Upphovsrätten, informationstekniken och kunskapsbygget (1998). Samhällets informationsresurser består av både de ”privatägda” informationsresurserna (upphovsrättsligt skyddade) och de allmänna informationsresurserna (*public domain*). Med ett effektivt nyttjande av samhällets informationsresurser avses både kommersiellt nyttjande och icke-kommersiellt nyttjande.

målsättningar är att svara för en effektiv informationsspridning, som inom det patenträttsliga systemet sker genom krav på att i ansökan redogöra för den patenterade teknologin och dess funktion och betydelse, registrering av patent och de registrerade handlingarnas offentlighet. Denna informationsspridning anses utgöra kärnan i kontinuerlig innovation.

Inom upphovsrätten motsvaras detta av att det upphovsrättsliga skyddet inträder då verket publicerats eller annars offentliggjorts. Innan denna tidpunkt tillhör verket den privata sfären, efter detta den offentliga. *Upphovsrätten kan alltså anses vara en rättighet som tilldelas upphovsmannen mot att denne överför verket till den offentliga sfären*<sup>204</sup>. Det är alltså fråga om *incitament*<sup>205</sup> för att göra verket tillgängligt för allmänheten för att användas i olika informationsprocesser<sup>206</sup>.

Myndighetsdokument såsom domslut och lagstiftningsmaterial har undantagits upphovsrättsligt skydd. Det här kan förklaras med att upphovsrätten inte i dessa fall har någon incitamentsfunktion; dessa dokument skulle skapas och överföras till den offentliga sfären oberoende av om ett upphovsrättsligt skydd skulle finnas eller inte<sup>207</sup>. En databas som innehåller dessa dokument kan dock vara upphovsrättsligt skyddad. Detta kan förklaras med att databasen inte skulle tillgängliggöras utan de incitament som upphovsrätten erbjuder.

Detta exempel ådagalägger också ett annat viktigt element, nämligen frågan om substitutbarhet. Myndighetsdokumenten är inte substitutbara. Frågan om substitutbarhet ligger också bakom idé-uttryckdikotomin. Uttryck antas vara substitutbara, medan idéers substitutbarhet är begränsad.<sup>208</sup> Idéer är nämligen svårare att ersätta än uttryck, medan det finns ett otal sätt att uttrycka samma idé. Idé-uttryck-dikotomin leder exempelvis till att upphovsrättsligt skydd inte beviljas sådana element i datorprogram för vilka inte finns substitut, dvs. där den funktion datorprogrammet är avsett att åstadkomma endast kan uttryckas på ett visst sätt. Problemet med substitutbarhet har också relevans med beaktande av frågan om huruvida man utgår ifrån att upphovsrätt inte kan göras gällande eller skall utgöra föremål för tvångslicensarrangemang av något slag.

Det upphovsrättsliga skyddets omfattning med beaktande av verkets betydelse för informationsprocessen kan uttryckas som uttryckets substitutbarhet i förhållande till dess betydelse för informationsprocessen och användningens inverkan på upphovsrättens marknader. Med användning avses upphovsrättsligt relevant användning av ett verk, dvs. framställning av exemplar eller tillgängliggörande för allmänheten i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstform eller i annan teknik. Informations-

<sup>204</sup> Som en del av den privata sfären tillämpas skyddet av privatintegritet (skyddet av privatliv) eller för juridiska personers del skyddet av företagshemligheter. Den offentliga sfären är inte i denne bemärkelse jämförbart med det engelska begreppet *public domain*, som innebär att upphovsrätten inte kan göras gällande till ett visst material p.g.a. att skyddstiden löpt ut eller innehållet undantagits upphovsrätt.

<sup>205</sup> Upphovsrätten erbjuder inte endast ekonomiskt incitament, utan även upphovsrättens ideella rättigheter utgör ett incitament.

<sup>206</sup> Innovationsprocesser kan sägas bestå av både informationsflöden (*process of information flow*) och skapandet av ny information (*information creation*). Mandeville, *An Information economics perspective* (1998), s. 360. Informationsprocesser inkluderar förutom innovationsprocesser även andra informationsprocesser som inte har något innovativt syfte.

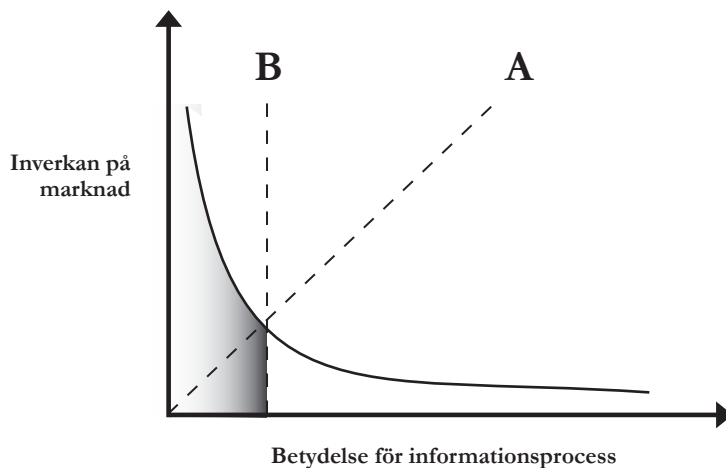
<sup>207</sup> Frågan om överföring till den offentliga sfären baserar sig istället på offentlighetslagstiftningen, i Finland lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet 21.5.1999/621.

<sup>208</sup> Detta resonemang har också en motsvarighet inom den konkurrensrättsliga *essential facilities*-doktrinen, enligt vilken ett företag inte kan neka licens ifall nyttigheten är nödvändig för att andra aktörer skall kunna fungera på marknaden. *Essential facilities* har i svenskan även benämnts ”nödvändiga nyttigheter” eller ”oumbärliga resurser”. Eklöf, *Upphovsrätt i konkurrens* (2005), s. 414 ff. Eklöf konstaterar att upphovsrättsliga rättigheter kan utgöra en nödvändig nyttighet även om *essential facilities*-doktrinen ursprungligen utvecklats med tanke på andra arter av nyttigheter än upphovsrättsligt skyddat innehåll. Substitutbarheten är alltså en fråga som även gäller upphovsrättens marknadsfrämjande funktion, se ovan kapitel II.2.3.3



processer utgörs av mänsklig interaktion med kommunikationsinnehåll, t.ex. undervisning, chattande eller konstnärliga framträdanden.

I bilden nedan har detta uttryckts grafiskt. Ju mera användningen konkurrerar med den kommersiella upphovsrättsliga användningen (inverkan på marknaden) och ju mindre användningens betydelse är för andra informationsprocesser, desto större skäl att vidmakthålla den upphovsrättsliga ensamrätten. Hjälpelinjen A som går från origo korsar den heldragna linjen vid dess mittpunkt. Det streckade fältet till vänster om hjälpelinje B åskådliggör det område för vilket man kan anta att det är samhällsligt optimalt att vidmakthålla upphovsrättsligt skydd. Ju längre till höger man förflyttar sig desto mindre är användningens kommersiella betydelse. Ju längre till höger man förflyttar sig desto större skäl är det att begränsa upphovsrätten till förmån för andra informationsprocesser. I närheten av hjälpelinje B kan man därför anta att upphovsrätten begränsas genom något slag av tvångslicenseringsarrangemang, eftersom användningens betydelse för informationsprocessen blir relativt stor och användningen ännu har en relativt stor inverkan på marknaden. Modellen åskådliggör den gradvisa övergången från den användning som kan anses utgöra kärnområdet för upphovsrätten, dvs. direkt konkurrerande användning som med hjälp av upphovsrätten kan uteslutas (t.ex. möjligheten att förbjuda konkurrent från att mångfaldiga och sprida en bok) via massanvändning som har relativt stor betydelse för marknaden till användning med stor betydelse för informationsprocessen men liten betydelse för marknaderna, såsom till exempel privat kommunikation eller användning av ett verk vid rättegång.



*Bild 4. Det upphovsrättsliga skyddet i förhållande till användningens inverkan på marknaden och dess betydelse för informationsprocessen*



Bilden ovan kan beskrivas som ett slags grov idealmodell. Verkligheten är betydligt mer mångfacetterad, men denna modell beskriver i princip hur man inom upphovsrätten tänker sig förhållandet mellan skyddsvärd användning och användning där upphovsrättsligt skydd inte längre är motiverat. Orsaken till att jag kallar detta en idealmodell är att det kan finnas tillfällen där användningen kan ha stor betydelse för marknaden samtidigt som den också har stor betydelse för informationsprocessen. Dikotomin idé-uttryck kan anses ha skapats just för att lösa detta dilemma. Dessutom är grafen ingen lösning på frågan om vad som skall anses tillhöra den upphovsrättsliga marknaden. Upphovsrättens förhållande till marknaden kan beskrivas som det klassiska problemet med hönan och ägget; Marknader uppkommer inte utan upphovsrätt (upphovsrätten konstituerar alltså marknaden), men samtidigt borde upphovsrätten begränsa sig till marknaderna<sup>209</sup>.

Excessivt upphovsrättsligt skydd kan tänkas leda till hinder för att tillföra nytt innehåll. Det här kan till exempel ske genom en uppluckring av läran om skillnaden mellan idé och uttryck. En sådan uppluckring kan ske genom nya former av upphovsrättsligt skydd såsom *sui generis*-skyddet för databaser, men framför allt genom en allt vidare tolkning av vad som anses utgöra verket eller upphovsrättsligt relevant verksamhet. Stadgandet i FiURL 2 § ger möjlighet till en vid tolkning av verket, eftersom upphovsrätten inte endast gäller verket i dess ursprungliga form, utan även ”i ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik”.

Då det gäller kommersiell användning ter sig upphovsrätten relativt oproblematisk och kan närmast jämföras med de kostnader man inom industrin har för råvaror. Kostnaderna för att licensera en nyttjanderätt till verket kan ju överföras till nästa led. Problem uppkommer först då det inte finns något ”följande led” att ta ut priset från, men man anses ändå utföra en handling som faller inom ramarna för den upphovsrättsliga ensamrätten. Precis som vid annan immaterialrätt utgår man ifrån att upphovsmannen tar en del av de kommersiella riskerna och den upphovsrättsliga ersättningen utgör en del av upphovsmannens inkomster och kompensation för denna risktagning.

Upphovsrätten har traditionellt ansetts höra hemma i den kommersiella världen och många av upphovsrättens begränsningar baserar sig på att nyttjandet sker utanför det kommersiella sammanhanget eller att ett upphovsrättsligt skydd med tanke på transaktionskostnaderna skulle vara samhällsligt icke-optimalt. Grundtanken är att information används i olika sammanhang och olika samhällsliga processer på vilka upphovsrätten inte borde ha någon inverkan. Det handlar ofta om informationsprocesser som ligger utanför den kommersiella verksamheten, såsom undervisning och forskning eller privat kommunikation. Det har ansetts obilligt att belasta icke-kommersiell användning med upphovsrätt<sup>210</sup>. Orsaken till detta är klart; Ifall upphovsrätten ställer hinder för nyttjande som ligger i den privata sfären och utanför den

---

<sup>209</sup> I WIPO:s Internetkonventioner använder man begreppet upphovsmannens rättighet till *normal exploatering* av verket, WCT art. 10. Därutöver talar man om att upphovsmannens *legitima intressen* bör beaktas. Med det senare torde man avse upphovsmannens ideella rättigheter.

<sup>210</sup> I ekonomiska termer skulle man tala om att de samhällsliga kostnaderna för att påföra upphovsrätt skulle vara större än den samhällsliga nyttan med upphovsrätt. Det handlar om att en normal marknadsmekanism inte skulle fungera. Då den ena parten har ett icke-pekuniärt intresse av ett upphovsrättsligt verk är en normal prissättning omöjlig att utföra. Låt oss som exempel ta musikundervisning. Priset för framförandet kunde i detta fall inte bestämmas av framförandets kommersiella värde, eftersom det är fråga om icke-kommersiell verksamhet. Det pris skolan är färdig att betala för framförandet bestäms av skolans budget, dvs. de tillgängliga skattemedlen, och har mycket litet att göra med vilken betydelse verket har för undervisningen.

upphovsrättsliga marknaden kan detta helt enkelt leda till att informationsresurserna *underutnyttjas*, dvs. utnyttjas mindre än vad som är socialt optimalt<sup>211</sup>.

En viktig orsak till att informationsresurser underutnyttjas är inte nödvändigtvis alltid en snedvriden allokering av rättigheter till information, utan kan också bero på rättslig osäkerhet eller en snedvriden rättslig riskfördelning. Om den pekuniära eller icke-pekuniära nyttan av användning av information underskrider (de pekuniära eller icke-pekuniära) kostnaderna för ett potentiellt rättighetsintrång leder detta till en försiktighet som gör att informationsresurserna nyttjas i mindre grad än vad som är socialt optimalt.

Det är troligt att en lärare, som riskerar upp till två års fängelse och krav på ersättning för upphovsrättsintrång och rättegångskostnader för att hon inom ramen för distansundervisning har sparat en kopia av ett verk som någon annan olovligt lagt upp på nätet och som hon därför rättsstridigt anses ha överfört till allmänheten (studenterna), gör den slutledningen att risken är alltför stor att använda innehåll som publicerats på Internet och framförallt inom ramen för distansundervisning som sker via Internet<sup>212</sup>. Som en följd av detta väljer hon troligtvis att antingen producera nytt material eller ingå ett avtal med den som tillhandahåller innehållet i avsikt att på avtalsrättslig väg överföra riskerna för användningen till den som tillhandahåller innehållet. Det förra är inte nödvändigtvis ändamålsenligt eller ens möjligt med tanke på undervisningen och dess syfte. Det senare igen innebär en process som är dyrbar i förhållande till den samhällseliga nyttan av distansundervisning som undervisningsform.

Underutnyttjande av innehåll kan ske också i kommersiell verksamhet, vanligen på grund av för höga transaktionskostnader. Orsakerna till höga transaktionskostnader kan vara flera. En orsak kan vara att det är svårt att ta reda på om ett verk är underkastat upphovsrätt eller vem rättsinnehavarna är, särskilt då det på grund av tidspress är omöjligt att före exploateringsstillfället ta reda på det. En annan orsak kan vara att rättigheterna fragmenterats för mycket, varför kostnaderna för att ta reda på alla rättsinnehavare och licensera rättigheterna blir för höga. Man har ibland kallat detta för ”*tragedy of the anticommons*”<sup>213</sup>.

<sup>211</sup> Även Elkin-Koren och Salzberger påpekar problemet med att en alltför stark upphovsrätt leder till undernyttjande av verk. De förklarar detta med att informationens icke-rivaliserande natur antyder att användning av information borde maximeras då den en gång skapats. Men å andra sidan, om man ger upphovsrättsinnehavarna ett monopol över sina verk kan de prissätta som de vill. Rättsinnehavarna strävar vanligen efter att maximera sina inkomster istället för att prissätta enligt produktionens marginalkostnader. Om en potentiell användare värdesätter information vid sin marginella kostnad men i mindre grad än monopolpriset, leder detta till att användaren inte köper en licens. Elkin-Koren & Salzberger, *Law, Economics and Cyberspace* (2004), s 51.

<sup>212</sup> Detta är resultatet av de nya stadgandena i den finska upphovsrättslagen införda genom lagen om ändring av upphovsrättslagen nr 821/2005 samt de nya straffstadgandena som berör upphovsrättsbrott.

<sup>213</sup> Heller, *The Tragedy of the Anticommons* (1998), s. 621 ff. Artikeln berör problemet med rättigheternas fragmentering; Om alltför många har rätt att exkludera andra från nyttjande uppkommer en situation där egendomen utnyttjas mindre än vad som skulle vara socialt optimalt. Teorin om ”the tragedy of the anticommons” är motsatsen till teorin om ”tragedy of the commons”. Enligt den senare leder äganderätten till att marken utnyttjas samhälleligt mer optimalt än vad fallet skulle vara om marken var i gemensam ägo. Om marken är i gemensam ägo överexploateras den lätt för kortsiktig egen vinning, varvid ”the tragedy of the commons” uppstår. Rahnasto, *How to Leverage* (2001) kritiserar Hellers teori och förklarar att fragmenteringen vanligen går att lösa genom praktiska metoder.

## 2.4. Upphovsrättens balans och förändringar i verksamhetsmiljön; strävan efter systemisk balans

Den tredje aspekten på upphovsrättens balans är att det är frågan om en strävan efter en systemisk balans; Ändringar i någon grundläggande faktor ger anledning att ändra även andra delar av det upphovsrättsliga institutet.

Upphovsrätten baserar sig på vissa antaganden gällande bl.a. upphovsrättens objekt, dess subjekt, kommunikationsmiljön och media samt affärsmodeller (vad som är värdeskapande). Då den reella verksamhetsmiljön förändras måste upphovsrätten anpassas för att möta denna nya verklighet. Det här innebär inte att alla förändringar i upphovsrätten som har gjorts på grund av förändringar i verksamhetsmiljön skulle ha gjort upphovsrätten mer ”balanserad”, snarare tvärtom<sup>214</sup>. Poängen är hur som helst att man alltid borde betrakta vilka antaganden som ligger till grund för vissa arrangemang eller institutionella lösningar för att kunna bedöma huruvida det finns anledning eller inte att ändra tolkning eller lagstiftning<sup>215</sup>.

Det torde vara helt klart att det inte skulle finnas några avtalslicensstadganden ifall det inte fanns organisatoriska förutsättningar för sådan verksamhet. Då skulle alternativet vara någon form av tvångslicensering<sup>216</sup>. Av möjligheterna att nyttja ett avtalslicenssystem följer att man föredragit detta framom tvångslicensering, eftersom man ansett att tvångslicensering utgör ett större ingrepp i upphovsmannens rättsställning. Samtidigt har dessa förändringar gett upphov till ett ökat tryck på att införa avtalslicenssystem i massanvändningssituationer, som kanske tidigare skulle ha bedömts vara av sådan natur att man på grund av praktiska skäl hade undantagit sådan användning från upphovsrätten.

En av de centrala teserna i denna avhandling är att DRM på ett grundläggande sätt förändrar upphovsrättens verksamhetsmiljö och det upphovsrättsliga institutet. Elektronisk rättighetshantering innebär ju fundamentala förändringar i upphovsmannens möjlighet att utöva kontroll över det upphovsrättsliga objektet, närmast då möjligheten att påföra information om rättsinnehavare, användningsvillkor och eventuellt även mekanismer som styr användningsmiljön, såsom genom kopieringsskydd.

Strävan efter en systemisk balans kan med tanke på DRM bestå av att tillåta en mer omfattande förfoganderätt än vad upphovsrättslagstiftningen i sig erbjuder mot att användarens frihet skyddas då DRM-system inte använts. Det handlar egentligen här om att ge vilje-

<sup>214</sup> Det är därför allt fler röster höjs (speciellt inom det oberoende akademien) om att upphovsrätten i allt högre grad är obalanserad. Det verkar uppenbart att denna obalans har att göra med att det är starka privata intressen som lobbade för en kontinuerlig expansion av upphovsrätten. Cornish, *Intellectual Property* (1999), s. 358. Drahos har kritiserat speciellt de förhandlingar som ledde till TRIPS-avtalet. För att uppnå en balans skulle enligt Drahos krävas att alla relevanta intressen är representerade, att alla involverade i förhandlingarna har full information om konsekvenserna av slutresultatet samt att en part inte får utöva utpressning på en annan. Drahos with Braithwait, *Information Feudalism* (2002), s. 189 ff.

<sup>215</sup> Det är tyvärr inte alltid så enkelt att utföra denna operation, eftersom lagförslagen ofta innehåller mycket sparsamt med information om de antaganden gällande verksamhetsomgivning som de baserar sig på. En annan sak är att det också är omöjligt att ändra rättspraxis endast för att antagandena gällande verksamhetsmiljön inte uppfylls eller verksamhetsmiljön uppenbarligen förändrats. Detta är också ett problem som sammanhänger med att den upphovsrättsliga lagstiftningen till sin utformning är regelbetonad istället för principbetonad. En principbetonad lagstiftning skulle erbjuda domstolarna bättre möjligheter att beakta ändringar i verksamhetsmiljön.

<sup>216</sup> Tvångslicensstadgandet i FiURL 18 § om samlingsverk som är avsedda för bruk i undervisning fungerar i praktiken på så sätt att den som framställer samlingsverket, t.ex. ett bokförlag, till rättsinnehavaren erlägger en summa som bokförlaget anser är skäligt. Tvångslicensstadganden skiljer sig från avtalslicensstadganden på två punkter; Vid tvångslicens kan upphovsmannen inte neka licens och vid tvångslicens finns ingen upphovsrättsorganisation med mandat att å upphovsmännens vägnar (inklusive sådana som inte är medlem i organisationen) förhandla om licensbeloppet. Tvister gällande ersättnings skälighet avgörs vid tvångslicensering i efterskott.

elementet (viljan att rättsligt förfoga över objektet)<sup>217</sup> en större betydelse och lätta på användarens försiktighetsplikt. Ett sådant arrangemang skulle inte ha varit möjligt i den traditionella upphovsrättsliga verksamhetsmiljön, men ter sig som en allt mer naturlig lösning i en ny miljö.

## 2.5. Hur nå optimal balans inom (eller utom) upphovsrätten?

Ovan har presenterats tre aspekter på upphovsrättens balans som kompletterar varandra. Man kan fråga sig om det är riktigt att sträva efter en balans mellan olika intressen inom upphovsrätten, eller om denna balans nås som en samverkan med andra rättsområden. Man kan dessutom fråga sig hur den ovan i kapitel II.1 ovan framförda principen om informationens fria rörlighet hör samman med upphovsrättens balans.

Diskussionen om balansering *inom* eller *utom* upphovsrätten har de senaste åren gått het. Fokus har främst varit inställt på frågan om upphovsrättens marknadsfrämjande funktion och förhållandet till konkurrensrätten. *Schovsbo* har framfört två alternativ: antingen görs en sk. tvärförtolkning, varvid både det upphovsrättsliga och det konkurrensrättsliga regelverket tillämpas på samma problem, eller så internaliseras konkurrensrätten<sup>218</sup>. *Riis* verkar anse att konkurrensrätten är mer tillämpbar än upphovsrätten då det gäller att lösa åtminstone de problem som uppstår av informationsteknologiska frambringelsers funktionella karaktär. Han anser att konkurrensrätten erbjuder en bättre referensram för lösande av konflikter gällande samfundsekonomiska intressen<sup>219</sup>. *Eklöf* anser att en internalisering är möjlig i de fall då konkurrensstörningar är någorlunda förutsebara, lätt identifierade och en internalisering är rättstekniskt genomförbar, medan konkurrensrätten är bättre tillämpbar i övriga situationer. Den ena synvinkeln utesluter alltså inte den andra. *Eklöf* anser dock att konkurrensrätten i många fall är alltför grovhuggen och föreslår en internalisering av generalklausulkaraktär (av samma typ som *fair use* i USA), som kunde tillämpas i de fall då dominans- och missbrukskriterierna i artikel 82 i EG:s grundfördrag inte är uppfyllda.<sup>220</sup>

Motsvarande tankegångar har framförts också gällande huruvida en balansering mellan yttrandefrihet och upphovsrätt bör ske inom eller utom upphovsrätten. *Karnell* verkar klart utgå ifrån att sådana frågor bör avgöras enbart utgående från upphovsrättslagstiftningen<sup>221</sup>, medan *Hugenholtz* talar för en tvärförtolkningslinje, där alltså yttrandefrihetsresonemang skall anses vara tillämpbara även i upphovsrättsliga fall<sup>222</sup>. *Birnhack* igen anser att det är ovidkommande om en balansering av yttrandefrihet med upphovsrätt sker på basen av en internalisering eller genom tvärförtolkning. Huvudsaken är att balanseringen är materiell och inte endast mekanisk<sup>223</sup>.

<sup>217</sup> Om vilje-elementets historiska betydelse för äganderättens uppkomst, se Paasto, Omistuksen juuret (2004), särskilt s. 26, 138, 155, 197, 312. Vilje-elementet verkar ha haft en central konstituerande roll för äganderätten både i Kants och Hegels äganderättsteori, liksom även i 1800-talets rättsvetenskapliga tradition. Vilje-elementet har haft betydelse även inom den upphovsrättsliga doktrinen åtminstone i USA. Enligt Ginsburg fungerade ”copyright notice” som en positiv gärning som befäster förfogandet och intentionen att använda verket på ett ekonomiskt betydelsefullt sätt. Ginsburg, Copyright in the US (1992), s. 161-162.

<sup>218</sup> Schovsbo, Gränsefladespörgsmål (1996).

<sup>219</sup> Riis, Immaterialret & IT (2001), s. 196-197.

<sup>220</sup> Eklöf, Upphovsrätt i konkurrens (2005), s. 468-472.

<sup>221</sup> Karnell, Copyright protection under human rights control (2004).

<sup>222</sup> Hugenholtz, Code as Code (1999).

<sup>223</sup> Birnhack, Copyrighing Speech (2004), s. 37-62.

Enligt Birnhack kan man antingen se yttrandefriheten som någonting externt i förhållande till upphovsrätten eller som en intern och integrerad del av upphovsrätten. Genom en extern avvägning av yttrandefrihet med upphovsrätt nås samma resultat som genom en materiell internalisering av yttrandefriheten inom det upphovsrättsliga institutet<sup>224</sup>.

Internaliseringen kan enligt Birnhack ske antingen genom en mekanisk internalisering eller genom en materiell internalisering. Den förra nyttjas enligt Birnhack i europeiska länder medan den senare approachen är typisk för USA. Den materiella internaliseringen av yttrandefriheten förutsätter att upphovsrätten anses ha samma målsättning som yttrandefriheten. Enligt amerikansk doktrin förutsätts upphovsrätten och yttrandefriheten ha samma målsättning, medan arbetsfördelningen mellan dessa rättsliga institut är olika; Där som yttrandefriheten är avsedd att skydda informationens fria rörlighet avser upphovsrätten ge positiva incitament för att skapa yttranden. Enligt amerikansk rättsdoktrin anses yttrandefriheten skydda mot offentlig censur medan upphovsrätten skyddar mot privat censur<sup>225</sup>.

Birnhacks teori förklarar också möjligheterna till en extern analys av förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet tillämpbar i en europeisk kontext; eftersom yttrandefriheten och upphovsrätten har olika arbetsfördelning är det inte omöjligt att samtidigt se yttrandefriheten som något externt till upphovsrätten trots att upphovsrätten i viss mån beaktar yttrandefrihetsaspekter.

Såsom tidigare nämnts verkar domstolarna dock generellt motvilliga att tillämpa yttrandefrihetsstadganden direkt på upphovsrättsliga fall. Detta torde också vara en av anledningarna till att man inte i någon större utsträckning diskuterat frågan utan verkar utgå ifrån att yttrandefriheten är internaliserad i upphovsrätten.

Ett *kategoriskt* åsidosättande av yttrandefrihetsargument i upphovsrättsliga samband är dock inte försvarbart med tanke på de moderna lärorna om de grundläggande rättigheternas horisontala verkan samt med tanke på att internaliseringen av yttrandefriheten i upphovsrättslagen baserar sig på en etablerad arbetsfördelning mellan upphovsrätt och yttrandefrihet.

När det gäller upphovsrättens marknadsfrämjande funktion erbjuder konkurrensrätten en naturlig avgränsning och ultimata begränsning av det upphovsrättsliga monopolet. Med hjälp av konkurrensrätten kan man dock inte återställa upphovsrättens balans, eftersom konkurrensrätten begränsar sig till sin egen synvinkel; det skall vara fråga om ett konkurrensförhållande. Konkurrensrätten fungerar alltså inte i de fall där det inte är fråga om en konkurrenssituation.

*Dreier* har argumenterat för att man bör sträva till att internalisera upphovsrättens balans genom att mer allmänt beakta andra intressen (än de upphovsrättsliga) inom upphovsrätten. Han har också identifierat de främsta lagtekniska medlen inom upphovsrätten för att uppnå denna balans. Dessa är enligt honom definitionen av upphovsrättens föremål, närmast då originalitetskravet och idé-uttryck-dikotomin, begränsningen av upphovsrättens tidsmässiga längd, begränsning av exklusiva rättigheter samt upphovsrättens undantag och inskränkningar<sup>226</sup>.

Med tanke på förändringarna i upphovsrättens verksamhetsmiljö och det faktum att upphovsrätten i allt högre grad berör såväl myndigheters som privatpersoners verksamhet samt icke-konkurrerande näringsidkares verksamhet behövs det något mer, något annat ”rätts-

---

<sup>224</sup> Ibidem.

<sup>225</sup> Ibidem, s. 44-46.

<sup>226</sup> Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests* (2001), s. 195-316.

område” eller doktrin. Då man beaktar upphovsrättens övriga funktioner och reflekterar över vilka dessa doktriner kunde vara ligger det nära till hands att konstatera att det är få rättsområden som erbjuder någon naturlig avgränsning med principer som skulle vara tillämpbara vid upphovsrättsliga problemsituationer. Förändringarna i den upphovsrättsliga verksamhetsmiljön kombinerade med den utveckling som skett inom upphovsrätten förleder till ett paradigmskifte, där även upphovsrättens förhållande till angränsande doktriner måste omvärderas.

Det är alltså en grundläggande tes i denna avhandling att konkurrensrätten inte erbjuder tillräckliga medel för att handlägga de problem som uppstår i den moderna upphovsrättsliga verksamhetsmiljön<sup>227</sup>. Det är därför nödvändigt att utveckla andra doktriner och paradigmer. Den informationsrättsliga synvinkeln kan här utgöra ett alternativ för att lösa åtminstone en del av de problemsituationer som man inte kan rå på inom konkurrensrätten.

Även om en naturlig utgångspunkt är att olika grundläggande rättigheter till information skall avvägas mot varandra och att det är nödvändigt att godta att olika intressenter kan ha olika skyddade grundläggande rättigheter till information<sup>228</sup>, räcker inte endast detta, eftersom detta i sig säger litet om hur en dylik avvägning skall ske. Därutöver behövs en uppfattning om vilken upphovsrättens funktion är i den informationsrättsliga verksamhetsmiljön och till vilken del upphovsrätten stöder eller utgör hinder för de grundläggande rättigheter upphovsrätten inverkar på samt de samhällliga uppgifter upphovsrätten kan anses ha. Upphovsrätten blir alltså en del av samhällets informationspolitik och informationsrätt.

Liksom vid konkurrensrätten uppstår frågan om en informationsrättslig avvägning bör ske utom upphovsrätten eller inom upphovsrätten. Och liksom Eklöf anser jag att det inte finns någon principiell motsättning mellan den externa och interna synvinkeln, utan de bör samexistera. *Frågan är om förverkligandet av en policy. Detta kan lagtekniskt ske på olika sätt.* Därför är frågan om en eventuell motsättning mellan en intern och en extern synvinkel irrelevant. Ovan i kapitel II.1.4 har jag försökt ådagalägga spåren av principen om informationens fria rörlighet inom upphovsrätten. Dessa i kombination med upphovsrättens funktioner, och särskilt upphovsrättens målsättning att främja informationsprocesser, kan sägas utgöra den interna bilden. Den externa synvinkeln erbjuds inte av något koherent rättsområde eller någon viss lag, såsom vid konkurrensrätten, utan måste rekonstrueras utifrån ett flertal lagar eller rättsområden som berör informationsmarknaderna (i vid mening) och deras funktion. Hur man lagtekniskt väljer att förverkliga policyn (dvs. inom eller utom upphovsrätten) baserar sig på en ändamålsenlighetsbedömning<sup>229</sup>.

Jag förhåller mig skeptisk till möjligheterna att nyttja (endast) de lagtekniska medel Dreier

<sup>227</sup> Det finns också de som anser att konkurrensrätten inte är lämplig att handha de konkurrensproblem som uppstår inom immaterialrätten, eftersom det inte finns någon allmänt accepterad ekonomisk teori om hur konkurrens uppstår vid innovation i motsats till normal konkurrensrätt, som baserar sig på en allmänt accepterad ekonomisk modell över priskonkurrens. Desanti & Cohen, *Competition to Innovate* (2001), s. 317-341.

<sup>228</sup> Sådana grundläggande rättigheter till information utgörs åtminstone enligt den finländska grundlagsrättsliga ordningen av yttrande- och kommunikationsfriheten, religions- och samvetsfriheten, på offentlighetsprincipen baserade rättigheter till information, persondataskyddet, skyddet av kommunikationshemligheten samt de kulturella rättigheterna.

<sup>229</sup> Domstolarnas motvilja mot att göra en såkallad tvärförtolkning mellan upphovsrätt och yttrandefrihet verkar tala för att en internalisering kan vara det enda effektiva sättet att genomföra en sådan policy. Detta är dock en sak som även har att göra med utvecklingen av de allmänna tolkningslärorerna. Det är möjligt att den yngre generationen av jurister har en större benägenhet och färdighet att utföra sådana tvärförtolkningar än den juristgeneration som växt upp under rättspositivismens guldålder. Detta är dock en fråga som överskrider både min kompetens och mitt forskningsuppdrag och därför lämnas därhän. Med tanke på upphovsrättsrådets centrala ställning vid tolkning av upphovsrätt och dess mandat som berör uttryckligen det upphovsrättsliga regelverket ter sig en internalisering önskvärd.



framför för en balansering inom upphovsrätten i alla situationer. Det här gäller åtminstone ifall obalansen anses bero på nyttjandet av tekniska åtgärder. Upphovsrätten erbjuder nämligen inte användare några positiva rättigheter (man kan inte kräva att få tillgång till ett verk på basen av upphovsrättslagen), utan upphovsrättens inskränkningar fungerar som en sköld mot rättsinnehavarens invändningar mot ett nyttjande. Ifall man anser att en användare bör ha tillgång till ett upphovsrättsligt verk och en teknisk åtgärd utgör ett hinder för dylik användning torde det därmed finnas (åtminstone) två lagtekniska möjligheter att genomföra detta. Man kan införa en positiv användarrättighet i upphovsrättslagen (eller någon annan lag) på basis av vilken användaren kan kräva att rättsinnehavaren erbjuder tillgång till verket (i skyddad eller oskyddad form). Alternativt kan man begränsa rättsinnehavarens rättighet att påföra tekniska åtgärder.

En öppen inställning till medlen för att uppnå en upphovsrättslig balans verkar mer fruktbar än att i förväg förbinda sig till några specifika lagtekniska medel. Man måste också beakta att det är högst troligt att de förändringar i verksamhetsmiljön som DRM-systemen åstadkommer leder till att även medlen för att uppnå en upphovsrättslig balans förändras. Man kan inte stoppa tillbaka anden i flaskan efter att den en gång släppts lös. På samma sätt kan man inte trola bort de tekniska kontrollsyste­men, utan man måste utgå ifrån att DRM-system finns och används. De problem som eventuellt uppstår måste lösas på något sätt. Det här kan ske genom lagstiftning, soft-law eller som ett resultat av en utveckling av de allmänna lärorna på rättsområdet (vilket påverkar lagtolkningen).

Slutligen kommer vi till frågan om huruvida det i verkligheten är möjligt att nå en ”optimal balans” ens förutsatt att man är överens om upphovsrättens funktioner och underliggande värderingar. Upphovsrättens balans tar sig uttryck i lagtillämpningen närmast som en tillämpning av vissa principer i konkreta fall. Ur lagtillämpningsnivå är frågan att jämföra med möjligheterna att nå ett (enda) rätt svar. I enlighet med Dworkin kan man då säga att Herkules gör det, och domaren i det verkliga livet bör sträva efter det<sup>230</sup>. Domaren bör sträva till att tolka upphovsrätten på ett sätt som är så koherent som möjligt både med tanke på underliggande värderingar och i förhållande till andra rättsområden. Ur lagtillämpningsperspektiv är det viktigt att lagstiftningen är tillräckligt flexibel för att ge rum för den avvägning som måste ske för att kunna uppnå ett balanserat resultat i ett enskilt fall.

Lagstiftningen och rättsläran kan utstaka principerna för hur en avvägning bör ske. Frågan om varje avvägning i ett konkret fall i enlighet med någon objektiv måttstock är balanserad är svår att bevisa. I kombination med uppfattningen om behovet att balansera olika grundrättigheter samt om upphovsrättens funktioner kan principen om informationens fria rörlighet utgöra en vägledande tumregel på basen av vilken man kan bedöma om en rättslig lösning leder till ett optimalt resultat. Detta förutsätter naturligtvis att man utgår ifrån att fri rörlighet för information normalt sett är ett ideal som är eftersträvansvärt och som alltså överens-

<sup>230</sup> Dworkin, *Law's Empire* (1998). I Dworkins teori är Herkules den ultimata, rättfärdiga och allvetande domaren. Trots att Herkules är en ouppnåbar idealmodell poängterar Dworkin att man i lagtillämpningsverksamheten är skyldig att sträva mot bästa möjliga tolkning. Dworkins teori om rätten som integritet (*law as integrity*) poängterar att domaren bör sträva till såväl materiell, strukturell och procedurrell rättvisa. Centrala element i Dworkins teori är att man strävar efter koherens och inte nöjer sig med att ”det finns luckor i lagstiftningen”. Dworkin menar att det alltid finns underliggande principer som fyller ut eventuella luckor i lagstiftningen. Dworkins teori har setts som en kritik av rättspositivismen. Med tanke på att Dworkin betonar att domarens bedömning bör utgå från rättssystemet anser jag inte att hans teori står i bjärt kontrast med rättspositivismen. Det är istället fråga om skilda syner på rättssystemets problemlösningsförmåga och ”hur man bör läsa lagen”.



stämmer med grundläggande rättigheter och även i övrigt är till det bästa för samhället.

En förutsättning för att nå en optimal balans skulle vara att lagstiftaren har fullständig information om lagens verkningar, förhåller sig neutralt till olika gruppers intressen (dvs. favoriserar ingen grupp framom den andra) samt har fullständig insikt i vilka lagtekniska medel som fungerar bäst för att uppnå en balanserad approach (lagstiftningens instrumentella funktion). Även detta kan anses vara ett ouppnåeligt ideal, som lagstiftaren dock bör sträva efter.

En förutsättning för att man ens i teorin skall närma sig en optimal balans är att frågan tas på allvar av både lagstiftare och rättsvetenskapen. Det krävs alltså att man strävar till att formulera sådana teorier och principer som basis för reglering och tolkning som belyser sammanhangen och gör ärliga försök att eftersträva en balanserad upphovsrättspolicy anpassad för det moderna informationssamhället.



# III. Utvecklingen av kontrollens infrastruktur inom upphovsrätten

*”Just as uses of information can be excluded on the basis of copyright, technological measures allow the exclusion of uses”*<sup>231</sup>

- Kamiel J. Koelman

## 1. INLEDNING

DRM-system innebär presumtivt en ökad kontroll över innehåll och dess användning. Föremålet för analys i detta kapitel är på vilket sätt DRM-system inverkar på upphovsrättens kontrollstrukturer (eller *governance*-strukturer). Framställningen tar sats i ett historiskt perspektiv. En analys av vilken betydelse olika former av kontrollstrukturer har haft inom det upphovsrättsliga systemet hjälper oss att placera in DRM-system i historisk kontext.

Den grundläggande tesen som prövas i det här kapitlet är att DRM innebär en kontrollrevolution och därför på ett grundläggande sätt förändrar uppfattningen om det upphovsrättsliga skyddets (legitima) omfattning. Kan den elektroniska rättighetshanteringens effekt sägas vara så omfattande att den potentiellt förändrar det upphovsrättsliga paradigmet?

Enligt *Friedman* leder förändringar i tekniken till förändringar i rätten. För det första förändras kostnaderna förknippade med intrång i och säkerställande av gällande rättsnormer. För det andra förändrar den de underliggande fakta som motiverar rättsnormen. Och för det tredje förändrar den de underliggande presumtioner som rättsnormerna baserar sig på, vilket gör rättsliga koncept och kategorier obsoleta eller meningslösa<sup>232</sup>.

Ett sådant paradigmskifte torde i första hand följa av de *förändrade omständigheterna gällande förmågan att kontrollera verksnyttjande och licensera verk*. Lika viktigt som DRM-systemen i sig är som förändringskraft är det rättsliga stöd tillämpningen av DRM-system får samt den övriga utvecklingen i verksamhetsmiljön av betydelse för denna förändring.

Med verksamhetsmiljö avses både den tekniska verksamhetsmiljön och förändringarna i affärsmiljön. Till förändringarna i verksamhetsmiljön hör det jag kallar *kommunikationens materialisering*, det vill säga att både masskommunikation och individuell kommunikation i allt högre grad sker med hjälp av digitala medier, vilket i sin tur leder till att kopior uppstår och kommunikation i högre grad går att spåra.

Förändringarna i verksamhetsmiljön förändrar också det som är *det avsedda föremålet för kontroll*. Av största vikt är här den utveckling som lett till att tyngdpunkten skiftat från massproduktion av varor till tillhandahållandet av on-line tjänster<sup>233</sup>. *I stället för att kontrollera framställning av kopior ökar intresset av att kontrollera tillgång till innehållet och möjligheterna att uppleva*

<sup>231</sup> Koelman, *The Protection of Technological Measures* (2002), s. 18.

<sup>232</sup> Friedman, *Does Technology Require New Law?* (2001), s. 71-85.

<sup>233</sup> Nimmer & Krauthaus, *Information as A Commodity* (1992).

*innehållet*. Man kunde kanske säga att det har skett en utveckling från innehållsindustri till upplevelseindustri.

Digitaliseringen har också lett till en *dematerialisering* av verket<sup>234</sup>. Det här ställer nya krav på de faktiska möjligheterna att lokalisera och definiera ”verket”. Dematerialiseringen kan också sägas förändra synen på värdeskapande aktiviteter; det är inte längre publikationsverksamhet som ligger i fokus, utan i allt högre grad kommunikationsverksamhet. Hur man skall definiera och fastställa den värdeskapande aktiviteten som hör eller bör hör till upphovsrättens skyddsområde utgör ett allt större problem.

*Kommodifieringen av information* innebär att innehåll i allt högre grad anses ha ett kommersiellt värde. Som ett resultat av denna kommodifiering söker marknadsparterna i allt högre grad skydda sina investeringar både genom att lobba för ett starkare skydd av immateriella tillgångar och genom ökad användning av medel för privatreglering i form av avtal eller tekniska skyddssystem. Den immaterialrättsliga regimen i kombination med de möjligheter den ger för privata regimer (avtal, tekniska åtgärder) utgör den *exploateringsregim* som marknadsaktörerna kan basera sin affärsstrategi på<sup>235</sup>.

Kontrollens infrastruktur beror dels på vad som utgör föremål för kontroll och dels på de praktiska och rättsliga förutsättningarna för att utöva kontroll. Avsikten med det här kapitlet är att beskriva och analysera hur kontrollinfrastrukturen och rättighetshandlingen inom upphovsrätten har utvecklats i sig och i förhållande till utvecklingen och expansionen av upphovsrätten. Frågan om DRM-systemens inverkan på upphovsrättens system för hantering av rättigheter analyseras i det följande utifrån tre olika perspektiv.

För det första betraktas DRM-systemen som ett led i utvecklingen av upphovsrättens rättighetshandlingssystem. Tillämpningen av DRM-system ses alltså som en utvecklingsetapp i historien över rättighetshandling inom upphovsrätten. Det är alltså fråga om organisation och *governance*-system lika mycket som teknik. Liksom stora förändringar i allmänhet är det viktigt att förstå vilken effekt elektronisk rättighetshandling får eller borde få på helheten, i detta fall det upphovsrättsliga systemet och framförallt uppfattningen om förutsättningarna för och omfattningen av det upphovsrättsliga förfogandet.

*Utvecklingen av infrastrukturer för kontroll och förvaltning av rättigheter har skett i ett nära samband med utvecklingen av teknik, businessmodeller och det rättsliga skyddet*. För att förstå utvecklingen av elektronisk rättighetshandling och dess innebörd och betydelse för det upphovsrättsliga systemet, bör man betrakta de medel för säkerställande och förvaltning av upphovsrätt som funnits i den analoga miljön.

Avsikten med det här kapitlet är att visa att utvecklingen av infrastrukturer för rättighetshandling påverkar upphovsrättens utformning. Genom organisatoriska och strukturella innovationer ökar kontrollmöjligheterna, vilket har lett till en expansion av upphovsrätten. Trots att man kanske inte kan hävda att upphovsrättens expansion enbart skulle bero på organisatoriska och strukturella innovationer<sup>236</sup>, har de gett upphov till effektivare kontrollstrukturer, vilket i många fall utgjort en förutsättning för upphovsrättens expansion.

För det andra studeras uppkomsten och utvecklingen av DRM-system från de tidigaste kopieringsskydden till dagens allt mer decentraliserade och allt mer omfattande rättighets-

<sup>234</sup> van der Merwe, *The Dematerialization of Print* (1999).

<sup>235</sup> Hurmelinna-Laukkanen, *Dynamics of Appropriability* (2005).

<sup>236</sup> Däremot torde det dock stå klart att en ökad grad av organiserad lobbyverksamhet har påverkat lagstiftningen.

förvaltnings- och skyddssystem. Uppfattningen om DRM-systemens potentiella betydelse för det upphovsrättsliga systemet beror i hög grad på vad som är tekniskt och organisatoriskt möjligt att genomföra. Uppfattningen om DRM-systemens natur kan också antas ha påverkat lagstiftarnas uppfattning om DRM-systemens rättsliga natur. Därför är även den tekniska utvecklingen av stor betydelse. Genom att spåra utvecklingslinjerna kan man i viss mån förutse den riktning i vilken DRM-systemen troligtvis kommer att utvecklas inom den närmaste framtiden, vilket i sin tur är viktig information för lagstiftaren.

För det tredje analyseras på vilka sätt DRM-systemen i praktiken erbjuder rättsinnehavare ökade möjligheter till kontroll över användning, särskilt i interaktion med det rättsliga ramverket. Detta tredje perspektiv på DRM-systemens inverkan på kontrollens infrastruktur berör intersektionen mellan teknik och juridik. DRM-systemens praktiska inverkan som rättighetshanteringsystem beror till stor del på det stöd den har i lagstiftningen. Samtidigt påverkas den rättsliga frågeställningen till stor del av hur man förstår DRM-systemens natur. Detta tredje perspektiv utgår alltså ifrån att även det rättsliga systemet påverkar möjligheterna att implementera DRM-system och att effektivt kontrollera nyttjande av innehåll. Samtidigt är det ur rättslig synvinkel viktigt att förstå på vilket sätt DRM-systemen i verkligheten fungerar som kontrollinfrastruktur och hur detta relaterar till den (upphovs)rättsliga förfoganderätten.

## 2. UTVECKLINGEN AV INFRASTRUKTURER FÖR HANTERING AV RÄTTIGHETER

### 2.1. Registrering och andra tidiga kontrollmekanismer

Utvecklingen av infrastrukturer för kontroll och förvaltning av upphovsrätt har ett nära samband med upphovsrättens uppkomst och utveckling. I grunden kan man anse att upphovsrätten har uppkommit som ett svar på ett kontrollproblem, dvs. *oförmågan att kontrollera det ekonomiska nyttjandet av verket då det en gång publicerats*<sup>237</sup>. Detta var ett problem främst för boktryckarna, som i och med att boktryckarkonsten blev allmän och efterfrågan på litteratur ökade, var tvungna att betala för manuskripten<sup>238</sup>.

Upphovsrättens utveckling verkar ursprungligen ha varit nära förknippad med statens intresse av censur och skatteintäkter. Genom beviljandet av monopol och privilegier kunde man kontrollera det skrivna ordet och uppbringa skattemedel. Samtidigt skyddades boktryckarna mot konkurrens<sup>239</sup>. Upphovsrätten (eller i detta skede boktryckarprivilegiet) var alltså ett svar på både statens och boktryckarnas kontrollbehov.

<sup>237</sup> Alikhan & Mashelkar, *Intellectual Property and Competitive Strategies* (2004), s 26, som beskriver den teknologiska utvecklingen som ett kontrollproblem för upphovsrätten, konstaterar att ju större potentiella marknader, desto viktigare är det att stärka skyddet av rättsinnehavarnas rättigheter genom rättsliga eller tekniska metoder.

<sup>238</sup> Petri, *Rätten till menuetten* (2000), s. 31.

<sup>239</sup> Loewenstein, *The Author's Due* (2002), s. 29, Petri, *Rätten till menuetten* (2000), s. 31.

De tidigaste privilegierna kunde gälla en viss boktitel eller en viss förläggare. I England uppkom i medlet av 1500-talet en kutym att utsträcka privilegiet till en viss typ av böcker, såsom lagböcker, psalmböcker, skolböcker, almanackor och så vidare<sup>240</sup>. I vissa fall utgavs ett så kallat *letter of patent*, som kunde erkänna en viss person en exklusiv rättighet att översätta eller utge en viss bok<sup>241</sup>. Även i Sverige (eller Sverige-Finland) utdelades utgivningsprivilegier fram till 1810, då privilegierna slopades och ersattes av en i princip evig upphovsrätt. Privilegierna hade gällt vissa angivna verk eller i vissa fall en upphovsman<sup>242</sup>.

Under boktryckarprivilegiernas tid förekom det också att boktryckarna gavs omfattande rättigheter att säkerställa sina rättigheter. Genom den charter från år 1557 som gällde the Stationers' Company i England fick sammanslutningen rättigheter att genomöka boktryckerier, bokbindare och återförsäljare i hela kungadömet i jakt på olovligen tryckta böcker<sup>243</sup>. De fick också konfiskera och bränna sådana böcker. Och de hade till och med rätt att tillfångata personer som försökte hindra dem vid utövandet av sina rättigheter att genomöka och beslagta böcker och hålla dessa personer fängslade upp till tre månader<sup>244</sup>. Dessutom kunde de bötfälla sådana som tryckte böcker utan licens eller som tryckte ”en annans kopior”<sup>245</sup>. The Stationers' Company hade alltså omfattande befogenheter att säkerställa upphovsrätten (och censuren) till och med genom åtgärder som idag skulle anses tillhöra endast polisens eller rättsliga myndigheters befogenheter<sup>246</sup>.

Trots att tryckkonsten minskade omfattningen av ändringar i manuskriptet som gjorts av misstag eller avsiktligt, uppkom nya autenticitetsproblem. Dessa autenticitetsproblem kan ha upplevts som besvärligare än de förenade med manuell kopiering, eftersom man utgår ifrån att det tryckta mediet är oföränderligt och därmed i högre grad pålitligt<sup>247</sup>. Dessa autenticitetsproblem kunde bero på att manuskriptet publicerats innan det fått sin slutliga form. Man försökte då säkra tryckalstrens autenticitet genom att i tryck intyga att verket granskats och godkänts av upphovsmannen.<sup>248</sup>

En av de tidigaste infrastrukturerna för att tillgodose kontrollbehoven var upprättandet av register över tryckalster underställda boktryckarmonopolet. Registreringen kom i England snabbt att bli obligatorisk och därmed ett sätt att säkerställa tryckrättigheterna av verket<sup>249</sup>.

<sup>240</sup> Feather, *Publishing, Piracy and Politics* (1994), s. 12.

<sup>241</sup> *Ibidem*, s. 14-15.

<sup>242</sup> Petri, *Rätten till menuetten* (2000), s. 123-134.

<sup>243</sup> Licensen att trycka böcker innehöll ett element av censur. För att få licens att trycka en bok måste skriften uppfylla vissa krav. Den fick inte strida mot kristen religion eller kyrkans doktriner och regler, mot staten eller härskaren eller mot god sed och moral. En kopia av skriften måste inlämnas, och en eventuell licens att trycka verket gällde den skrift som inlämnats. På detta sätt försökte man försäkra sig om att verket inte ändrades efter att licensen beviljats. Gerrett et al., *Copinger and Skone James on Copyright* (2005), s. 32.

<sup>244</sup> Loewenstein, *The Author's Due* (2002), s. 59.

<sup>245</sup> Feather, *Publishing, Piracy and Politics* (1994), s. 17-18.

<sup>246</sup> Rättsinnehavarnas befogenheter verkar dock ha ökat igen, ifall man ser till de nya stadganden som ger dem rätt att kräva att innehåll tas ned från Internet (FiURL 60 a – 60 d §§ om förhindrande av tillgång till material som kränker upphovsrätten) och att på svarandens bekostnad publicera domstolens beslut i ”informativt” syfte (FiURL 59 a §).

<sup>247</sup> Akester, *Authorship and authenticity* (2004), s. 436.

<sup>248</sup> Enligt Petri blev det vanligt under privilegietiden att trycka texten ”Med tongivarens medgivande” eller ”Granskad och godkänd av tonsättaren”, Petri, *Rätten till menuetten* (2000), s. 46. Luther tillhörde dem som råkade ut för att hans verk publicerats innan den slutliga versionen färdigställdes. I en bibelutgåva från 1524 skall han ha infört ett tecken avsett att intyga verkets autenticitet samt texten ”Detta tecken skall vittna om att dessa böcker har gått genom min egen hand”. Tallmo, *Den missförstådda upphovsrätten* (2005).

<sup>249</sup> Loewenstein, *The Author's Due* (2002), s. 28 ff beskriver ingående hur registreringen fungerade: mot en avgift kunde gillemedlemmen registrera ett manuskript hos the Stationers Company, varpå han erhöll en licens för att trycka alstret. Denna registrerings- och licenseringsprocess innehöll samtidigt ett element av censur. Det var alltså ett element i en självreglering. Se även Feather, *Publishing, Piracy and Politics* (1994), s. 16 ff, som konstaterar att registrering förefaller att ha blivit obligatorisk år 1557. Feather analyserar också ingående registreringsystemet och till hans konklusioner hör bland annat att registreringen inte i sig upprättade rättigheter, utan fungerade som ett bevis över att rättigheten fanns.

Registreringskravet vidmakthölls även efter Act of Anne år 1710. Registreringen motiverades bland annat med att det skulle förhindra intrång i rättigheter på basen av okunskap<sup>250</sup>. Man registrerade information om vem som innehade rätten samt information om eventuella licenser som sammanhörde med verket. För scen- och musikverk registrerades endast titel, namn och ort för upphovsmannen, namn och ort för innehavaren av förlagsrättigheterna samt tid och ort för det första framförandet<sup>251</sup>.

Registreringskraven har sedermera på många håll försvunnit<sup>252</sup>, och vid reformen av Bernkonventionen år 1908 förbjöds formaliteter för uppkomsten av upphovsrätt.

USA hörde till dem som länge upprätthöll lagstadgade formaliteter. I USA krävs inte längre några formaliteter i form av registrering och copyright-märkning (*©-märkning*) för att upphovsrätt skall uppkomma, men formaliteterna har fortfarande en viktig roll. Innan USA blev medlem av Bernkonventionen (år 1989) hade copyright-märkningen fyra funktioner. För det första sågs frånvaron av ©-märkning som ett bevis för att ingen var intresserad att skydda verket och verket förlorade upphovsrättsligt skydd. Märket informerade dessutom allmänheten om ett visst verk var skyddat. Vidare hade det en central funktion i att den identifierade rättsinnehavaren. Slutligen visade det när verket publicerats, vilket kunde ha betydelse för att utreda skyddstiden. Numera har frånvaron av copyright-märkning betydelse som försvar mot talan om upphovsrättsintrång. Det bör däremot noteras att registrering aldrig varit en förutsättning för att upphovsrätt skall uppkomma i USA. Registrering avhjälpes dock brist på copyright-märkning gällande verk som publicerats innan 1989, då märkning var en förutsättning för att erhålla upphovsrättslig skydd. Dessutom utgör det en förutsättning för talan om upphovsrättsintrång och för att kunna kräva ersättning för intrång och för advokat-arvoden.<sup>253</sup>

Kravet på copyright-märkning i USA kan justifiedas på basen av att det tycks utgå ifrån att det inte ligger i samhällets intresse att det upphovsrättsliga skyddet skall utsträcka sig till sådant som upphovsmannen inte ämnar använda. Det verkar alltså implicit godta argumentet att upphovsrättsligt skydd (som inte specificerats) kan leda till att informationsresurser underutnyttjas. Dessutom är copyright-märkningen avsedd att råda bot på vissa allmänna informationsproblem som gäller en användares möjligheter att identifiera huruvida det är fråga om ett skyddat objekt och vem som är rättsinnehavare till verket. Denna information behövs för att en användare skall kunna licensera verket och sänker alltså transaktionskostnaderna. Dessutom underlättar registreringen upphovsrättens användning som egendom, bland annat som säkerhet. Copyright-märkningen och registreringen utgjorde alltså forna tiders medel för att råda bot på informationsproblem i samband med det upphovsrättsliga skyddet.

Enligt *Kawohl och Kretschmer* var den huvudsakliga orsaken till att registreringskravet upphörde i Europa att uppfattningen om upphovsrättens skyddsobjekt förändrades. I början av 1800-talet övergick man nämligen till att anse att upphovsrättens objekt var *det abstrakta verket*, inte den konkreta publikationen. Denna *övergång i uppfattningen om upphovsrättens objekt* ledde till att upphovsrätten utsträcktes till översättningar och andra modifikationer (såsom till exempel

<sup>250</sup> Kawohl & Kretschmer, *Abstraction and registration* (2003), s. 222.

<sup>251</sup> *Ibidem*, s. 220.

<sup>252</sup> I en undersökning gjord för WIPO konstaterade man att fjorton medlemsländer fortfarande upprätthöll upphovsrättsregistrering. I studien har man jämfört vilka funktioner dessa registersystem har. *Survey Of National Legislation On Voluntary Registration Systems For Copyright And Related Rights*. WIPO (2005).

<sup>253</sup> Goldstein, *Copyright* (1989), s. 263-266 samt 339-340. Den nuvarande diskussionen om övergivna verk, så kallade "*orphan works*", torde ha sin upprinnelse i kravet på copyright-märkning i amerikansk rätt.



arrangemang för musikverk)<sup>254</sup>. Under en övergångstid verkar det ha förekommit att det för att erhålla upphovsrättsligt skydd krävdes att rättsinnehavaren specificerade vilka modifierade former det upphovsrättsliga skyddet var avsett att täcka<sup>255</sup>.

Det är oklart till vilken del och i vilken grad förhållandet mellan registreringskravet och de möjligheter att utöva statlig censur som detta anknöt till påverkade att registreringskravet så småningom kom att försvinna som en del av många staters demokratiseringsprocess.

På basen av de ideella strömningarna under franska revolutionen förstärktes uppfattningen om *upphovsrätten som en rätt tillhörande den skapande upphovsmannen* istället för ett boktryckarprivilegium<sup>256</sup>. I praktiken verkar de kommersiella aktörerna dock i många fall ha utnyttjat sympatierna för upphovsmännen i avsikt att försäkra sig om en utvidgning av de ekonomiska rättigheterna. Detta låg i deras eget intresse, eftersom de genom sin marknadsposition kunde få upphovsmännen att överföra dessa rättigheter, vilket i sin tur erbjöd ett starkare skydd och nya inkomstmöjligheter för företagen<sup>257</sup>.

I och med uppkomsten av en *till upphovsmannen knuten rättighet* uppstod så småningom nya kontrollproblem. Nu gällde det frågan hur upphovsmannen i praktiken skulle kunna göra sina rättigheter gällande. Kontrollproblem uppkom också som ett resultat av att det abstrakta verket, istället för verksexemplaren, kom att uppfattas som föremål för upphovsrätt och på grund av ett allt mer omfattande ekonomiskt nyttjande av verk inom olika grenar av näringslivet, framförallt teatrar och operor, men senare även caféer och restauranger. Detta utgjorde upptakten till en organisatorisk innovation; den kollektiva licenseringen.

## 2.2. Kollektiv licensering

### 2.2.1. Uppkomsten av organisationer för kollektiv rättighetsförvaltning

Redogörelser över kollektiv rättighetsförvaltning börjar ofta med att berätta om upprinnelsen till den första föreningen för kollektiv förvaltning av rättigheter i medlet av 1800-talet. En kompositör vid namn Ernest Bourget upptäckte vid ett besök vid det fashionabla Café Les Ambassadeurs i Paris, att hans musik framfördes där. Han föreslog att avgiften för ett glas *eau sucré* skulle avskrivas mot att caféet fritt skulle få framföra hans musik. Caféet vägrade, och saken slutade med att Tribunal de Commerce de la Seine<sup>258</sup> förbjöd caféets ägare att framföra musik av

<sup>254</sup> Kawohl & Kretschmer, *Abstraction and Registration* (2003).

<sup>255</sup> *Ibidem*, s. 223. Sådana modifieringar var till exempel arrangemang för piano utan lyriken, för stråkkvartetter, för marschmusik, potpurrier och så vidare.

<sup>256</sup> Om utvecklingen från boktryckarprivilegium till upphovsmannarätt i Frankrike, se Edelman, *Le Sacre de l'Auteur* (2004), särskilt s 199 ff, där det också framkommer den stora betydelse Statute of Anne kom att ha för utvecklingen av upphovsrätten även i Frankrike.

<sup>257</sup> Se Kretschmer, *The Failure of Property Rules* (2002), s. 129-130, där han redogör för hur musikförläggarna i Storbritannien (i motsats till situationen i Tyskland), i avsikt att säkra sina egna inkomster från offentligt framförande, lobbade för en stärkning av upphovsmännens ställning genom att säkra ensamrätten till offentligt framförande. Upphovsmännens rättigheter användes även inom bokbranschen på många håll i Europa för att bryta upp förlagsmonopol. För Storbritanniens del, se Feather, *Publishing, Piracy and Politics* (1994), s. 37-63, för Frankrikes del, se Edelman, *Le Sacre de l'Auteur* (2004), s 199-264 och för Sveriges del, se Petri, *Rätten till menuetten* (2004), s 431.

<sup>258</sup> Enligt Kreile & Becker, *Collecting Societies*, skulle Tribunal de Commerce de la Seine ha utfärdat förbudet den 8 september 1847. Enligt Petri, *Rätten till menuetten* (2000), s. 105-107 skulle processen ha fortgått och slutligen avgjorts genom ett domslut i cour d'appel de Paris den 26 april 1849. Enligt Petri skulle Bourget ha hänvisat till lagstiftningen som gällde framförande av musikverk i teatersammanhang och gjort gällande att denna rätt även skulle gälla under de förändrade förhållandena, dvs. efter- som framföranden av musik blivit allt vanligare och ett sätt att dra kunder till caféer och restauranger.

Bourget utan dennes tillstånd<sup>259</sup>. Eftersom kompositörerna insåg att det skulle vara omöjligt för dem att övervaka offentligt framförande, skapades år 1851 en förening för kollektiv förvaltning av upphovsmannarättigheterna till musikverk, SACEM<sup>260</sup>.

Men SACEM var inte den första upphovsrättsorganisationen. Redan år 1791 bildades SADC, Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques, för att representera upphovsmännens intressen gentemot teaterägare för användning av sceniska verk. Och redan femton år innan detta skall en lobbingsorganisation ha grundats för att utöva påtryckning för att säkra upphovsmännens rättigheter<sup>261</sup>. År 1837 bildades SGDL, Société des Gens de Lettres de France, för att främja författares intressen<sup>262</sup>.

Om man så vill, kunde man kanske säga att en mer eller mindre organiserad lobbingsverksamhet av boktryckarna redan tidigare lett till uppkomsten av en upphovsmannarätt. Boktryckarnas intressen sträckte sig dock inte till upphovsmännen, utan ledde till olika slag av skyddade privilegier för tryckverksamheten, som inte i min mening kan jämföras med dagens upphovsrätt. Man skall dock minnas, att uppkomsten av den första egentliga upphovsrättslagen, nämligen Statute of Anne från 1710, uppkom efter påtryckningar från boktryckare som sökte ett medel för att bryta det monopol och privilegium som vissa boktryckare erhållit<sup>263</sup>. Motsvarande argument kom att användas i Frankrike i samma syfte<sup>264</sup>.

Det relevanta i detta sammanhang är att se sambandet mellan en källa till expansion av upphovsrätten och den innovation denna baserade sig på. På ett första stadium innebar det faktum att upphovsmännen organiserade sig att ett första frö till en organiserad lobbning hade uppstått. Denna lobbning ledde till ett ökat skydd för upphovsmännens rättigheter. Såsom *Petri* i samband med en redogörelse för upphovsrättsorganisationernas uppkomst i Sverige har konstaterat, var det av betydelse att upphovsmannagruppens ledande personligheter hade förmåga att uttrycka sig på ett slagkraftigt sätt<sup>265</sup>.

Den kollektiva licensieringens uppkomst är dock av avgörande betydelse för upphovsrättens fortsatta utveckling. Genom att upphovsmännen inte endast organiserade sig, utan dessutom överförde sina rättigheter till organisationen för att förvaltas av denna, möjliggjorde man en effektiviserad övervakning av rättigheterna, inklusive rättsliga åtgärder då intrång uppdagats. Detta i sin tur kan antas ha ökat lagens efterlevnad.

Ur kontrollperspektiv kan man alltså säga att kollektiv licensiering svarade på det kontrollproblem som uppstod på grund av att det i praktiken var omöjligt för enskilda upphovsmän att övervaka användning av upphovsrättsligt skyddade verk. Kollektiv rättighetsförvaltning baserar sig alltså på en modell där *upphovsmännen arbetar som fria yrkesutövare* istället för inom ra-

<sup>259</sup> Sinacore-Guinn, *Collective Administration* (1993), s. 2. Enligt Sinacore-Guinn finns det två historier om vad som egentligen utspelade sig, varav den ovan beskrivna är den vanligast förekommande.

<sup>260</sup> *Ibidem*.

<sup>261</sup> Ploman & Hamilton, *Copyright* (1980), s. 43. Enligt Sinacore-Guinn skapade Beaumarchais, som anses vara grundaren av SADC, en lobbingsorganisation redan år 1776 för att säkra upphovsmännens rättigheter. Beaumarchais som skapat det berömda verket "Figaros Bröllop" ansåg att det var fel att inte upphovsmännen fick del av den framgång som verket nådde, Sinacore-Guinn, *Collective Administration* (1993), s. 4. Enligt uppgifter på SADC:s egna webbsidor skapades organisationen år 1777 och upprinnelsen till Beaumarchais aktivitet var den framgång som nåddes av pjäsen Barberaren från Sevilla, [http://www.sacd.fr/societe/historique/index\\_dates.asp](http://www.sacd.fr/societe/historique/index_dates.asp).

<sup>262</sup> Sinacore-Guinn, *Collective Administration* (1993), s. 4. SGDL verkar av allt att döma att ha uppstått på grund av behoven att säkerställa författarnas elementära behov av sjukvård, pensioner mm. Om SGDL:s historia, se [http://www.sgd.org/sgdl\\_histo.asp](http://www.sgd.org/sgdl_histo.asp).

<sup>263</sup> Feather, *Publishing, Piracy and Politics* (1994), s. 37-63.

<sup>264</sup> Edelman, *Le Sacre de l'Auteur* (2004), s. 199-264, *Petri*, *Rätten till menuetten* (2000), s. 63-66.

<sup>265</sup> *Petri*, *Upphovsrätten och dess intressenter* (2004), s. 885-955.

men för ett anställningsförhållande. En royalty-baserad ersättningsmodell avspeglar också de specifika ekonomiska regler som gäller inom ”kulturekonomin” och som skiljer dessa marknader från marknaderna för normalt konsumtionsgods<sup>266</sup>. Dels är investeringskostnaderna höga i jämförelse med produktionskostnaderna för slutprodukten. Dels följer efterfrågekurvan inte de normala premisserna för vanligt konsumtionsgods, vilket beror på att varan inte kan undersökas innan den köps<sup>267</sup>.

Genom ett royaltysystem fördelas affärsrisken mellan upphovsmannen och dem som i kommersiellt syfte nyttjar verket<sup>268</sup>. Ersättningsmodellen ger både upphovsmannen och de kommersiella nyttjarna incitament att göra sitt bästa för att verket skall nå kommersiell framgång. Utmärkande är även att *de som kommersiellt använder verken är många till antalet*, vilket försvårar licensering och säkerställande av rättigheterna.

I korthet innebär organisationernas verksamhet att upphovsmännen i större utsträckning kan koncentrera sig på det konstnärliga arbetet då någon annan sköter byråkratin. Genom kollektiv licensering ökar den gemensamma förhandlingspositionen och man har större möjligheter att förhandla fram ett för upphovsmännen fördelaktigt kontrakt. I och med att arrangemanget både ökar upphovsmännens inkomster och leder till en rationalisering av den rättsliga övervakningen är det ett attraktivt alternativ. Och ju fler medlemmar organisationen har desto större är fördelarna för upphovsmännen. Detta i sin tur leder till en positiv tillväxtspiral för organisationerna.

Men kollektiv rättighetsförvaltning har många fördelar även för användarna. Eftersom upphovsrättsorganisationerna upprätthåller information om upphovsmännen kan de assistera då användaren försöker ta reda på vem upphovsmännen är<sup>269</sup>. Kollektiv rättighetsförvaltning innebär också att utbetalning av avgifter rationaliseras, eftersom organisationerna upprätthåller de uppgifter som är nödvändiga för utbetalning av avgifterna. Då det gäller verk med flera upphovsmän, såsom fallet vanligen är speciellt vid musikverk, behöver användaren inte utreda och framförhandla avgiften med varje enskild upphovsman, utan upphovsrättsorganisationen handhar fördelning av avgifterna i enlighet med de regler som upprättats inom organisationen.

Den kollektiva licenseringens fördelar beror alltså på att det innebär en rationalisering av licenseringen, där utgifterna för att handha licenseringen kunnat minskas så att det lönat sig att inkassera även mindre licensavgifter. Upphovsrättsorganisationerna har därför utgjort viktiga mellanled i multipartavtal, dvs. där både rättsinnehavarnas och användarnas antal har varit stort. I och med att organisationerna representerat ett stort antal rättsinnehavare, på basen av ömsesidiga avtal med systerorganisationer i andra länder också på global nivå, har licenseringen förenklats genom att användarna kunnat vända sig till en central enhet för

<sup>266</sup> Med kulturekonomi avser jag främst marknaderna för kultur-, underhållnings- och kunskapsprodukter.

<sup>267</sup> Kulturproduktens värde beror vanligen på berömmelse. Ju berömdare en artist är, desto mer ”konsumeras” dennes musik och ju större kommersiellt värde har den. Men för att efterfrågan skall öka måste artisten kunna göra sig hörd, vilket förutsätter att hans musik spelas. Normalt skulle det här innebära att priset är lågt ända tills artisten blir känd, varvid priset ökar. På konsertverksamhet torde detta stämma rätt väl. När det gäller mångfaldigande och övrigt sekundärt nyttjande (offentligt framförande) fungerar en sådan prismodell inte i praktiken på grund av alltför höga transaktionskostnader. Licensmodellerna för offentligt framförande mm. baserar sig därför på en enhetlig taxa.

<sup>268</sup> I motsats till situationen inom området för industriellt rättsskydd finns det dock inom upphovsrätten en tendens att se royaltyn som en ersättning som inte baserar sig på en fördelning av affärsrisker eller som ett alternativ till lön, utan som en rättvis belöning för att en annan drar nytta av verket. Denna syn har till och med gått så långt att man inte längre betraktar endast pekuniär nytta utan anser att upphovsrättsersättning skall utgå även för icke-pekuniär nytta.

<sup>269</sup> Denna funktion är betydelsefull speciellt i de situationer då organisationen inte själv har befogenhet att bevilja licens.

licensering.

Kollektiv licensering rationaliserar alltså transaktionsprocessen och sänker transaktionskostnaderna, och kan anses utgöra en viktig innovation som möjliggör licensering av kommersiell användning i stor skala. Detta i sin tur har utgjort en förutsättning för att göra upphovsrätten gällande vid storskalig massanvändning. Framförallt kan det anses ha utgjort en förutsättning för en upphovsrätt som personlig rättighet (och som alltså kan göras gällande av enskilda personer) i motsats till en rättighet beviljad de kommersiella aktörerna (eller som åtminstone i praktiken endast kan göras gällande av de kommersiella aktörerna)<sup>270</sup>.

När man talar om kollektiv rättighetsförvaltning bör man dock vara medveten om de stora variationerna i hur kollektiv rättighetsförvaltning organiserats. Sinacore-Guinn har gjort en belysande analys av kollektiv rättighetsförvaltning och kommit fram till att det finns fem olika typer av kollektiv rättighetsförvaltning:

1) Agency Collective Organizations som är den mest privata och som licenserar endast på de villkor rättsinnehavaren ställer. Typiskt för Agency Collective Organizations är också att rättigheterna överförs frivilligt genom avtal och inte på basen av lag och att överföringen av rättigheter är begränsad eller villkorlig.

2) Collective Licensing Organizations, till vilken rättsinnehavarna vanligen överlåter sina rättigheter med ensamrätt och till stor omfattning.

3) Collective Rights Organizations, som vanligen på basen av lag innehar alla rättigheter till verken och som kännetecknas av att de är myndighetsövervakade. Dessa typer av rättsorganisationer har vanligen funnits i socialistiska länder.

4) Collective Distribution Organizations, vars funktioner grundar sig på lagbaserad licensering, t.ex. för kassettagifter. Organisationens viktigaste uppgift är att överföra avgifterna.

5) Social Collectives, som administrerar lagbaserade avgifter som går till sociala ändamål<sup>271</sup>.

Rättighetsförvaltningen varierar mycket vad gäller grunden för organisationens befogenhet att representera rättsinnehavarna och att licensera verk å deras vägnar, rättigheten eller skyldigheten att övervaka användning, principer för insamling och fördelning av medel samt säkerställande av rättigheter.

Trots att det inte är någon helt homogen grupp av organisationer man talar om innebär det inte att det som ovan sagts om den kollektiva rättighetsförvaltningens rationalitetsgrunder inte skulle stämma. Tvärtom bekräftar Sinacore-Guinns studie antagandet om att transaktionskostnaderna har stor betydelse för uppkomsten och vidmakthållandet av kollektiva organisationer. Enligt Sinacore-Guinn passar nämligen kollektiv rättighetsförvaltning bäst för områden med ett stort antal verk, där uphovsmännen eller andra rättsinnehavare inte enkelt kan lokaliseras, där tidspress omöjliggör individuella förhandlingar, för verk av samma klass som har ungefär lika värde för användarna, där rättigheternas värde inte är tillräckligt stort för att motivera individuell förvaltning och säkerställande, där rättsinnehavaren inte själv kan övervaka all användning, då potentiella användare inte kan identifieras individuellt samt då rätten i sig inte lika mycket är en rättighet som ett uttryck för en uphovsmannatillvänd politik<sup>272</sup>. Förutom det sista kriteriet berör de övriga kriterierna just sådana faktorer som påverkar transaktionskostnaderna.

<sup>270</sup> Ett alternativ till kollektiv rättighetsförvaltning skulle ha varit en koncentrerad av rättigheterna i händerna på kommersiella aktörer, vilket är den modell som används till exempel gällande sui generis-rätten för skydd av databaser och skyddet av datorprogram. En koncentrerad av rättigheterna till näringsidkarna kan i dessa fall motiveras på flera sätt, bland annat på basen av att skapandet i dessa fall inte sker på uphovsmännens egna initiativ, utan utgående från och inom ramen för näringsidkarens verksamhet.

<sup>271</sup> Sinacore-Guinn analyserar också vilka typer av verk eller användning som typiskt faller inom ramen för vilken slags organisation, Sinacore-Guinn, *Collective Administration* (1993), s. 260-269.

<sup>272</sup> Sinacore-Guinn, *Collective Administration* (1993), s. 19.

## 2.2.2. Tekniska innovationer föranleder nya kontrollproblem – om uppkomsten av alternativa ersättningsystem

Man kan på ett allmänt plan konstatera att ny teknik vanligen gett upphov till nya marknader. Uppkomsten av de så kallade närstående rättigheterna var nära förknippad med den tekniska utvecklingen, dvs. dels möjligheterna att spela in utövande artisters framföranden och dels de nyttjandemöjligheter dessa föranledde, bland annat vad gäller offentligt framförande av inspelad musik, inkorporerande av inspelad musik i filmverk samt privat kopiering.

Det var först i samband med att nya tekniker för *kopiering av bild och ljud* uppkom och allmänt började nyttjas, som man kan tala om en verklig kontrollkris inom upphovsrätten<sup>273</sup>. För det första var det en omöjlig uppgift att kontrollera all denna kopiering och för det andra var det inte ur samhällets synvinkel fördelaktigt att på allmän nivå förbjuda kopiering och därmed omintetgöra de framsteg för tillgängliggörande av verk som det innebar. De första kopieringsteknikerna möjliggjorde kopiering av litterära verk och auditiva verk<sup>274</sup>. Det var först på 1980-talet som videospelningsapparater allmänt började användas i Norden<sup>275</sup>.

Rättsinnehavarna med de kommersiella aktörerna i spetsen argumenterade för att kopieringen undergrävde de ekonomiska förutsättningarna för skapande verksamhet. Någon måste därför ställas till svars och kompensera rättsinnehavarna för inkomstbortfallet.

Rättsinnehavarna fick i många länder gehör för sina krav. Till exempel i Tyskland konstaterades att kopiering för privat bruk kan utgöra intrång i upphovsmannens ensamrätt<sup>276</sup>. I Finland gick man aldrig så långt som till att deklarerat framställning av kopior för privat bruk utgör ett upphovsrättsintrång. Tvärtom försvarar man i kommittébetänkande 1980:12 privatpersoners rätt att framställa kopior för privat bruk. De fyra argument man använde var att en privatperson kan ha goda skäl för kopiering, det skulle vara svårt att i praktiken övervaka ett förbud mot privatkopiering, det skulle strida mot allmän rättsskänsla att tillåta en upphovsman att beblanda sig med en persons privata sfär genom att förbjuda mångfaldigande av till exempel en dikt, samt att exemplarframställning i hemmet eller i privatlivet är relativt fjärran från de sammanhang där upphovsmannen normalt nyttjar sin rätt till verket<sup>277</sup>. Istället för att se på privatkopiering som piratism konstaterar man endast att privatkopieringen nått sådana proportioner att rättsinnehavarnas ekonomiska intressen märkbart skadades.

På vissa håll diskuterade man också elektronikproducenternas ansvar för rättighetsintrång. Det var ju ändå de som möjliggjorde intrång i upphovsrätten genom att framställa apparater för detta ändamål. I USA behandlades frågan i *Sony Corp. of America v. Universal City Studios* år 1984. Supreme Court ansåg att inspelning av tv-program på en videobandspelare för att användas vid ett senare tillfälle var tillåtet på basen av *fair use*, och därmed gjorde sig tillverkare av videobandspelare inte

<sup>273</sup> Se även Alikhan, & Mashelkar, *Intellectual Property and Competitive Strategies* (2004), s. 26, där de teknologiska framstegen beskrivs som kontrollproblem samt Petri & Stanow, *Elektronisk återgivning* (1993) och Muldin, *Rättighetsförvaltning i elektroniska media* (1993).

<sup>274</sup> Kommittébetänkande 1980:12, s. 20-22. Enligt betänkandet hade kopieringsteknikernas och inspelningsteknikernas (och där framförallt C-kassetten) utveckling på 1960-talet lett till omfattande kopieringsverksamhet för olika ändamål.

<sup>275</sup> Kommittébetänkande 1989:60, s. 8.

<sup>276</sup> Davies, *Copyright and the Public Interest* (2002), s. 194-195, där han refererar två tyska rättsfall. I det ena från Landgericht i Frankfurt-am-Main år 1953 ansåg man att undantaget för privat användning nog kunde tillämpas på fotokopiering men att användningen inte får hota upphovsmannens intressen. I det andra från 1995 ansåg högsta domstolen (Bundesgerichtshof) att inspelning av musik på en tomkassett krävde tillåtelse av upphovsmannen och ifråga om färdigt inspelad musik även av musikproducenten även i de fall då kopieringen gjordes för privat bruk.

<sup>277</sup> Kommittébetänkande 1980:12, s. 80-81.

heller skyldiga till medhjälp till upphovsrättsintrång.

Situationen pockade på både rättsliga och organisatoriska lösningar. Det var självfallet inte lönande att försöka erhålla licensavgifter ifall kostnaderna för inkasseringen av avgiften översteg licensens värde. Och för användarna utgjorde det stora antalet verk och rättsinnehavare att riskerna för rättsintrång ökade. Dessutom var det knappast förenligt med det allmänna intresset att ”olagligförklara” en mycket utbredd praxis. Ett effektivt system skulle basera sig på något slag av rationalisering av licenseringssystemet.

Man stod här inför ett nytt problem till den del kopiering utfördes inom ramen för annat än kommersiell verksamhet. Det var därför inte fråga om ett behov av skydd mot illojal konkurrens i egentlig mening. I många fall fanns det starka skäl att tillmötesgå användarnas intressen. Det här gällde inte minst undervisningsverksamhet. Frågan kom att gälla alternativa metoder för kompensering av ett påstått inkomstbortfall<sup>278</sup>.

Frågan om det påstådda inkomstbortfallet har aldrig helt vederlagts. I Finland utgick man ifrån att de ökade möjligheterna att lyssna på inspelad musik samt framställa kopior av denna dramatiskt skulle påverka människors benägenhet att besöka konserter, vilket skulle leda till ett kännbart inkomstbortfall för framförande artister<sup>279</sup>.

Om man beaktar de omfattande möjligheterna att lyssna på inspelad musik som finns idag skulle man kunna anta att konsertmusiken skulle ha dött ut eller synnerligen märkbart minskat som en följd av de omfattande möjligheterna att lyssna till inspelad musik. Så har inte skett. Ifall man inte kan påvisa ett inkomstbortfall på grund av att man spelar in musik istället för att gå på live-framträdanden är det oklart hur man skall motivera kompensering för inspelad musik särskilt i de fall då det är fråga om privatkopiering. Det är intressant att notera att saken inte har följts upp och att följaktligen inga förändringar i lagstiftningen gjorts trots att det antagande som ligger till grund för lagstiftningen inte hållit streck.

I olika länder kom man med olika lösningar. Avgifter på kopieringsmaskiner och tomkassetter, tvångslicenser vid viss massanvändning och uppkomsten av organisationer för fördelning av ersättningen följde<sup>280</sup>.

I Norden infördes den så kallade kassettavgiften som ett system för ersättning av kopiering för privat bruk. Dessutom uppkom ett system med extensiv kollektiv licensering<sup>281</sup> som man kallat avtalslicenssystem för ersättning av annan än privat användning. Avtalslicenssystemet har varit i bruk i Finland sedan början av 1980-talet. Uppkomsten av Kopiosto år 1978 var enligt kommittébetänkandet en uttrycklig förutsättning för införandet av avtalslicenssystemet för fotokopiering<sup>282</sup>. Det fanns alltså ett starkt samband mellan det nya ersättningssystemet och de organisatoriska förutsättningarna för att införa det.

Med de nya licenseringssystemen uppkom samtidigt system för *kollektiv ersättning* istället för individuell ersättning. Generellt sett gäller, att ju större värde på ett specifikt nyttjande, desto större orsak till individualisering av ersättningen (dvs. fördelning av ersättningen till rättsinnehavarna utgående från den verkliga användningen av deras verk). Som en följd av

<sup>278</sup> Kommittébetänkande 1980:12.

<sup>279</sup> Kommittébetänkande 1982:63, s. 31.

<sup>280</sup> Det här innebär inte att upphovsmän och andra rättsinnehavare inte i ett tidigare skede skulle ha organiserat sig.

<sup>281</sup> Extensiv kollektiv licensering är den term som används i upphovsrättsdirektivet.

<sup>282</sup> Kommittébetänkande 1980:12, s. 25.



det låga värdet på en specifik användning, t.ex. värdet för en kopia av en artikel i förhållande till kostnaderna för förvaltning och redovisning av individuella ersättningar, har man varit tvungen att ge upp idén om individuell licensering. Ersättningarna kom vanligen att bestämmas som en klumpsumma baserad på ett sampel av den totala användningen eller baserad på undersökningar av användningen inom olika användargrupper för olika typer av innehåll.<sup>283</sup>

De alternativa ersättningssystemen har också haft inverkan på rättsinnehavarnas rätt att *förbjuda* användning, det vill säga neka licens. Vad gäller ersättning för privatkopiering saknades en sådan rätt. Och det skulle ju också i praktiken ha varit omöjligt att genomföra en förbuds rätt, eftersom det inte finns några krav på förhandstillåtelse i systemet. I Finland har upphovsmännen inte heller traditionellt ansetts ha rätt att förbjuda användning av upphovsrättsliga verk inom ramen för avtalslicenssystemet.<sup>284</sup>

### 2.2.3. *Två lösningar på samma kontrollproblem – en jämförelse av tvångslicensering och avtalslicensering*

Det nordiska avtalslicenssystemet är unikt i internationell jämförelse, och brukar ofta och gärna framföras som en modell man anser att andra nationer borde anamma. Man brukar vanligen anse att avtalslicensen utgör ett alternativ till tvångslicensen. Tvångslicenser, liksom avtalslicens, har i andra länder genomförts för att kompensera rättsinnehavare vid användning som ansetts vara försvarbart ur samhällelig synvinkel, men där användningen haft en betydande inverkan på marknaderna för ifrågavarande upphovsrättsliga verk.

Upprinnelsen till avtalslicenssystemet var enligt *Petri* att Sveriges radio krävde införande av ett tvångslicenseringssystem. Vid denna tidpunkt var det sedvanligt att radion licenserade musikanvändningen av STIM och litterära verk av författarorganisationerna. Enligt *Petri* handlade det om att Sveriges radio ville skaffa sig en starkare förhandlingsposition samt att man ville utöka tryggheten, dvs. försäkra sig om att inte råka ut för rättsliga krav av upphovsmän som inte representerades av organisationerna<sup>285</sup>.

Avtalslicenssystemet skall ha uppkommit som en kompromiss, eftersom upphovsrättsorganisationerna protesterade mot det föreslagna tvångslicensarrangemanget. Till en början skall lagrådet ha ogillat idén, eftersom det inte i praktiken hade varit problem med de avtal man haft med upphovsrättsorganisationerna<sup>286</sup>.

Tvångslicensen baserar sig vanligen på en i lag eller av statliga organ definierad ersättningssumma. I praktiken har detta ofta inneburit att licensavgifterna inte förhöjts med tiden, utan avgiftens reella värde har minskat i takt med inflationen. Tvångslicens kan jämföras med expropriation, för vilken också gäller att rättsinnehavaren kompenseras i enlighet med en lagstadgad beräkningsgrund. Någon rättighet att neka användning har man inte, och användarens rättigheter motsvarar exakt den omfattning som bestämmelsen anger.

I jämförelse med tvångslicensering inkräktar avtalslicenssystemet i upphovsrättens ensam-

<sup>283</sup> Clark, *Information management* (1995).

<sup>284</sup> Här skiljer sig finsk rätt från den svenska. I Finland har upphovsmännen inte haft någon vetorätt inom avtalslicenssystemet, medan detta tydligen varit fallet i Sverige. Kommittébetänkande 1980:12, s. 47. Situationen håller i Finland på att förändras i och med införandet av en uttrycklig förbuds rätt, se närmare nedan.

<sup>285</sup> *Petri*, *Upphovsrätten och dess intresser* (2004), s. 437.

<sup>286</sup> *Ibidem*, s. 438.



rätt i mindre grad, eftersom det baserar sig på ett system med avtalsförhandlingar. Upphovs-rättsorganisationerna har ingen kontraheringsplikt, och för det fall att parterna inte uppnår avtal har i Finland ett organ etablerats för att medla i tvisten och i sista hand fastställa villkoren. Det verkar finnas skillnader mellan de nordiska länderna gällande frågan om rättsinnehavare har rätt att på individuell nivå neka användning på basen av avtalslicens. Någon sådan vetorätt har traditionellt inte funnits i Finland, men nog i Sverige<sup>287</sup>. I Finland har avtal alltså endast kunnat nekas på kollektiv nivå<sup>288</sup>.

Det centrala draget i avtalslicenssystemet är att avtalslicensen genom lagens stadganden kommer att gälla även de upphovsmän som inte är medlemmar i upphovsrättsorganisationen och som överfört rättigheten att licensera användning till denna. Systemet med avtalslicens kan sägas basera sig på ett antagande om att utanförstående rättighetshavare gärna ser att deras verk framförs på de villkor som organisationerna kan träffa avtal om<sup>289</sup>.

Från att ha gällt endast radio- och televisionssändningar kom avtalslicenssystemet att fungera som modell för nya ersättningssystem. Detta har lett till en situation där det enda kvarvarande tvångslicensstadgandet i finsk rätt utgörs av FiURL 18 § stadgande som gäller framställning av samlingsverk för undervisning<sup>290</sup>. Det finska tvångslicensstadgandet utmärks också av att nivån på ersättningen inte fastställs samt att det inte finns fastslagna procedurer för säkerställande av att ersättning utgår.

Avtalslicenssystemet har baserat sig på ett system med få och relativt stora avtalsparter. Detta har möjliggjort en viss balans i förhandlingspositionerna jämfört med en situation där upphovsrättsorganisationen haft många små motparter utan någon nämnvärd förhandlingsposition.

Det traditionella avtalslicenssystemet undergår för närvarande betydande förändringar. Nya stadganden gällande avtalslicens har tillkommit och det verkar som om man går mot en koncentrerad avtalsparterna på upphovsrättsorganisationernas sida och en decentralisering av förhandlingsparter på användarnas sida. Detta gäller inte minst de nya stadgandena om avtalslicens gällande användning i undervisning och forskning i FiURL 14 §. Där kan man mellan raderna se att avsikten varit att förhandlingar förs av varje användarorganisation på individuell nivå, medan det är fritt fram för upphovsrättsorganisationerna att gemensamt licensera användning<sup>291</sup>.

En av de mest betydande förändringarna utgörs av att upphovsmannen i flera fall har erhållit en explicit rätt att neka användning. Det finns inga stadganden om hur denna rätt skall eller får utnyttjas, och därmed heller inget hinder för att tolka stadgandet på så sätt att upphovsmannen har en grundlagsskyddad rätt att neka användning för ett visst ändamål eller på ett visst sätt. Upphovsmannen har också rätt att meddela sin vägran i vilket skede som helst, dvs. även efter att användning påbörjats på basen av avtalslicensöverenskommelsen. Denna

<sup>287</sup> Kommittébetänkande 1980:12, s. 47.

<sup>288</sup> Det har dock naturligtvis varit möjligt för upphovsrättsorganisationerna att på avtalsmässig väg förhandla fram en individuell rätt att neka användning. Så har man också till exempel inom ramen för de kollektiva avtalen gällande fotokopiering för undervisnings- och forskningsändamål överenskommit om att upphovsmännen har en rättighet att neka användning trots avtalslicens, men att upphovsrättsorganisationen är skyldig att vinnlägga sig om att de individuella upphovsmännen inte utnyttjar denna möjlighet. Avtal mellan undervisningsministeriet och Kopiosto gällande fotokopiering vid högskolor, 17.12.2004.

<sup>289</sup> Petri, Upphovsrätten och dess intressenter (2004), s. 438.

<sup>290</sup> I den senaste upphovsretsreformen, som trädde i kraft 1.1.2006, inskränktes detta undantag att endast gälla samlingsverk i pappersform, dvs. inte i digital form. L om ändring av upphovsrättslagen nr 821/2005.

<sup>291</sup> Stadgandena om de nya avtalslicenssystemen träder ikraft först fr.o.m. år 2007.

nya vetorätt innebär för användarna, i detta fall läroinrättningarna, att en stor del av fördelarna med avtalslicenssystemet försvinner, eftersom den trygghet som avtalslicenssystemet är avsett att erbjuda användarna till stor del försvinner.

Dels försvinner den som ett led i att organisationerna och varje enskild anställd bör känna till innehållet i eventuella spärllistor. Detta är redan i sig en stor utmaning för organisationerna. Dels är det möjligt för upphovsmannen att närhelst han önskar vägra fortsatt användning, såvida inte användningsmöjligheten har tryggats genom individuella licenser. Dessutom är det möjligt för rättsinnehavarna att utnyttja systemet för att trissa upp priserna när helst man på basen av sin marknadsposition kan göra detta. Det här gäller till exempel förlag som har en stor marknadsandel eller rättigheterna till innehåll som är av stor betydelse för undervisning eller forskning inom ett visst område. Och slutligen innebär kravet enligt FiURL 11.5 § om att en olovligt framställd förlaga inte får mångfaldigas (i analog eller digital form) på basen av en upphovsrättslig inskränkning, inklusive vid användning inom undervisning och forskning, en sådan osäkerhetsfaktor som i grunden kan komma att kräva att all användning undergår individuell licensering eller därmed jämförbara lösningar<sup>292</sup>.

Man kan alltså konstatera att avtalslicenssystemet i högre grad har närmat sig normal kollektiv licensering i motsats till en tvångslicensordning. Avtalslicenssystemet skiljer sig från tvångslicensering närmast på följande punkter; Tvångslicenseringssystem baserar sig inte på något avtal mellan kollektiva organisationer och användare, och kollektiva organisationer har inte heller någon möjlighet att förhandla om de närmare villkoren. Inom avtalslicenssystemet förhandlar man förutom om ersättningsnivån även om närmare begränsningar av eller villkor för användningen. Ersättningsnivån baserar sig vanligen inom tvångslicenseringssystem på en bedömning som görs av ett statligt organ och upphovsrättsorganisationerna har ingen möjlighet att direkt påverka ersättningsnivån. Inom tvångslicenseringssystem motsvarar tvångslicensstadgandet omfattningen av användarens användningsrättighet, medan avtalslicensstadgandet endast anger de yttre ramarna, som vanligen inskränks genom avtalslicensvillkoren. Införandet av en i lag obegränsad rätt att neka användning fjärrmar ytterligare avtalslicenssystemet från tvångslicenssystemet, så att avtalslicenssystemet i allt högre grad börjar likna frivillig kollektiv licensering.

Genomförandet av ett avtalslicenssystem kräver i motsats till ett tvångslicensschema att rättsinnehavarna är organiserade. Den höga graden av organisering kan alltså anses utgöra den innovation som möjliggjorde ett avtalslicenssystem, liksom också en hög grad av organisering även utgjort en förutsättning för annan kollektiv licensering. Denna utveckling har, i kombination med förändringar i lagstiftningen, lett till att avtalslicenssystemet i allt högre grad har transformerats från en ordning jämförbar med tvångslicensering till en ordning för lagstadgad kollektiv licensering.

---

<sup>292</sup> En alternativ lösning är att man inom läroinrättningarna går in för en policy att endast verk som rättsinnehavarna meddelat är fritt användbara inom undervisningsverksamhet, till exempel på basen av så kallade CC-licenser får användas inom undervisningen. Därutöver kan man inom undervisningsverksamheten naturligtvis falla tillbaka på citaträtten. Om CC-licenser och open source-licensering i allmänhet, se Välimäki, *The Rise of Open Source* (2005), särskilt s. 113-163.

### 3. FRÅN KOPIERINGSSKYDD TILL FULLFJÄDRADE DRM-SYSTEM

Utvecklingen av tekniska åtgärder har ur historiskt perspektiv utvecklats som ett svar på rättsinnehavarnas bekymmer och upplevda hot. Problemet i Internet-miljön har framförallt ansetts vara att det har varit svårt eller direkt omöjligt att identifiera förövare och ställa dem till svars. Samtidigt har den allt bättre kopieringstekniken ansetts utgöra ett hot för innehållsindustrin. Den individuella användaren och privatkopiering har identifierats som ett allt större hot mot innehållsindustrins ekonomiska intressen<sup>293</sup>.

För att skydda sina intressen har därför innehållsindustrin varit tvungen att skrida till åtgärder. En artikel från 1990 visar att förläggarna helt och hållet var på det klara med behovet att lobba för starkare rättsligt skydd av sina intressen. Detta kunde åstadkommas genom en utvidgning av rättigheter (till exempel skyddet för databaser), genom effektivare påföljdssystem (*prosecution*) och strängare straff, genom utvecklandet av tekniska skyddsåtgärder samt genom att allmänbildade användarna ifråga om upphovsrätt<sup>294</sup>. Kopieringsskydd och andra tekniska åtgärder utgör alltså endast en av flera metoder för bevakning av rättsinnehavarnas intressen.

#### 3.1. Hotbilderna styr utvecklingen

Utvecklingen av tekniska åtgärder hör nära samman med de uppfattade *hoten* mot rättsinnehavarnas intressen samt *de tekniska möjligheterna* att skydda dessa intressen. Detta bör särskilt ses *i relation till möjligheterna att skydda dessa intressen genom andra medel*, såsom till exempel effektivt rättsligt säkerställande (*law enforcement*).

Piratism har vanligen ansetts utgöra det mest fundamentala hotet mot innehållsindustrin. Stöld eller piratism är dock en mångfacetterad företeelse, och såsom Chesterman och Lipman påvisat, är det inte alltid uppenbart vem som stjäl från vem<sup>295</sup>. Piratismen kan grovt indelas i följande typer av "stöld av immateriell egendom"<sup>296</sup>:

1. Produktion av identiska kopior, som säljs såsom genuin vara, och ofta till samma pris. (counterfeit)
2. Piratkopior av sämre kvalitet, dvs. kopior som klart kan identifieras som piratkopior, om inte på grund av kopianas kvalitet, så åtminstone på grund av olikheter i omslag eller dylikt.
3. Kopior gjorda för privat bruk, vanligen av privata individer (seepage). Denna typ av "piratism" är klart illegal gällande datorprogram, medan privat kopiering av musik, litteratur och film i många

<sup>293</sup> Piracy and the New Technologies (1990), s. 10.

<sup>294</sup> Ibidem, s. 8-11. Redan 1978 publicerade IFPI (International Federation of Phonogram and Videogram Producers) en tolk punkters deklaration mot piratism. Deklarationen innehöll åtgärder som gällde både lagstiftning, rättsligt säkerställande och internationellt samarbete. Även organisatoriska datasäkerhetsaspekter beaktades, bl.a. uppmanade man skivbolagen att vidta åtgärder för att skydda sina master-kopior. Chesterman & Lipman, The Electronic Pirates (1988), s. 127-128.

<sup>295</sup> Chesterman & Lipman, The Electronic Pirates (1988), s. 3-17.

<sup>296</sup> Denna indelning är en vidareutveckling av den indelning som utarbetats i Chesterman och Lipman, The Electronic Pirates (1988). Uppfattningarna om vad som utgör "piratism" eller upphovsrättslig "stöld" är mycket beroende av uppfattningarna om vad som utgör föremålet för upphovsrätt, dvs. upphovsrättens sociala, tekniska och ekonomiska verksamhetsmiljö. För en kort introduktion till piratism ur historiskt perspektiv, se Gurnsey, Copyright theft (1995), s. 7-16 samt Ploman & Hamilton, Copyright (1980), s. 4-21.

- länder tillåts mot en avgift för kopieringsapparater och/eller lagringsmedel. I vissa länder har dock digital kopiering även för privat bruk förbjudits i lag för alla typer av verk<sup>297</sup>.
4. Kopiering för icke-kommersiella ändamål, till exempel inom skolor eller för företags interna bruk (organised seepage).
  5. Oauktoriserad försäljning av icke-utgivna verk. Detta förekommer speciellt inom musikindustrin (bootlegs), men delvis även inom filmindustrin genom försäljning av icke-sioner av filmer.
  6. Produktion av verk under falskt namn. Det handlar här om förfalskade romaner eller musikstycken ("pavement" editions).
  7. Distribution av autentiskt verk under falskt namn, t.ex. för att kringgå filtreringsmekanismer.
  8. Olovlig inkorporering av hela eller delar av ett verk i ett nytt verk.
  9. Stöld av radio- och tv-utsändningar genom att snappa upp dessa för vidareutsändning
  10. Icke-kommersiell spridning av verk, t.ex. genom fildelningsnätverk
  11. Kringgående av åtkomstskydd för privat användning.

Det är uppenbart att tekniska åtgärder inte kan rå på alla typer av piratism, medan vissa typer av piratism inte ens skulle existera utan tekniska åtgärder. De facto är ju åtkomstskydd en teknisk åtgärd, så piratism ("stöld") baserad på kringgående av åtkomstskydd skulle inte ens kunna förekomma om inte nya businessmodeller som baserar sig på åtkomstskydd hade uppstått.

Piratism eller annat ur immaterialrättsinnehavarens synvinkel otillbörligt beteende beror på hur businessmodellerna och det upphovsrättsliga skyddet utvecklas. De strategier som är ägnade att minska piratism är alltså beroende av hur piratismen definieras.

Det är också rätt klart att man med hjälp av tekniska åtgärder endast i begränsad mån kan påverka de flesta av de ovan beskrivna hoten. Så kommer till exempel tillräckligt utvecklade kopieringsskydd naturligtvis att hindra även kopiering för kommersiellt bruk, men detta endast ifall ett exemplar av kopian inte är tillgängligt i oskyddad form i något skede<sup>298</sup>.

Tekniska åtgärder kan också vara effektiva för att säkerställa verkets integritet vid överföring och användning. Genom kryptering eller annan åtkomstkontrollerande teknik<sup>299</sup> av verket kan man säkerställa att endast den som har lovlig åtkomsträtt kan ta del av det. Krypteringsteknik och digitala vattenstämplar (steganografi) kan också framgångsrikt användas för att säkerställa att verket inte ändrats vid överföring och att verket är autentiskt<sup>300</sup>. Genom tekniska åtgärder kan man dessutom säkerställa att verket kan användas endast i någon specifik (teknisk) miljö. Man talar om säkra användningsmiljöer (*trusted systems*).

Inbland kan det utgöra en del av en strategi för innehållsproduktion att verket kan användas endast i vissa (auktoriserade) apparater eller applikationer. Detta handlar inte lika mycket om skydd av rättigheter som om businessmodeller, marknadsstrategier och konkurrens. Inne-

<sup>297</sup> Jfr Storbritanniens upphovsrättslag (Copyrights, Designs and Patents Act 1988), som inte innehåller något generellt undantag för privatkopiering, men som nog beaktar möjligheterna att framställa kopior i studiesyfte (art. 29) samt för att senarelägga nyttjande (time-shifting) (art. 70). Se även Gurnsey, *Copyright Theft* (1995), s. 75-76.

<sup>298</sup> Se Guyertyänfy, *Conflicts and Changes* (1993), s. 157-167, som hävdar att kopieringsskydd är avsedd att förhindra kommersiell piratism, inte privatkopiering. Det torde dock stå klart att det är omöjligt att kopieringsskyddet skulle ha någon betydelse för kommersiell piratism, ifall de inte samtidigt omöjliggör privatkopiering.

<sup>299</sup> Sådana är t.ex. lösenord eller -koder, identifiering av användaren genom elektroniska identitetssystem eller av de maskiner (t.ex. genom IP-adresser eller annan identifiering) genom vilket tillgång till materialet erbjuds. Om olika slag av identifiering som används inom DRM-system, se Rosenblatt et al., *Digital Rights Management* (2001), s. 86-88.

<sup>300</sup> I Rosenblatt et al., *Digital Rights Management* (2001), förklaras hur denna teknik kan användas, se speciellt s. 96-102.

hållsindustrin konkurrerar alltså inte enbart genom utbud av innehåll, utan även medier (som ger tillgång till innehåll) samt i allt större utsträckning även nätverk (genom vilka innehållet tillgängliggörs).

Det är intressant att *observera att de tekniska åtgärderna vanligen har berört slutanvändares eller konsumenters handlingar, som inte explicit förbjuds i upphovsrättslagen*. De mest allmänt kända tekniska åtgärderna består av kopieringsskydd, som är avsedda att antingen helt och hållet förhindra (privat)kopiering eller försämra kvaliteten på kopian, samt av TV-dekodars, den "svarta lådan" som dekrypterar televisionssändningar som tillhör betal-TV.

I bägge dessa fall är det alltså fråga om metoder som är ägnade att skydda en viss businessmodell och där rättsinnehavaren har stora pengar att förlora eller förtjäna. Detta påvisar också det inneboende *sambandet mellan kostnaderna för utveckling av teknik och de inkomster som tillämpning av dylik teknik kan medföra*. Rättsinnehavare är alltså mer benägna att utveckla och tillämpa teknik som har en direkt effekt på möjligheterna att utarbeta nya affärsmodeller.

### 3.2. Kampen mot illegal och oauktoriserad kopiering

Utvecklingen av kopieringstekniken utgjorde det första hotet mot upphovsrätten som man genom tekniska medel försökte bekämpa. *Till en början försökte man hindra tillverkningen av exakta kopior, dvs. förfalskningar. De första tillämpningarna gällde alltså försök att stävja kommersiell piratism (counterfeit)*. Tekniken lånade man från metoder först tillämpade för att försvåra förfalskning av sedlar: svårkopierade mönster, vattenstämplar, specialbläck etc.

De första tillämpningarna avsedda att skydda upphovsrättsliga intressen gällde kopieringsskydd för musikverk. På 1960-talet började det utkomma färgade vinylskivor med olika mönster och fotografier. Ett simplare försök att garantera skivornas autenticitet var att satsa på utarbetade skivomslag och tilläggsmaterial såsom gratis häften (som till exempel innehöll sångtexterna), idolbilder eller dylikt.

År 1981 införde man vattenstämplade LP-skivor. Man etsade helt enkelt med laser in en synlig vattenstämpel i skivan. Etsningen var endast 2 mikroner djup, medan musikspåren gick på 50-70 mikroners djup. Etsningen inverkar därför inte på ljudkvaliteten. På 1980-talet försökte man med hologram<sup>301</sup>.

Tekniken, speciellt steganografin<sup>302</sup>, har gått framåt till den grad att det nog finns metoder med vilka man kan säkra ett materiellt verksexemplars autenticitet, varmed man med allra största sannolikhet kan bevisa vilka verksexemplar som producerats lovligen<sup>303</sup>. Det är sen en annan sak om det är någon praktisk nytta med att tillämpa dylik teknik. Sådan teknik är ju inte effektiv i sig, utan man måste ha ytterligare metoder eller teknik som gör att man hittar

<sup>301</sup> Chesterman & Lipman, *The Electronic Pirates* (1988), s. 90-99, där man konstaterar att dessa åtgärder närmast kom att bli föremål för samlares intresse. Ett modernare exempel på dylika "kopieringsskydd" utgörs av ett karamelloftande luktmärke på musikgruppen Toybox skiva, som utkom år 2002.

<sup>302</sup> Steganografi har traditionellt definierats som konsten att gömma hemliga meddelanden i ett till synes oskyldigt objekt, informationsbäraren. Johnson et al., *Information Hiding* (2001), s. XI. I den digitala miljön avser man närmast konsten att binda information till en informationsbärare. Syftet behöver inte nödvändigtvis vara att förmedla hemlig information, utan steganografi kan användas för att binda informationen, vare sig hemlig eller ej, till en informationsbärare.

<sup>303</sup> Numera är det tekniskt möjligt att gömma information t.o.m. i DNA, se Johnson et al., *Information Hiding* (2001), s 4.

dem som tillverkar piratkopior<sup>304</sup>.

Ingen av dessa metoder var däremot direkt avsedd för eller lämplig för att hindra *privatkopiering*, som i slutet av 1960-talet blev ett allt större problem för musikindustrin. De flesta tidiga kopieringsskydd var avsedda att *försämra kvaliteten på kopian*. Till de tidigast utvecklade metoderna för att hindra privatkopiering hörde s.k. gömda högfrekvensvisslor (*high-pitched whistles*)<sup>305</sup>. Denna teknik baserar sig på steganografi, dvs. man gömmer ljudsignaler, som vid en kopiering är ägnade att framträda<sup>306</sup>. Det första försöket gjordes redan 1969. Förutom tekniska problem med att fästa dessa signaler på underlaget uppkom en hel massa andra problem. Den frekvens som användes låg i och för sig utanför den frekvens som kunde höras av en människas öra. Däremot kunde de förstöra högtalarna och driva grannskapets hundar till vanvett. Dessutom utgjorde kopieringsskyddet ett problem för alla dem som var vana vid att göra en kopia för vidareändring, såsom är brukligt inom exempelvis radio- och televisionsverksamhet<sup>307</sup>.

Inom förlagsverksamheten utvecklades ett rosa papper som ledde till att kopiorna blev av väldigt dålig kvalitet. Detta rosa papper har dock aldrig slagit igenom inom förlagsindustrin.

På den audiovisuella sidan hade man redan på 1970-talet utvecklat en "perfekt" störningsmekanism. Sony köpte dock upp patentet och utnyttjade det patenträttsliga skyddet för att hindra att tekniken kom ut på marknaden. Motsvarande teknologi, som antligen kunde föras ut på marknaden, uppkom först ett decennium senare. Inte långt senare marknadsfördes dock redan en apparat avsedd att kringgå denna störningsmekanism<sup>308</sup>.

Från och med 1980-talet användes så kallade *dongles* för att autentisera datorprogram och förhindra användning av privatkopierade program. Fysiska kopieringsskydd inkluderades också i Commodore 64 och Apple. Dessa kopieringsskydd använde sig av tekniken att skriva in kod i en sådan del av minnet där man normalt inte kan lagra information. De tidiga kopieringsskydden för CD använde sig av samma teknik, liksom också dagens spelkonsoler. Fysiska kopieringsskydd anses vara svåra att kringgå, och kräver i många fall så kallade *modchips*.

Programvaruindustrin har under årens lopp experimenterat med många olika metoder för att förhindra tillverkning och användning av pirattillverkade program. Många av dessa metoder har varit förvånansvärt "otekniska", såsom användningen av produktidentifieringskoder som enkelt kan kopieras för hand.

<sup>304</sup> Chansen att upptäcka gömda meddelanden i t.ex. ett skivomslag är minimal, ifall man inte har särskilda hjälpmedel. Alternativt kan denna teknik användas för att identifiera lagliga kopior och göra olagliga kopior obrukbara. Rättsinnehavarnas verksamhet verkar i allt högre grad sikta mot det senare alternativet, eftersom piratismens effekt på försäljning av lagligen tillverkade eller överförda exemplar därmed kan minimeras.

<sup>305</sup> Gurnsey, Copyright Theft (1995), s. 78 samt Chesterman & Lipman, The Electronic Pirates (1988), s. 93.

<sup>306</sup> För en god introduktion i steganografi och dess tillämpningar för skydd av olika slags verk, se Johnson et al., Information Hiding (2001).

<sup>307</sup> Chesterman & Lipman, The Electronic Pirates (1988), s. 94-95.

<sup>308</sup> Ibidem, s. 96-98. Denna historia beskriver på ett åskådligt sätt det problem som den moderna upphovsrättsregleringen försöker stävja: den tekniska kapplöpningen mellan dem som utvecklar datasäkerhet och dem som kringgår dessa mekanismer.



### 3.3. Mot en allt mer paradoxal situation; från hot till möjligheter

I och med den digitala nätverksmiljön (Internet) mångfaldigades problemen. Med hjälp av den digitala kopieringstekniken kunde man åstadkomma perfekta kopior. Denna teknologi har också i allt högre grad introducerats inom konsumtionselektroniken, och möjliggjort privatkopiering med mycket hög kvalitet. Det har också funnits teknologi som möjliggjort digitalisering av analogt material, till exempel med hjälp av skannars. Dessutom har det varit mer eller mindre omöjligt att kontrollera kommunikation av innehåll på nätverken.<sup>309</sup> Detta innehåll har kommunicerats såsom ”en till alla”-kommunikation (t.ex. publicering av ett verk på Internet), genom mer eller mindre privata kommunikationskanaler såsom e-post, eller genom fildelningsnätverk. Den digitala tekniken har alltså i sig inneburit att det skydd mot nyttjande som innehållets materiella form haft i den analoga miljön försvinner<sup>310</sup>.

Som ett svar på de nya hot den digitala nätverksmiljön medförde inleddes en febril aktivitet på 1990-talet för att utveckla tekniska skyddsmetoder för den digitala nätverksmiljön. Utvecklingen på 90-talet har varit mycket snabb och mångfacetterad. Det har handlat lika mycket om utveckling av modeller för elektronisk handel som att skydda upphovsrättsliga verk mot direkta upphovsrättsintrång. Rättighetsförvaltning och licensering har sammansmultit med direkt tekniskt skydd. Utvecklingen av datasäkerhetsmekanismer för upphovsrättsliga verk har varit nära sammanbunden med utvecklingen av den generella datasäkerheten på nätverken, och speciellt då sådan teknik som i ett bredare perspektiv behövs för elektronisk handel.

De tekniska framstegen har möjliggjort nya businessmodeller, såsom pay-per-view och decentraliserad (distribuerad) musikedistribution<sup>311</sup>. Innehåll kan tillgängliggöras kontinuerligt till olika typer av anordningar<sup>312</sup> i olika format, som delar av olika produkter (vare sig tjänster eller varor) till olika villkor beroende på marknadssegment<sup>313</sup> och till marginella kostnader för produktion och distribution<sup>314</sup>.

<sup>309</sup> Andersen, Ophavsretten och den nye teknologi (1995), s. 619. Andersen anknyter informationens *okontrollerbarhet* till dess *reproducerbarhet*.

<sup>310</sup>Se även Iannella, DRM Architectures (2001), enligt vilken innehållets fysiska form redan i sig inneburit en barriär mot olagligt nyttjande.

<sup>311</sup>Napster har vanligen förknippats med olagligt tillgängliggörande av musik. I.o.m. filtreringsfunktioner kan man minimera risken för olagligt tillgängliggörande. I kombination med olika abonnemangsmoeller och tilläggs-service, har man försökt bygga upp en ny service istället för den väldigt populära, men ur upphovsrättslig synvinkel sett problematiska verksamhetsmodellen. Fallet Napster utgör dock ett gott exempel över problemen att åstadkomma ekonomiskt lönsamma businessmodeller. Konsumenterna har helt enkelt inte varit villiga att betala för en service som inte nämnvärt förbättrats trots att den blivit avgiftsbelagd. Napsters misslyckande innebär dock inte ännu att själva businessmodellen är ohållbar. Hur som helst visar den att det är tekniskt möjligt att åstadkomma affärsmodeller baserad på fildelningsteknik och som beaktar de upphovsrättsliga intressena. iMesh är idag det kanske mest kända lagliga fildelningsnätverket, se <http://www.imesh.com>. Ett annat lagligt fildelningsnätverk, Qtrax, kommer även att tillgängliggöra musik gratis på basen av en reklamfinansierad modell. Goldfarb, New ad-supported P2P music service signs up EMI (2006). Fildelningsnätverket Morpheus profilerar sig i allt högre grad som ett sätt för uphovsmännen att dela med sig av filer på basen av Creative Commons-licenser, se <http://morpheus.com/>. Morpheus har dock knappast några medel för att försäkra sig om att den som tillhandahåller filer under en CC-licens faktiskt innehar alla rättigheter till innehållet.

<sup>312</sup>På grund av den tekniska konvergensen kan apparater, såsom datorer, mobiltelefoner, televisioner etc. i allt högre grad handha liknande funktioner.

<sup>313</sup>Med hjälp av marknadsundersökningar kan man allt effektivare indela marknaderna i olika segment, för vilka man kan tillhandahålla varor och tjänster som bättre motsvarar kundernas behov. Genom en differentiering av marknaderna är det möjligt att optimera tjänsterna och maximera inkomsterna. Se Shapiro & Varian, Information Rules (1999), s. 53-82 om differentieringsens betydelse för de nya affärsmodellerna i informationsekonomin.

<sup>314</sup>Med produktion avses här alltså kostnader för produktion av kopior, som i den digitala miljön närmar sig noll. Distributionskostnaderna fördelas mellan distributörer och konsumenter så, att distributörerna står för kostnaderna för upprätthållandet av sina egna tjänster och servrar, medan kunden står för kostnaderna av dataöverföring (telekommunikationskostnader) och eventuell lagring på egna servrar eller apparater.



I stället för försäljning av verk som varor, finns en generell trend mot mer tjänsteinriktade businessmodeller, där konsumenten inte köper äganderätten till ett verk utan endast en viss begränsad nyttjanderätt<sup>315</sup>. Denna modell uppbackas av att man i allt högre grad inkorporerar säkerhetsarkitekturer i konsumentelektroniken. Användningen sker därför kontinuerligt inom ramen för en säker omgivning, och användning av ett verk i en apparat som inte stöder säkerhetsfunktionerna kan omöjliggöras.

De utökade möjligheterna att knyta avtal i den digitala miljön innebär att rättsinnehavaren har bättre möjligheter att kontrollera nyttjandet av verk och att själva modifiera sina businessmodeller på ett mer utarbetat sätt än vad som följer av upphovsrättslagen. Samtidigt utgör lagen i sista hand en garanti för rättsinnehavarens position i de fall rättsligt skydd erfordras. Med hjälp av tekniska självhjälpssystem kan rättsinnehavaren dock åtminstone delvis bevaka sina intressen utan hjälp av sociala institutioner.

Det faktum att ägandet av teknologibolag och innehållsindustri i allt högre grad sammanmälter<sup>316</sup> innebär i praktiken att det finns större möjligheter att åstadkomma säkra användningsomgivningar, som samtidigt beaktar konsumenternas intresse av användarvänlighet. De tekniska skyddsåtgärderna blir allt osynligare för konsumenten eftersom de byggs in i användningsomgivningen<sup>317</sup> och inte på ett störande sätt hindrar eller annars påverkar användandet. Ett exempel på detta är de tekniska åtgärder som förhindrar överföring ("exportering") av ringsignaler från mobiltelefoner till andra mobiltelefoner eller andra lagringsmedel<sup>318</sup>.

### 3.4. Om tekniken bakom moderna DRM-system

Den tekniska utvecklingen har stor inverkan på hur man förstår DRM-systemens potentiella roll som kontrollmedel och del av upphovsrättens kontrollinfrastruktur. Det finns därför skäl att närmare gå in på den senaste tidens utveckling. Denna genomgång beskriver situationen i skrivande stund och i enlighet med de uppgifter som kunnat inhämtas om den tekniska utvecklingen<sup>319</sup>. Det skulle vara en omöjlig uppgift att beskriva alla de tekniska lösningar, tjänster och produkter som idag finns tillgängliga. Därför koncentrerar vi oss på de huvudsakliga dragen i utvecklingen.

DRM-systemens funktioner beror på de tekniska och organisatoriska förutsättningarna. I takt med att DRM utvecklas förändras förutsättningarna och de möjliga funktioner DRM kan ha i det upphovsrättsliga systemet. Dragen i den teknik som finns tillgänglig samt de uppgifter som finns att tillgå gällande den troliga utvecklingen av DRM-system inom en nära framtid utgör alltså bas för de explicita eller implicita antaganden i denna avhandling som

<sup>315</sup> Nimmer & Krauthaus, *Information as A Commodity* (1992). Nimmer konstaterar i en senare artikel att kategoriseringen i gods och tjänster inom amerikansk rätt är svårbegriplig och illa anpassad för transaktioner som gäller information i digital form. Nimmer, *Images and Contract Law*. (1999).

<sup>316</sup> Till exempel Sony har växt från ett företag som tillverkar hemelektronik till en koncern som förutom elektronik även täcker film, musik, tv och annan underhållning (såsom videospel).

<sup>317</sup> Användningsomgivningen består av de anordningar och program som behövs för att tillgodogöra sig innehållet.

<sup>318</sup> En av de första Nokia-telefonmodellerna som möjliggjorde nedladdning av ringsignaler innehöll inte denna tekniska spärr. Allmänheten har dock inte reagerat på att överföring av ringsignaler omöjliggjorts.

<sup>319</sup> Man bör minnas att säkerhetsmekanismer ofta utvecklas i hemlighet, eftersom okunskapen om hur en säkerhetsmekanism fungerar utgör en del av dess effekt. Till exempel Sonys XCP-kopieringsskydd utvecklades och användes i all hemlighet, och det var genom en tillfällighet kopieringsskyddet uppdagades. Informationen på det företags hemsidor som utvecklade kopieringsskyddet är mycket sparsam och det finns inga medel att närmare sluta sig till detaljerna i deras produktsortiment, se First 4 Internet Ltd:s webbsidor <http://www.first4internet.co.uk/>.

gäller DRM-systemens potentiella kontrollfunktioner och roll inom ramen för det upphovs-rättsliga systemet.

### 3.4.1. Identifikationssystem och system för rättighetspecifikation

Under den senare delen av 1900-talet utvecklades system för verksidentifiering lämpad för automatisk databehandling. ISBN-koden uppkom ursprungligen som en följd av att W. H. Smith, den största återförsäljaren av böcker i Storbritannien, utlyste sin avsikt att övergå till ett datoriserat lagersystem, som togs i bruk år 1967. Den internationella standardiseringsbyrån (ISO) grundade samma år en arbetsgrupp i avsikt att på basen av det brittiska SBN-systemet utarbeta en internationell standard. Uppkomsten av identifieringskoder i den form som används idag byggde ingalunda på rättsinnehavarnas intressen, utan återförsäljarnas. ISBN-koden har också inkorporerats med EAN-systemet som används i dagligvaruhandeln. ISBN-koden möjliggjorde automatisering av lagerhållningen.

Denna innovation har dock fått en allt viktigare roll för automatiseringen av rättighetsförvaltning. Ett flertal kodsystmer har utvecklats för olika typer av verk. Följande kodsystmer har godkänts som standarder inom ISO.

Akronym	Namn	ISO-nummer	Verkstyp	Administratör
<b>ISAN V-ISAN</b>	International Standard Audiovisual Number  ISAN - Version identifier	ISO 15706:2002	Audiovisuella verk	ISAN International Agency
<b>ISBN</b>	International Standard Book Number	ISO 2108:2005	Böcker, separat tillgängliggjorda delar av böcker (kapitel, separata artiklar) samt numera även på datorprogram och multimedia	The International ISBN Agency
<b>ISMN</b>	International Standard Music Number	ISO 10957:1993	Noter i pappersform	The International ISMN Agency
<b>ISRC</b>	International Standard Recording Code	ISO 3901:2001	Inspelad musik	International Federation of the Phonographic Industry (IFPI)
<b>ISRN</b>	ISO Standard Report Number	ISO 10 444:1994	Icke-utgivna vetenskapliga rapporter, dvs som inte framställs och tillhandla- hålls kommersiellt.	Fachinformationszentrum
<b>ISSN</b>	ISO Standard Serial Number	ISO 3297:1998	Periodika	ISSN International Center
<b>ISWC</b>	International Standard Work Code	ISO 15707:2001	Litterära och musikverk	International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC)

Tabell 1: ISO-identifikationssystem

Förutom dessa identifikationssystem bör man ännu särskilt nämna ISTC (International Standard Text Code), som är avsett att identifiera litterära verk i textformat. Denna standard är ännu under utveckling<sup>320</sup>. Man kan konstatera att inte alla former av verk har etablerade identifieringssystem. Till exempel text, bild och tal saknar än så länge identifieringsschema<sup>321</sup>. Man kan konstatera att flera av dessa identifikationssystem har skapats eller reviderats på 2000-talet.

Vissa av dessa standarder är avsedda att identifiera det abstrakta verket medan andra är avsedda att identifiera en upplaga eller annan entitet. Till exempel ISWC (International Standard Work Code) identifierar det abstrakta musikverket, medan ISMN (International Standard Music Number) identifierar det konkreta uttrycket i form av noter i litterär form och ISRC (International Standard Record Code) ett inspelat framförande av musikverket. Ett verk med en viss ISWC-kod kan utges i flera utgåvor, som får separata ISMN-nummer. En upptagning av ett framförande av verket kan sen få ett separat ISRC-nummer.

På samma sätt är ISTC (International Standard Text Code) avsett att identifiera det abstrakta litterära verket, medan ISBN (International Standard Book Number) identifierar det konkreta verksuttrycket.

Man har också utvecklat allmänna system för identifiering av digitala objekt eller delar av ett sådant objekt. DOI (Digital Object Identifier) används för detta ändamål<sup>322</sup>. Avsikten är att DOI skall kunna omfatta de ovan nämnda identifikationssystemen. I en digital miljö är det dessutom viktigt att kunna identifiera var objektet finns tillgängligt. Det är inte så stor nytta med att veta ett identifikationsnummer ifall man inte kan få tag på själva objektet.

DOI:s så kallade *handle*-system innehåller information om var verket är tillgängligt. Genom *handle*-systemet kan man identifiera både resursen och källan. Då man söker efter ett digitalt objekt genom detta system, hänvisar förvaltningssystemet vidare till önskad Internet-adress (URL<sup>323</sup>). Denna URL behöver inte innehålla själva objektet, utan kan t.ex. utgöra en sida som möjliggör licensiering av objektet. Även om URL:en ändras kommer därför inte själva DOI-koden att ändras. Fördelarna med DOI har vanligen ansetts vara att det är ett metaschema för identifikation som möjliggör inkorporering av andra scheman, den möjliggör identifikation med obegränsad finkornighet och den är även till övriga delar lämplig att använda i olika slags rättighetsförvaltningssystem<sup>324</sup>.

Identifieringsscheman för olika verkstyper innebär inte ännu ett genombrott för möjligheterna till licensiering. Det är nämligen mer sannolikt att man känner till namnet på upphovsmannen eller verket än att man känner till verkets unika identifieringskod.

Till den del upphovsrättsorganisationerna har företrätt rättsinnehavarna har de också upprätthållit register över rättsinnehavarna. Detta har behövts för att man skall kunna vidarebefordra inkasserade upphovsrättsavgifter. Det här har gällt speciellt musikbranschen. Dessa register har så småningom digitaliserats och licenseringsprocesserna automatiserats. Inom många andra branscher, såsom förlag och produktionsbolag för audiovisuella verk har rättigheterna ofta på avtalsmässig väg koncentrerats till dessa, och några allmänna omfattande register över rättsinnehavare (inklusive kontaktuppgifter mm.) har därför inte uppstått.

---

<sup>320</sup> ISO/DIS 21047.

<sup>321</sup> MPEG-21 del 1/21000:2004.

<sup>322</sup> DOI har inte ännu accepterats som ISO-standard.

<sup>323</sup> Unique Resource Locator.

<sup>324</sup> För en närmare förklaring om hur DOI fungerar, se Rosenblatt et al., *Digital Rights Management* (2001), s. 109-114 samt Factsheet "Value Added by the DOI System", Version 1.1, The International DOI Foundation.

Idag kan CISAC, den internationella intresseorganisationen för upphovsmän inom musikområdet, erbjuda sina medlemsorganisationer tillgång till CIS-Net. CIS-Net är en internationell databas med information om musikverk och deras upphovsmän. Denna internationella databas baserar sig på den information som upprätthålls på nationell nivå. Medlemsorganisationer i över 70 länder deltar i CIS-Net.

Inom vissa specifika sektorer har man också utarbetat referensdatabaser. Ett exempel på detta är CrossRef för vetenskapliga litterära resurser<sup>325</sup> samt ONIX som är avsedd att stöda on-line bokförsäljning<sup>326</sup>. Dessa databaser har vissa specifika uppgifter. CrossRef är avsedd att hjälpa akademiker hitta informationsresurser med hjälp av DOI-systemet, medan ONIX tillgängliggör information om böcker som stöd för återförsäljning.

Man kan dock konstatera att det inte finns några generella databaser med information om rättsinnehavare och dylikt. Närmast detta syfte kommer säkert de frivilliga nationella registreringssystem som upprätthålls i vissa länder<sup>327</sup>. Det är oklart vilken roll dessa registreringsystem kan få för att utveckla mer omfattande frivilliga verksregister för olika typer av verk.

För licensering av innehåll över Internet räcker det inte med att man kan identifiera objekt samt rättsinnehavare. Man behöver också något system för att uttrycka villkor på en mer generell och dynamisk nivå och på ett sätt som kan nyttjas i automatisk databehandling. Dessa är till sin natur antingen *informativa* eller *interaktiva*.

Ett informativt system för uttryckande av villkor är Creative Commons-licenserna, som kan genereras i en maskinläsbar form<sup>328</sup>. Idag stöds Creative Commons-licenserna av den allmänna sökmotorn Google, som gör det möjligt att begränsa antalet träffar genom att specificera att man endast önskar material med en viss typ av licens<sup>329</sup>.

Man har inom olika sektorer börjat utveckla processer och system för automatisering av transaktioner mellan företag verksamma inom innehållsproduktion. Man kunde kanske tala om applikationer jämförbara med EDI (Electronic Data Interchange), som används inom varuhandeln. MI3P och PRISM utgör några exempel på sådana sektorspecifika lösningar.

Inom ramen för MI3P har man utarbetat standarder för identifiering av licenser för musikverk (MWLI – Musical Work License Identifier), för identifiering av utgivningar som kan innehålla en eller flera skivor, musikvideor och annan multimedia (*GRid - Global Release Identifier Standard*) och standarder för kommunikation mellan affärsparterna i värdekedjan i avsikt att främja legitima on-line tjänster för musik. MI3P-standarderna uppstod på initiativ av CISAC, BIEM, IFPI och RIAA. Avsikten har bland annat varit att i utökad omfattning kunna spåra hur musikverk licenserats. DDEX<sup>330</sup> (Digital Data Exchange), ett konsortium för företag inom branschen, avser föra denna process vidare och implementera standarderna inom musiksektorn.

PRISM verkar inom sektorn för tidskrifter. PRISM är enligt egen uppgift en industri-

<sup>325</sup> <http://www.crossref.org/>.

<sup>326</sup> <http://www.bisg.org/onix/index.html>.

<sup>327</sup> WIPO har gjort en undersökning av de registreringssystem som finns i olika länder och på basen av den kan man konstatera att registreringssystemen har litet olika uppgifter i olika länder. Survey of National Legislation on Voluntary Registration Systems for Copyright and Related Rights, WIPO (2005). Enligt studien har Argentina, Kanada, Kina, Colombia, Tyskland, Ungern, Indien, Japan, Mexiko, Spanien och USA registreringssystem. I vissa fall är användningsområdet ytterst begränsat. Till exempel i Tyskland registreras endast verk som ges ut anonymt eller under pseudonym och avsikten är att kunna slå fast längden på det rättsliga skyddet.

<sup>328</sup> [Http://creativecommons.org/](http://creativecommons.org/).

<sup>329</sup> Se "avancerad sökning" på Googles sökmaskiner.

<sup>330</sup> [Http://www.digitaldataexchange.com/](http://www.digitaldataexchange.com/).

standard för tidskrifter för definiering och specificering av rättigheter i avsikt att automatisera processer som har att göra med skapande (creation), förvaltning (management), användning (use), aggregation (aggregation), syndikering (syndication) och återanvändning (reuse) av digitala tillgångar. PRISMs specifikationer definierar en standard för hela tidskriftsindustrin för att beskriva, kommunicera och återanvända innehåll i både tryckt och elektroniskt format genom att använda XML metadata och kodning av innehåll<sup>331</sup>. PRISM innehåller inte mekanismer för implementering av rättigheter genom tekniska åtgärder. Man bör också notera att PRISM baserar sig på etablerade affärsrelationer mellan de företag som deltar i transaktionen.

Ett viktigt steg i riktning mot mera dynamiska och generella system är MPEG-21-initiativet. MPEG-21-standarderna<sup>332</sup> är indelade i 17 olika komponenter och är avsedda att möjliggöra e-handel med multimedia i digital miljö, inklusive till mobiltelefoner och handdatorer (pda) och innehåller både ett rättighetspråk (rights expression language) som baserar sig på ContentGuard/Microsofts XrML, ett system för utbyte av DRM-relaterad information samt element för säkerställande av rättigheterna<sup>333</sup>. MPEG-21 är inte verkstyps- eller formatspecifik, industrispecifik eller applikationsspecifik.

Utgångspunkterna för arbetet med MPEG-21-standarderna beskrivs i ISO/IEC TR 21000-1. Enligt dokumentet från år 2001 kan man identifiera ett flertal problem i samband med identifieringsscheman för innehåll;

- 1) Det finns inga integrerade lösningar för olika sektors scheman
- 2) Det finns inga standardiserade dynamiska<sup>334</sup> identifikationsscheman
- 3) Brist på standardmetod för att man skall kunna särskilja mellan olika versioner
- 4) Ingen mekanism för kontroll av information gällande digitala objekt (registreringsmyndighet)
- 5) Brist på samverkansförmåga för gemensamma funktioner såsom automatiska transaktions- eller betalningssystem
- 6) Brist på standardiserade identifikationssystem för vissa typer av innehåll eller entiteter, såsom bild, text och tal.
- 7) Brist på skalbarhet, det vill säga förmåga att anpassa sig till såväl små som stora aktörers behov
- 8) Sinsemellan motstridiga krav för identifiering och beskrivning av innehåll på olika rättsinnehavares eller andra användares<sup>335</sup> vägnar. Beskrivningarna i relation till innehållet är inte heller allmänt tillgängliga.
- 9) Brist på samverkansförmåga mellan olika tillämpningskontexter inom samma mediasektor
- 10) Brist på harmoniserade mekanismer för resolution av identifieringssystem<sup>336</sup>

<sup>331</sup> [Http://www.prismsstandard.org/about/benefits.asp](http://www.prismsstandard.org/about/benefits.asp).

<sup>332</sup> ISO-standard 21000, del 1-17.

<sup>333</sup> För en introduktion i hur MPEG-21 fungerar, se Perkis & Drege, Uma Enabled Environment For Mobile Media Using MPEG-21 Client And Server Technology (2005) samt FAQ på MPEG-21:s webbsidor: <http://www.chiariglione.org/mpeg/faq/mp21-mds/mp21-mds.htm>.

<sup>334</sup> Med dynamiskt identifikationsschema menas att det är viktigt att information som sammanhänger med ett objekt men som ändras över tid inte påverkar möjligheterna till identifiering. Det skall alltså vara möjligt att spåra att till exempel utgivaren av ett litterärt verk fusionerats med ett annat förlag, varvid rättigheterna övergått till detta förlag.

<sup>335</sup> Man bör notera att man inom MPEG-21 använder ordet "user" eller användare för såväl upphovsmän och andra rättsinnehavare som övriga intressenter såsom kommersiella exploatorer och slutanvändare.

<sup>336</sup> ISO/IEC TR 21000-1:2004, s. 16.

Det är oklart till vilken del MPEG-21-standarderna inklusive rättighetsspecifikationerna idag har implementerats inom industrin. Åtminstone inom musikbranschen har CISAC<sup>337</sup> och BIEM<sup>338</sup> lanserat ett nytt initiativ år 2006, kallat Moebius. Avsikten är att öka interoperabiliteten mellan olika DRM-system inom musikbranschen. Såsom framgår av projektbeskrivningen för Moebius är man inom organisationen orolig över formatkriget som pågår mellan olika företag inom branschen och bristen på samverkansförmåga mellan olika DRM-system<sup>339</sup>. Denna utveckling har ju lett till att man låtit konsumenter konvertera skyddade AAC-filer till oskyddat mp3-format för att de skall kunna återges på olika spelare. Moebius-initiativet ämnar lansera MPEG-21-standarden för att åstadkomma säkra användningsmiljöer (det vill säga där DRM-system kontrollerar användningen i alla skeden)<sup>340</sup>.

Man kan notera att inte alla aktörer varit villiga att implementera MPEG-21. Nokia tillsammans med ett stort antal andra företag har antagit OMA DRM-specifikationen som standard för DRM-system i den mobila miljön. OMA baserar sig på ODRL (Open Digital Rights Language)<sup>341</sup>. OMA DRM-specifikationen har lanserats som industristandard för mobiler. OMA DRM innehåller enligt uppgift en lokal enhet (client) som skall förhindra piratism även genom chat (IR), bluetooth och MMC-minnen. OMA DRM möjliggör även superdistributionsmodeller, där en person kan sända innehåll till en annan person, som får tillgång till innehållet efter att ha godkänt licensvillkoren (inklusive eventuell betalning)<sup>342</sup>.

MPEG-21 och OMA kan sägas vara konkurrerande standarder, där MPEG-21 bygger på ContentGuard/Microsofts XrML medan OMA bygger på den open source-licenserade ODRL. Förutom att ODRL är open source-licenserad och det därför inte finns några särskilda begränsningar för utveckling och användning av standarden har ODRL också ansetts vara mer flexibel och möjliggöra flere affärsmodeller<sup>343</sup>.

Det finns knappast skäl att betrakta en eventuell konkurrenssituation mellan MPEG-21 och OMA med oro. Det har nämligen redan utvecklats teknik för att öka samverkansförmågan mellan system som baserar sig på de olika DRM-formaten<sup>344</sup>.

Man kan alltså säga att man under de senaste decennierna gjort framsteg i att skapa scheman för identifiering, specificering och förvaltning av rättigheter till verk. Dessa initiativ har i huvudsak varit branschspecifika och drivits av aktörernas egenintresse<sup>345</sup>. Det mest omfattande initiativet som gäller olika former av verk är MPEG-21-standarden, som också har skapat ett system för specificering av rättigheter oberoende av verkstyp.

---

<sup>337</sup> Den internationella organisationen för upphovsmän till musikverk.

<sup>338</sup> Den internationella organisationen som representerar upphovsmän och utgivare av litterära musikverk för indrivning av avgifter för inspelning av framförd musik (mechanical rights organisation). Nordisk Copyright Bureau (NCB) utgör medlem av organisationen.

<sup>339</sup> Se Moebius, Promoting DRM Interoperability, CISAC (2006).

<sup>340</sup> Se Moebius programförklaring The Moebius White Paper (2006).

<sup>341</sup> Därmed har man full frihet att utveckla specifikationen och slipper betala licensavgifter till ContentGuard/Microsoft.

<sup>342</sup> Nokia DRM and download frequently asked questions (updated 31-October-2005).

<sup>343</sup> Doest et al., Digital Rights Management (2004).

<sup>344</sup> Delgado et al., Profiles for interoperability (2004).

<sup>345</sup> I allt högre grad har dock olika aktörer börjat samarbeta, och idag finns allt bättre möjligheter även för privatpersoner att utöva kontroll över verksanvändning genom DRM-system.



### 3.4.2. Teknisk arkitektur såsom steganografi, kryptografi och programvara implementerar rättigheter

Identifikationssystem och system för kommunikation av rättigheter innebär inte ännu att dessa rättigheter säkerställs eller implementeras. För detta ändamål behövs teknologi som möjliggör implementering av rättigheterna. Exekutiva funktioner innehas i första hand av applikationer som baserar sig på steganografi och kryptografi. Dessa linjer i den tekniska utvecklingen betraktas i det följande.

Den *steganografiska tekniken* har med tiden fått viktiga tillämpningar inom den digitala miljön. *Digitala vattenstämplar* är en tillämpning av steganografi som kommit att utvecklas för att skydda upphovsrättsliga verk. Digitala vattenstämplar skiljer sig från normal steganografi såtillvida, att steganografen vanligen är avsedd att dölja information och hålla den hemlig, medan digitala vattenstämplar är en kommersiell tillämpning avsedd för *spårning, identifiering och lokalisering av digitala medium över nätverk*. Digitala vattenstämplar är alltså så kallade attribut eller tillägg till informationsbäraren.

Där som föremålet för kommunikationen i normal steganografi är den hemliga informationen i objektet, är föremålet för kommunikation i digital vattenstämpling själva objektet. Den digitala vattenstämplingen innehåller istället information om till exempel upphovsmän och andra rättighetsinnehavare, identifieringsnummer och licensvillkor.<sup>346</sup>

Där som en attack mot ett hemligt meddelande består i försök att hitta och tyda gömd information, består en attack mot en digital vattenstämpling i att göra vattenstämplingen oanvändbar eller oläslig<sup>347</sup>.

De digitala vattenstämplingarnas funktioner överskrider också de traditionella tillämpningarna av steganografisk teknik: *istället för att enbart fungera som garanti för verkets autenticitet, kan det nyttjas för mer omfattande kontrollfunktioner, såsom att gömma självutlösande meddelanden (self-executing embedded messages) och för interaktiva rapporteringssystem för bevakning (monitoring) och spårning (tracing) av skyddade verk i digitala nätverk*<sup>348</sup>. Det kanske bör tilläggas att steganografi och digital vattenstämpling inte enbart är tillämpliga på visuellt material, utan även på ljud. Filutrymme, datapaket och kommunikationsprotokoll, datorprogram och mikrochips kan utgöra föremål för steganografiska tillämpningar.<sup>349</sup>

En annan viktig teknisk innovation har bestått av effektiva *krypteringssystem*. Krypteringssystemen kan användas för en mängd olika ändamål, bl.a. i kombination med steganografi för att göra digitala vattenstämplar mer robusta<sup>350</sup>, för att *försäkra ett digitalt objekts (verkets) eller kommunikationens (t.ex. vid nedladdning av ett verk) integritet och för att förhindra oauktorerad tillgång till verket*. Kryptering och steganografi kan anses vara grundteknikerna för datasäkerheten och implementering av DRM på nätverken.

Kryptering utgör en särskilt viktig teknik med vilken man kan identifiera användare och

<sup>346</sup> Johnson et al., *Information Hiding* (2001), s. XI, 22.

<sup>347</sup> Attackerna kan bestå i olika slags kombinationer av kryptoanalys, stegoanalys, formatbehandlingstekniker eller andra medel för att skriva över eller förstöra införlivad (embedded) information. Johnson et al., *Information Hiding* (2001), s. XX, 8-10.

<sup>348</sup> Ibidem, speciellt s. 11-12.

<sup>349</sup> Ibidem, s. 4-8.

<sup>350</sup> Ibidem, s. 26. En motsatt teknik där steganografen nyttjas för att förstärka krypteringen består i att man gömmer information gällande krypteringsteknik. Ifall denna information inte finns tillgänglig är det svårare att attackera krypteringen. Ibid. s. 44. Med robusthet avses inom datasäkerhetsterminologin att tekniken är svår att kringgå, dvs. bättre motstår datasäkerhetsattacker.



digitala objekt och etablera säkra omgivningar, med eller utan en betrodd tredje part (Trusted Third Party). Man brukar ofta kalla detta *digitala signaturer, digitala vouchers eller "handskakningar"* och *digital identifiering*.

Det är dock inte bara vattenstämplar eller andra steganografiska tillämpningar samt kryptering som utgör beståndsdelarna i DRM-system. *Programmering och protokoll* utgör allt viktigare beståndsdelar i *DRM-arkitekturen*.<sup>351</sup> DRM-arkitekturen handlar inte längre lika mycket om enskilda, specifika säkerhetsåtgärder som om att konstruera en säker omgivning för elektronisk handel med immateriellt gods.

### 3.4.3. Första, andra och tredje generationens DRM-system

*Första generationens DRM-system* utmärks ofta av *verkspecifika tekniska åtgärder* vilka kan beskrivas som enkelriktade tekniska lösningar (dvs. det fattas dubbelriktad, interaktiv kommunikation) avsedda att hindra specifika åtgärder och vanligen riktade mot slutanvändare. Ett exempel på ett sådant traditionellt kopieringsskydd är Macrovisions kopieringsskydd för VHS-kassetter. Kopieringsskyddet gör att bildkvaliteten på kopior av kassetten kraftigt försämras. Macrovisions kopieringsskydd användes i omfattande grad på kommersiellt tillhandahållna videofilmer.

Till första generationens DRM-system kan man också räkna datoriseringen av rättighetsförvaltning inom olika organisationer, särskilt inom upphovsrättsorganisationerna. Det är då närmast fråga om en övergång från manuella register till ADB-register.

Det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder särskilt inom datorprogramdirektivet (91/250/EEG), men i någon mån även upphovsrättsdirektivet, verkar i första hand ha utgått från första generationens DRM-system, även om andra generationens DRM-system så småningom gjorde sitt intåg vid tiden för uppkomsten av upphovsrättsdirektivet. Den första generationens kopieringsskydd är primärt avsett att låsa in innehållet och integrerar inte avtal med produkten.

Den *andra generationen av DRM-system* utmärks i stället av *standardisering av identifikationssystem, integrering av tekniska åtgärder och rättighetsförvaltning* samt en strävan mot alltmer kompatibla och interaktiva system. Man börjar också satsa på säkerheten i öppna system (typ Internet). Typiskt för andra generationens DRM-system är att man börjar skilja mellan objektet för elektronisk kontroll och systemet för kontroll av objektet. Trots satsningarna på lösningar för affärsrelationer (B2B – Business-to-Business) förblir lösningarna för konsumentrelationer (B2C – Business-to-Consumers) det centrala tillämpningsområdet för DRM. Typiskt är också att man samarbetar inom ramen för olika allianser för att utveckla DRM-system.

De största problemen för andra generationen av DRM-system är att det fortfarande fattas gemensamma allmänt accepterade standarder och plattformar för identifikation, rättighetsförvaltning och övervakning. Samtidigt utnyttjas frånvaron av standarder för att sätta käppar i hjulen för konkurrerande företag eller allianser. Detta innebär att gemensamma standarder kan uppstå endast då detta är förmånligt för alla parter eller då ett företags lösning fått en så stark position på marknaden att den blivit en sk. de facto marknadsstandard.<sup>352</sup>

Ett exempel på en andra generationens DRM-system är Apples iTunes-tjänst, som kan

<sup>351</sup> Om DRM-systems beståndsdelar och olika implementeringar, produkter och service, se Rosenblatt et al., *Digital Rights Management* (2001).

<sup>352</sup> År 2001 ansåg man ännu att detta endast var en framtidsvision. Iannella, *DRM Architectures* (2001).

definieras som en e-handelstjänst riktad till konsumenterna. iTunes är en så kallad proprietär (*proprietary*)<sup>353</sup> applikation och det krävs en iPod-spelare för att musikfiler nedladdade från iTunes skall kunna återges<sup>354</sup>. Man har alltså skapat en kontrollerad (säker) omgivning för musikdistribution och –konsumtion. Användningsvillkoren säkerställs genom tekniska åtgärder, som användaren genom standardavtalet förbinder sig att godkänna<sup>355</sup>. Avtalsvillkoren och tekniska åtgärder för att säkerställa villkoren utgör alltså en integrerad del av produkten.

Den tredje generationens DRM-system kan anses utgöras av fullfjädrade superdistributions-system som handhar både B2B-, B2C- och C2C<sup>356</sup>-licensering. Superdistributions-system utmärks av anpassningsbarhet till olika businessmodeller, licenseringen omfattar alla element, det vill säga den är finkornig (*granular*), sträcker sig genom hela värdekedjan och informationsobjektets hela livscykel och har hög kompatibilitet, dvs. kan handha licensering av olika slags verk för olika slags medier.<sup>357</sup> En förutsättning för fullfjädrade superdistributions-system är en hög kompatibilitet, vilket förutsätter ett stort mått av standardisering eller andra åtgärder med vilka olika komponenters interoperabilitet kan säkras. Den elektroniska rättighetsförvaltningen är raskt på väg mot detta stadium<sup>358</sup>. Till exempel MPEG-21-standarderna utgör ett viktigt steg i riktning mot uppkomsten av tredje generationens DRM-system.

## 4. DRM-SYSTEMENS PRAKTISKA INVERKAN PÅ KONTROLL ÖVER ANVÄNDNING

I det här kapitlet analyseras närmare på vilket sätt det i praktiken är möjligt att kontrollera användning av DRM-system och till vilken del det inte är möjligt att kontrollera användning med hjälp av tekniska åtgärder. Tesen är att DRM-system inte möjliggör fullständig kontroll

<sup>353</sup> Det är numera vanligt att tala om proprietär programvara som motsats till fria programvaror (open source). Den förra innebär typiskt att tillgång till källkod är begränsad, medan den senare medger tillgång till källkod för vidareutveckling och anpassning av programvaran.

<sup>354</sup> Orsaken till att musiken från iTunes inte går att använda i andra spelare är uppenbarligen att Apple använder sig av ett proprietärt DRM-system, till vilket konkurrenterna inte har tillgång. Apples DRM-system möjliggör att man definierar rättigheter på ett rätt flexibelt sätt. Apple har enligt avtalsvillkoren rätt att ändra dessa användarrättigheter när som helst. Enligt nuvarande standardvillkor har användaren följande rättigheter; rätt att använda produkten på fem apparater auktoriserade av Apple, rätt att överföra, kopiera och (om tillämpligt) bränna filer för personligt bruk (detta gäller inte audiovisuella verk), bränna en spellista upp till sju gånger samt rätt att lagra innehåll från fem olika konton på en iPod. Alla dessa rättigheter gäller för personligt icke-kommersiellt bruk. iTunes Store Terms of Service [Http://www.apple.com/support/itunes/legal/terms.html](http://www.apple.com/support/itunes/legal/terms.html).

<sup>355</sup> Frågan om dessa villkor är förenliga med konsumentskyddsriktiga principer är en annan sak. Konsumentombudsmännen i Sverige, Norge och Danmark har ansett att villkoren är oskäliga. Detta gäller speciellt ansvarsfriskrivning och villkoret om att iTunes har rätt att ensidigt ändra avtalet. Se Konsumentombudsmän i enad front mot iTunes. Pressmeddelande 2006-06-28, Konsumentverket/KO.

<sup>356</sup> Licensering direkt från privatperson till privatperson.

<sup>357</sup> Cox, Superdistribution (1997).

<sup>358</sup> I Rosenblatt et al., Digital Rights Management (2001), s. 103-137 analyseras förekomsten av och möjligheterna till skapandet av standarder för olika nivåer av DRM-system. Enligt Mauthe & Thomas, Professional Content Management Systems (2004), s. 291-292, finns det inte ännu några heltäckande system som skulle täcka alla skeden i produktion, distribution och användning av innehåll. Man kan dock konstatera att DRM-system på allmän nivå utgjort föremål för standardiseringsprocess genom ISO/TR 21449:2004, där man skapat en konceptuell modell för distribution av innehåll och rättighetsförvaltning. ISO/TR 21449:2004, Content Delivery and Rights Management – Functional Requirements for identifiers and descriptors for use in the music, film, video, sound recording and publishing industries.

av upphovsrättsligt relevant användning av verk. Möjligheterna att kontrollera användning har dock ökat (och fortsätter öka) i takt med den tekniska utvecklingen. Avgörande för möjligheterna att kontrollera användning är ändå det rättsliga stöd en sådan kontroll får.

Vi skall alltså i det följande närmare betrakta på vilket sätt man genom elektronisk rättighetshandling i verkligheten kan kontrollera användning och vilka frågor gällande det rättsliga skyddet av DRM-system som därmed uppkommer. De rättsliga lösningarna på de uppkomna situationerna återkommer vi till i senare kapitel.

## 4.1. Den upphovsrättsliga paradoxen i början av 2000-talet

Det är uppenbart att möjligheterna att tillverka perfekta digitala kopior för både kommersiellt och privat bruk kombinerat med möjligheten att sprida verk på ett kostnadseffektivt sätt genom Internet utgör ett stort hot mot innehållsindustrin och det upphovsrättsliga systemet. Privat kopiering och spridning av verk har plötsligt blivit ett lika stort hot som professionell piratism. Fildelningsnätverk med Napster i spetsen symboliserar det ultimata hotet mot rättsinnehavarnas intressen i den nya kommunikationsmiljön.

Försöken att med tekniska åtgärder skydda de upphovsrättsliga intressena har ofta misslyckats, delvis på grund av att de samtidigt utgjort störande hinder för nyttjande av innehåll, delvis därför att tekniska åtgärder kringgåts. I brist på samarbete med elektronikindustrin har det också varit svårt att åstadkomma tillräckligt säkra system, eftersom elektronik kan konstrueras så att den inte stöder de tekniska skyddsåtgärderna. Upphovsmannens och rättsinnehavarens ställning verkar alltså mer oskyddad än någonsin ur denna synvinkel, eftersom ”upphovsrättsintrång” försiggår på en massiv skala inom ramen för privat kopiering och kommunikation.

Samtidigt har det upphovsrättsliga skyddet kontinuerligt utökats och utvidgats. Allt flera olika slag av innehåll har fått upphovsrättsligt skydd. Det senaste exemplet är det specifika databasskyddet instiftat genom databasdirektivet (96/9/EG), som inom EG trädde ikraft 1996<sup>359</sup>. Även de skyddade nyttjandeformerna har utvidgats, bl.a. genom uthyrnings- och utlåningsrätten<sup>360</sup>. Senast genom WTO:s TRIPS-avtal ställs upphovsrätten och annat immaterialrättsligt skydd i mittpunkten. TRIPS-avtalet kräver att det upphovsrättsliga skyddet är effektivt och att alla eventuella undantag till upphovsrätten skall vara väl grundade och snävt formulerade, vilket utgör essensen i det så kallade trestegstestet. Detta leder i sin tur till att upphovsrättsligt eller annat immaterialrättsligt skydd presumeras och ter sig allt mer absolut i förhållande till andra rättigheter<sup>361</sup>. Till och med privat kommunikation har kommit att falla inom ramen för gärningar som uppfyller rekvisiten för upphovsrättsintrång med den följden

<sup>359</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser.

<sup>360</sup> Rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området.

<sup>361</sup> Om upphovsrättens expansion och en maximalistisk tolkning av upphovsrätten, se Still, *Upphovsrättens expansion* (2003), s. 44, Rosén, *Medie- och immaterialrätt*, (2003).

att en stor del av befolkningen klassas som brottslingar<sup>362</sup>.

Trots detta har det rättsliga skyddet av upphovsrätt inte ansetts vara tillräckligt, utan kravet på ett rättsligt skydd av DRM-system har växt sig allt starkare. Detta skydd gäller inte ens verket i sig, utan åtgärder och information som hänför sig till verket. Ett effektivt rättsligt skydd av DRM-system är ägnat att stärka rättsinnehavarens ställning i en miljö där de faktiska intrången och möjligheterna till intrång är uppenbara.

I början av 2000-talet befann man sig alltså i en paradoxal situation, där *det upphovsrättsliga skyddet expanderat och växt sig allt starkare, samtidigt som de reella möjligheterna att bevaka de upphovsrättsliga intressena i praktiken minskat*<sup>363</sup>. Svårigheterna att bevaka de upphovsrättsliga intressena har avslöjats gång på gång genom problemen att ställa någon till svars för upphovsrättsintrång vid upprätthållande av privata BBS-system, publicering av innehåll på hemsidor och vid omfattande länkning till dylika sidor samt sist men inte minst vid distribution av upphovsrättsligt skyddat material i så kallade fildelningsnätverk.

Som en följd av ett hektiskt lagstiftningsarbete och utökat internationellt och transnationellt samarbete mellan myndigheter har man nått en situation där det blir allt svårare att *undgå* att ställas till svars för eventuella rättskränkningar<sup>364</sup>. Fortsatta rättskränkningar har även bekämpats genom att ålägga tjänsteleverantörer att vidta åtgärder för att ta ner hemsidor med rättighetskränkande innehåll eller filtrera innehållet.

Arbetet med att tämja det anarkistiska Internet verkar ha gått framåt med stormsteg. Det kan finnas risk att man råkar in i en ny paradoxal situation, där *det rättsliga och praktiska skyddet växer sig så starkt både i teorin och i praktiken att det börjar upplevas som problematiskt*. I stället för att skydda upphovsrätten och annan immaterialrätt finner man att man skyddat en till immaterialrätten löst knuten rättslig maktposition på basen av vilken rättsinnehavarna har full möjlighet, och även rättighet, att reglera sina förhållanden till alla andra parter och rättigheter. I detta läge är det därför nödvändigt att analysera vilken maktposition elektronisk rättighetshantering medför för olika parter samt hur ansvarsfördelningen mellan olika parter kommer att se ut. Det här gäller inte bara rättsinnehavare och användare, utan även tjänsteleverantörer och andra tredje parter.

I fall man i allt högre grad ålägger tredje parter, såsom tjänsteleverantörer, ökade plikter att förhindra upphovsrättsintrång, innebär det att det inte längre finns någon orsak för rätts-

<sup>362</sup> Många europeiska länder, däribland de nordiska, har börjat klassificera även nedladdning av filer såsom upphovsrättsintrång. Synbarligen har man velat straffa dem som deltar i fildelning. Det är dock intressant att notera att justitieministern som en del av den häftiga debatt som i Sverige försiggick våren 2006 på grund av tillslagen mot Pirate Bay i en nyhetsintervju för SVT hävdade att intentionen med upphovsrättslagstiftningen inte varit att enskilda individer skall ställas till svars för upphovsrättsintrång. Avsikten har synbarligen varit att komma åt fenomenet med fildelning i sig. Lagstiftarnas avsikt verkar inte till denna del ha förverkligats i lagstiftningen, eftersom lagstiftningen gör det möjligt att även ställa enskilda individer till svars. Man har också i den offentliga debatten i Sverige frågat sig om det är lyckat med en lagstiftning som verkar sakna stöd i den allmänna rättsuppfattningen.

<sup>363</sup> Denna upphovsrätts paradoxala situation vid millennieskiftet har inte heller undgått andra observatörer, se Perlmutter, *Convergence and the Future of Copyright* (2000), s. 15-27. Perlmutter förhåller sig nytert till dessa ytterligheter, som hon definierar som "user takes all" och "right holder takes all"-scenarierna. Hon konstaterar dock att det inte längre räcker med att definiera en rättighetsbalans endast inom den rättsliga ramen innehållande rättigheter och begränsningar av dessa rättigheter. Istället måste man beakta realiteterna med ökade risker och ökat skydd på grund av tekniken.

<sup>364</sup> Bekämpningen av upphovsrättsintrång har förenklats genom det omfattande civilrättsliga, straffrättsliga och polisiära samarbetet inom Europa. Ett exempel på de koordinerade insatserna som initierats på privat väg är de omfattande kampanjerna mot upphovsrättsintrång genom fildelning som IFPI genomfört, se *Biggest wave of actions yet announced against illegal file-sharing*. Press release November 15, 2005, IFPI.

innehavarna att påföra DRM-system. Det är istället *tjänsteleverantörerna* som till stor del får stå för att bygga upp DRM-system för att skydda rättsinnehavarnas intressen, med allt vad det innebär av utvecklings- och driftskostnader. Frågan är om det är ändamålsenligt att överföra omfattande kontrollskyldigheter på tjänsteleverantörerna med beaktande av de olika intressenternas intressen samt principerna för ett fritt, tryggt och demokratiskt samhälle.

Sammanfattningsvis kan man säga att möjligheterna till upphovsrättsliga intrång har ökat i och med de ökade möjligheterna att sprida innehåll över Internet. Samtidigt har det upphovsrättsliga skyddet kontinuerligt förstärkts och effektiviserats. Situationen kan leda till en paradoxal situation där det rättsliga och praktiska skyddet i praktiken innebär en rättslig makt-position som bara är löst knuten till immaterialrätten.

## 4.2. Digitala objekt vs verket som föremål för kontrollen

Upphovsrätten reglerar en upphovsmans förfoganderätt över sitt *verk*. Verket brukar särskiljas från *verksexemplaret*, den fysiska kopia som verket tar sig uttryck i. Ett verk är alltså en juridisk abstraktion som skiljer sig från det konkreta exemplaret, till exempel en kopia av en bok. Genom att skilja på verk och exemplar har man kunnat uttrycka skillnaden mellan ägarens rätt till sitt verksexemplar och upphovsmannens rätt till verket. Denna lära har ytterligare förtydligats genom konsumtionsprincipen, enligt vilken en upphovsmans rättighet till verket upphör då verksexemplaret satts i omlopp på marknaden.

Vad utgör då föremålet för kontroll genom DRM-system? Det omedelbara föremålet för tekniska åtgärder är exemplaret eller ett sådant digitalt objekt som kan jämföras med ett exemplar. Med digitala objekt avses en logisk enhet eller datastruktur vars två huvudsakliga komponenter är digitalt material (data) och en unik identifierare av materialet eller annan information som angår data (metadata)<sup>365</sup>.

Då man talar om digitala objekt bör man beakta att ett digitalt objekt inte nödvändigtvis behöver överensstämma med en fysisk enhet, till exempel en CD-skiva, utan att det är ett begrepp som är användbart även i ett system med en öppen distribuerad natur. Ett digitalt objekt är alltså beroende av att det finns metainformation som identifierar den entitet som utgör föremål för en transaktion<sup>366</sup>.

Att skilja mellan verksexemplar och digitala objekt jämförbara med ett verksexemplar är nödvändigt av den enkla anledningen att man har börjat utgå ifrån att konsumtionsprincipen inte gäller för digitala objekt<sup>367</sup>. Det här innebär inte att man skall jämställa ett digitalt objekt med ett verk, utan det är fortfarande nödvändigt att på det principiella planet göra en skillnad mellan det abstrakta verket och verksexemplaret, som kan vara i fysiskt eller digitalt format.

Enligt upphovsrättsdirektivet utgör nämligen inte rätten till överföring till allmänheten på

<sup>365</sup> Managing Access to Digital Information: An Approach Based on Digital Objects and Stated Operations, Cross-Industry Working Team (1997).

<sup>366</sup> Problemet med att identifiera vad som utgör ett digitalt verk är att jämföra med problemen att identifiera vad som utgör en handling när det gäller information som införts i en så kallad relationsdatabas. Det är möjligt att uppfatta den logiska strukturen som den handling som avses, liksom det även är möjligt att uppfatta den perceptionella dimensionen, den form i vilken informationen kan observeras, som en handling.

<sup>367</sup> Upphovsrättsdirektivets artikel 3 punkt 3.

trådbunden eller trådlös väg föremål för konsumtion (artikel 3 punkt 3)<sup>368</sup>. Man gör alltså en skillnad mellan verk som tillgängliggörs i fysisk form (som ett verksexemplar) och verk som tillgängliggörs i digital form (överförs elektroniskt).

Rättigheternas konsumtion gäller heller inte verksexemplar som produceras som ett resultat av en digital överföring inom ramen för en *tjänst*<sup>369</sup>. Vad som avses med en tjänst har inte klarlagts. Framförallt är det oklart om man kan anse att tillgängliggörande av innehåll i digital form som en nedladdningsbar fil på Internet utgör en sådan tjänst som avses<sup>370</sup>.

Skillnaden mellan verk och verksexemplar och de svårigheter som hänför sig till detta återspeglas också i de delar av elektronisk rättighetshantering som har att göra med identifikation av verk. Vissa identifikationssystem baserar sig nämligen såsom ovan i kapitel III.3.4.1 närmare beskrivs på identifiering av det abstrakta verket, medan andra hänför sig till verksexemplar antingen i generisk form eller som enskilt exemplar.

För att man på ett meningsfullt sätt skall kunna tala om ett verk måste det på något sätt få sig ett uttryck. Detta uttryck kan utgöra föremål för elektronisk rättighetshantering. Såsom redan ovan i samband med superdistributionssystem har konstaterats kan DRM-system tillämpas även för delar av ett verk i digital form<sup>371</sup>. Det är irrelevant ur teknisk synvinkel huruvida föremålet för elektronisk rättighetshantering uppfyller några verkskrav, t.ex. ifråga om verks höjd. Elektronisk rättighetshantering handlar om att definiera enheter eller digitala objekt över vilken man önskar utöva kontroll, t.ex. genom att påföra villkor för nyttjande av enheten. Tekniskt sett skiljer sig inte elektronisk rättighetshantering från allmänna datasäkerhetsåtgärder och informationsförvaltning.

Dessa olika typer av överlappande identifieringssystem och en sammansmältning mellan verk och verksexemplar på doktrinens nivå kan göra det svårt att uppfatta skillnaden mellan vad som är ett verk och vad som inte är det. Förhållandet beskrivs bäst genom ett konkret exempel; Olovligt nyttjande av ett verk i digital form kan ofta genom tekniska metoder spåras. Härvidlag kan alltså en teknisk process hjälpa domstolen att fatta beslut om huruvida upphovsrättsintrång har skett. Frågan om huruvida rättsintrång (till exempel i form av en oauktoriserad bearbetning) verkligen ägt rum eller huruvida ett nytt självständigt verk skapats, beror i sista hand på domstolens övervägande. Det att man kan bevisa att ett digitalt objekt (som kanske identifierats genom ett identifieringsnummer) manipulerats eller på annat sätt ändrat form betyder ännu inte att en upphovsrättsligt relevant gärning skulle ha skett eller att det ursprungliga objektet ens skulle utgöra ett skyddat verk.

DRM gäller skydd av digitala objekt och elektronisk kommunikation. Det digitala objektet som föremål för elektronisk rättighetshantering korrelerar inte direkt med det juridiska verksbegreppet. I vissa fall kan objektet för DRM utgöra ett skyddat verk, i andra fall inte. DRM korrelerar i högre grad med uppfattningen om verksexemplaret. *Det att skillnaden mel-*

<sup>368</sup> Man kan konstatera att WIPO:s Internetkonventioner inte kräver en dylik ändring av principen om rättigheters konsumtion.

<sup>369</sup> Punkt 29 i ingressen till upphovsrättsdirektivet 2001/29/EG.

<sup>370</sup> Rognstad anser att man bör kunna beakta konsekvenserna för rättssystemet vid tolkning av direktivets stadgande som säger att konsumtion inte sker vid digital överföring. Situationer vid online-tjänster som har samma praktiska realiteter som vid spridning av fysiska verksexemplar borde kunna få likadan rättslig behandling. Rognstad anser att man borde utgå ifrån licensbetraktningar istället för konsumtionsmetaforen; frågan är då om rättighetsöverlåtelsen omfattar vidareförmedling av verket. Rognstad, *Konsumpsjon og digitale overføringer* (2003).

<sup>371</sup> Även delar av ett verk kan erhålla upphovsrättsligt skydd. Gränsen för en hur liten del av ett verk som kan erhålla upphovsrättsligt skydd är beroende av huruvida denna del överskrider verkshöjd. I Promemoria 13:1995 har man konstaterat att det kan ifrågasättas hur små enheter som kan erhålla verksskydd.



lan verk och verksexemplar på doktrinal nivå är på väg att suddas ut kan dock påverka uppfattningen om huruvida föremålet för DRM utgör ett skyddat verk (som utgör föremål för upphovsrätt) eller ett skyddat verksexemplar (som utgör föremål för äganderätt). Rättsinnehavarens förfoganderätt kommer alltså då att stå på olika grund.

Ett kopieringsskydd påverkar möjligheterna att framställa kopior av verksexemplaret. Av de applikationer för kopieringsskydd som används idag kan nämnas sådana kopieringsskydd som kraftigt försämrar kopians kvalitet<sup>372</sup> eller som begränsar eller förhindrar framställning av andrahandskopior<sup>373</sup>. De flesta applikationer som är avsedda att kontrollera ett verks användning av slutanvändare utgörs av mekanismer som styr användning av verksexemplaret eller det digitala objektet.

Genom tekniska åtgärder kan man också försäkra sig om en säker *kommunikation* av ett verk. Man vill alltså se till att mottagaren är rätt person och att meddelandet inte förändrats mellan avsändare och mottagare. För detta använder man sig av teknik för identifiering och verifiering av användare och meddelande (i vilket verket ingår) och så kallade elektroniska kuvert eller *secure containers*. Man kan också använda sig av teknik som är avsedd att förhindra oauktoriserad uppsnappning av kommunikation. På Internet används också allmänna säkerhetsprotokoll såsom SSL (Secure Socket Layer) för att säkra kommunikationskanalen. Det har också utvecklats teknik för att förhindra uppsnappning av signaler mellan olika apparater på användarsidan. Till exempel HDCP (High-bandwidth Digital Content Protection) som används vid HDTV-sändningar används för att förhindra att ett objekt (eller rättare sagt, en digital signal) återges på en apparat som inte stöder standarden.

I takt med att tekniken utvecklats kan det tyckas att *elektronisk rättighetshantering i allt högre grad har börjat närma sig kontroll över det abstrakta verket istället för ett enkelt digitalt objekt*. En orsak till detta är uppkomsten av tillämpningar som baserar sig på suddig logik (*fuzzy logic*), med hjälp av vilket det är möjligt att konstruera system för spårning av digitala objekt som inte är exakta kopior<sup>374</sup>.

### 4.3. Om möjligheterna att åsidosätta upphovsrättens inskränkningar genom DRM-system

*Utövandet av vissa upphovsrättsliga inskränkningar kan försvåras eller omöjliggöras, ifall ett verk endast finns tillgängligt i digital form och har skyddats genom tekniska åtgärder.* De upphovsrättsliga inskränkningarna har på europeisk nivå harmoniserats genom upphovsrättsdirektivet genom den så kallade *à la carte*-listan över tillåtna upphovsrättsliga undantag. I USA tillämpas *fair use*-doktrinen, enligt vilken man vid bedömningen av huruvida användning är tillåten på basen av *fair use* skall beakta följande fyra faktorer: användningens syfte och huruvida användningen är av kommersiell natur eller inte, verkets natur, den använda delens omfattning, samt användningens ekonomiska betydelse och inverkan på de potentiella marknaderna för verket. Det är möjligt att anse att användning är *fair*

<sup>372</sup> Macrovisions kopieringsskydd av VHS-videofilmer är ett exempel på ett sådan skydd.

<sup>373</sup> Till exempel SCMS är ett kopieringsskydd med hjälp av vilket man kan förhindra framställning av andrahandskopior, det vill säga kopior av en kopia av ett original.

<sup>374</sup> Det räcker att objektet eller informationen närmar sig ett visst värde, vare sig det är fråga om ord, bild eller ljud. Med hjälp av denna teknik kan man t.ex. identifiera bootlegs, dvs. musik som spelats in på livekonserter.



*use* fast verket inte är publicerat<sup>375</sup>. Detta allmänna stadgande efterföljs av en mängd specifika inskränkningar i upphovsrätten som berör allt från reproduktion i bibliotek och arkiv till efemära kopior och offentligt framförande av verk med hjälp av jukeboxar<sup>376</sup>.

Förutom det faktum att det i europeisk upphovsrätt saknas en generalklausul av den art som *fair use* är i USA, finns det stora likheter mellan den amerikanska *fair use*-principen och de europeiska inskränkningarna enligt upphovsrättsdirektivet. Ett flertal av inskränkningarna gäller direkt *kopiering*. Dessa är mångfaldigande som saknar självständig ekonomisk betydelse (art. 5.1), fotokopiering (art. 5.2.a), kopiering för privat bruk (art. 5.2.b), mångfaldigande i bibliotek, utbildningsanstalter, museer eller arkiv (art. 5.2.c), samt *time-shifting*upptagningar vid socialinrättningar (art. 5.2.e). Det är klart att tekniska åtgärder kan åsidosätta möjligheterna att dra nytta av en inskränkning som förutsätter att mångfaldigande är möjligt. Till denna del uppkommer således en direkt rättsligt konflikt som ett resultat av skiftningen i det upphovsrättsliga paradigmet.

När det gäller andra upphovsrättsliga inskränkningar, som tillåtits i upphovsrättsdirektivet, är det i viss mån möjligt att förhindra användare att dra nytta av en upphovsrättslig inskränkning. Detta gäller åtminstone citaträtten (art. 5.3.d) och rätten att använda ett verk eller annat alster i illustrativt syfte för undervisning eller vetenskaplig forskning (art. 5.3.a), användning för personer med funktionshinder (art. 5.3.b), allmän säkerhet samt administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande (art. 5.3.c), användning under religiösa eller officiella högtidligheter (art. 5.3.g), inkluderande av material med underordnad betydelse i annat material (art. 5.3.i), användning i samband med demonstration eller reparation av utrustning (art. 5.3.l) och tillgängliggörande i terminal i bibliotek, arkiv etc. av samlingar som inte omfattas av köpe- eller licensvillkor (art. 5.3.n).

Föremålet för kontroll genom tekniska åtgärder är digitala objekt. *Det idénnehåll ett verk innehåller kan alltså inte kontrolleras genom tekniska åtgärder*. Det här innebär att direkt kontroll genom tekniska åtgärder inte kan hindra friheten att förmedla verkets idénnehåll inom ramen för yttrande- eller kommunikationsfriheten. Dessa friheter har inom det upphovsrättsliga systemet uttryckts bland annat i inskränkningen som gäller användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte (art. 5.3.k) och användning av politiska tal eller utdrag ur offentliga föreläsningar för informationssyfte (art. 5.3.f). Tekniska åtgärder kan dock förhindra bearbetning<sup>377</sup> av hela eller delar av ett digitalt objekt, det vill säga förhindra mångfaldigande eller överföring av hela eller en del av ett digitalt objekt till ett annat dokument.

Då direkta citat förhindras krävs omformuleringar, vilket givetvis utgör ett effektivitetsproblem ur kommunikationsperspektiv. När det gäller musikverk, audiovisuella verk och bildverk kan tekniska åtgärder potentiellt allvarligt försvåra eller förhindra citat<sup>378</sup>. Tekniska åtgärder kan därmed påverka kommunikationen dels genom att de kan sänka meddelandets kvalitet, eftersom en omformulering inte är identisk med originalet och fel därför lättare uppstår, och dels genom att de kan öka kostnaderna för kommunikation.

<sup>375</sup> US Copyright Law § 107.

<sup>376</sup> US Copyright Law § 108-122.

<sup>377</sup> Ett digitalt objekt kan "bearbetas" genom att man klipper ut eller kopierar och överför en del av objektet till ett annat dokument för att användas i sig, integreras i eller bearbetas inom ramen för ett nytt verk. Terminologin motsvaras av den av Mark Stefik utarbetade digitala rättighetsmodellen, se Rosenblatt et al., *Digital Rights Management* (2001), s. 62.

<sup>378</sup> Vanligen är det möjligt att till exempel filma en bildskärm eller spela in ljud som spelas upp. Se dock närmare nedan i kapitel III.4.7 om den tekniska utvecklingen av metoder för att tappa till det så kallade analoga hälet.

När det gäller användning i illustrativt syfte inom undervisning och forskning är möjligheterna att dra nytta av denna inskränkning beroende av att syftet kan identifieras. Det är ju inte självklart att all användning inom läroanstalter berör undervisning eller forskning eller att dessa verksamheter endast bedrivs vid etablerade läroinrättningar. I övrigt torde tekniska åtgärder ha samma inverkan på möjligheterna att dra nytta av inskränkningen som vid citaträtten.

Tekniska åtgärder torde utan tvivel kunna försvåra för funktionshindrade att använda verk. Till exempel e-böcker har numera normalt en högläsningsfunktion. Även i övrigt har man automatiserat system för ”översättning” av verk till sådana former som funktionshindrade kan tillgodogöra sig. Det torde vara möjligt att tekniska åtgärder kan förhindra sådana funktioner.

Den inskränkning som berör användning nödvändig för att trygga allmän säkerhet samt administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande kan försvåras genom tekniska åtgärder. Till exempel genom att kryptera ett meddelande som innehåller ett verk kan innehållet göras otillgängligt trots att själva filen (som innehåller verket) finns tillgänglig.

Inskränkningen som gäller användning under religiösa eller officiella högtider torde framför allt beröra offentligt framförande. I de flesta fall torde det vara möjligt att dra nytta av denna inskränkning trots DRM-system, förutsatt att verket tillgängliggjorts för allmänheten.

Den inskränkning som gäller inkluderande av material med underordnad betydelse i annat material torde utan vidare kunna omintetgöras genom tillämpning av tekniska åtgärder, eftersom denna inskränkning nästan alltid kräver en möjlighet att framställa kopior av hela eller delar av ett verk eller en möjlighet att bearbeta verket.

Det torde normalt inte vara möjligt att genom tekniska åtgärder förhindra tillgängliggörande av innehåll i terminal i bibliotek, arkiv och dylikt, ifall verket över huvud taget är tillgängligt i ett sådant medium och terminalen uppfyller eventuella säkerhetskrav som systemet förutsätter. Det är till exempel helt möjligt att en teknisk åtgärd skulle förhindra uppspelning i en terminal som inte stöder en DRM-standard. Som exempel kan nämnas att HDCP-systemet som används för att skydda signalen vid HDTV-sändningar kräver att terminalen stöder detta system. Om så inte är fallet kan terminalen inte motta HDTV-signalen.

Förutom dessa inskränkningar kan man även nämna de inskränkningar som gäller datorprogram och som grundlagts i artikel 5 i datorprogramdirektivet (91/250/EEG). Det är klart att tekniska åtgärder kan utgöra ett hinder för framställning av säkerhetskopior, för rättande av fel samt för dekompilering<sup>379</sup>.

Vad gäller exempelvis citaträtten beror de tekniska åtgärdernas rättsinskränkande verkan även på *verkstypen*. Då det gäller litterära verk är de tekniska åtgärdernas verkan liten, eftersom det är lätt att skriva om en passage. Det är betydligt svårare att citera auditiva, visuella eller audiovisuella verk, eftersom en efterbildning är svår att göra ifall bearbetning av det digitala materialet (kopiering el. dyl) omöjliggjorts. Man har traditionellt utgått ifrån att det alltid finns någon möjlighet att framställa ett exemplar, även om kopian kvaliteten är sämre än originalets. Det är emellertid inte numera säkert att det är möjligt att framställa oskyddade exemplar ex-

---

<sup>379</sup> I den finska upphovsrättslagen motsvaras detta av följande inskränkningar: framställning av säkerhetskopior av datorprogram, rättande av fel i datorprogram, undersökning av datorprogram (25 j §), samt kopiering och översättning av programkod (25 k §). Det kan redan i detta sammanhang konstateras att upphovsrättsdirektivets stadganden om skydd av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning inte gäller skydd av datorprogram, utan detta regleras genom datorprogramdirektivet.

empelvis genom att fotografera bildskärmen eller spela in musik som spelas upp i ett rum, eftersom man under senare år utvecklat teknik vars syfte är att täppa till det ”analoga hålet”<sup>380</sup>.

Allmänt taget är det *i praktiken så gott som omöjligt att kontrollera användning av verk* som visas eller spelas upp i en terminal, dvs. *som träder utanför den digitala omgivningen*<sup>381</sup>. Detsamma gäller verk som inte är i digital form, närmast framföranden eller fysiska objekt. Man kan knappast anta att tillämpningen av DRM-system skulle kunna hota sådana upphovsrättsliga inskränkningar som användning i utställningskataloger och dylikt (art. 5.3.j), användning i karikatyr-, parodi-, eller pastischsyfte (art.5.3.k), användning av ritningar för rekonstruktion av byggnad, användning av stadigvarande arkitektoniska eller andra verk på allmän plats (art. 5.3.h) eller andra inskränkningar som gäller analoga verk (art. 5.3.o) såsom till exempel visningsrätten (FiURL 20 §).

På samma sätt är det därför *svårt för rättsinnehavaren att försäkra sig om att en licens som gäller användning för ett visst ändamål eller av en viss typ av användare inte i praktiken används för ett annat ändamål*. Det enda sättet att så långt som möjligt försäkra sig om detta är att utveckla metoder för identifiering av licenstagare (genom persons eller organisations digitala identitet eller genom att mottagarterminalerna i licenstagarens organisation specificeras<sup>382</sup>).

Kontrollmöjligheterna varierar naturligtvis också i enlighet med den teknik som används. Sådan teknik som endast spårar eller uppföljer (en. *meter*) användning, som tillför ett digitalt objekt information (om licensvillkor, upphovsman etc.) samt som garanterar ett verks integritet (dvs. att det inte ändrats) hindrar inte i sig att ett verk används. *Det är därför endast en del av de tekniska åtgärderna som direkt hindrar nyttjande*. Dessa behöver inte heller te sig som rättighetsinskränkande i sig, utan kan också uppfattas som en naturlig del av nyttjandeomgivningen<sup>383</sup>.

De tekniska möjligheterna till kontroll begränsas också av möjligheten att *kringgå* de tekniska åtgärderna. Historien är full av exempel på att detta skett. Då kringgående av tekniska åtgärder straffbeläggs, innebär detta naturligtvis att tekniska åtgärder i lägre grad än tidigare kommer att kringgåas. Ett förbud mot kringgående av tekniska åtgärder innebär dock inte att alla i praktiken skulle handla lagenligt, utan illegalt kringgående av tekniska åtgärder kommer att fortsätta att existera. Dessa ”frilagda” verk kan sedan tillgängliggöras i oskyddad form. Teknik för verifiering av lagliga verk och mekanismer som förhindrar återgivning av overifierade verk minskar dock möjligheterna att nyttja sådana frilagda verk.

## 4.4. Om förhållandet mellan digitalt och juridiskt rättighetsspår

Det är skäl att här även nämna några ord om *förhållandet mellan digitala rättighetspråk och det juridiska rättighetspråket*. Det kan verka som en självklarhet att poängtera att det digitala rättighetsspråket

<sup>380</sup> Se nedan kapitel III.4.7.

<sup>381</sup> Observera att *det kan vara möjligt att kontrollera ett verk som återinförs i en digital omgivning*. Till exempel en vattenstämpel kan vara läslig även efter att ett verk trätt ut ur den digitala omgivningen (genom att printas ut) ifall den återförs till den digitala omgivningen (genom att skannas in). Till exempel Digimarc erbjuder en sådan lösning, se <http://www.digimarc.com/>.

<sup>382</sup> Licensering till en viss IP-adress.

<sup>383</sup> Det att ett format eller en tillämpning inte möjliggör överföring till andra format eller tillämpningar känns för de flesta användare helt naturligt. En del av denna typ av inkompatibilitet har traditionellt snarare berott på bristande teknisk konvergens än på en önskan att utestänga överföring till eller användning inom ramen för andra format eller tillämpningar. Vi återkommer nedan till frågan om vilka tekniska åtgärder som skyddas genom upphovsrättslagen. Vissa inskränkningar i nyttjanderätten kan också bero på att nyttjandet kräver licensering, vilket är möjligt inom ramen för det licenseringsschema som gäller det digitala objektet. I dylika fall är det inte fråga om att ett nyttjande skulle vara omöjligt, utan att det är underställt vissa villkor, vanligen krav på motprestation i form av en licensavgift.

fungerar på en annan nivå än det juridiska rättighetsspråket<sup>384</sup>. Med juridiskt rättighetsspråk avser jag rättsregler uttryckta i naturligt språk<sup>385</sup>, framförallt lagtexten.

Digitala rättighetsspråk, såsom XrML och ODRL, konstrueras utgående från vilka funktioner som är tekniskt möjliga att genomföra, vilka funktioner som har ett direkt eller indirekt kommersiellt värde och vilka funktioner som i en digital miljö kan implementeras. *Digitala rättighetsspråk styr programvarors funktioner.*

Det juridiska rättighetsspråket handlar om att reglera förhållandet mellan rättspersoner, vare sig juridiska eller fysiska personer, i enlighet med vad som i ett samhälle uppfattas som moraliskt och etiskt riktigt. Där som det digitala rättighetsspråket, vanligen i form av programkod, är avsett att tolkas av tekniska applikationer är det juridiska rättighetsspråket avsett att tolkas av människor. Det juridiska rättighetsspråket är avsett att styra rättspersonernas agerande, och eventuella automatiserade processer är av underordnad betydelse.

Man kan alltså säga att det digitala rättighetsspråket och det juridiska rättighetsspråket till sin natur är väldigt olika. Det finns därför uppenbara problem med att likställa ett digitalt rättighetsspråk (programmeringskod) och ett juridiskt rättighetsspråk (naturligt språk). Det här innebär inte att det inte skulle kunna finnas intresse av att ”översätta” det juridiska rättighetsspråket till digitalt rättighetsspråk. En sådan process kräver en *regelomvandling* med en formalisering av rättsnormen som ett mellansteg. Enligt *Magnusson-Sjöberg* kan en ”fullständig logisk representation av en (rätts)regel föreligga när den i sin helhet är översatt till ett formellt språk, vilket dock inte är detsamma som att uttrycka en rättsregel helt eller delvis i ett fungerande datorprogram”<sup>386</sup>.

Det krävs alltså för det första att man skall kunna formalisera rättsnormen, det vill säga att den går att omvandla till en ”om-så” struktur eller en beslutstabell. Såsom Magnusson-Sjöberg påpekat är en övergripande svårighet vid datorrelaterad regelutformning det stora mått av osäkerhet som kännetecknar rättsregler och juridiska resonemang<sup>387</sup>. Men även då rättsnormen formaliserats uppkommer problem, eftersom den tekniska systemutformningen borde kunna hantera *vaga* eller *mångtydiga* begrepp. Klassiska upphovsrättsliga exempel på sådana begreppslika svårigheter är verksbegreppet samt huruvida det vid bearbetning av ett verk uppkommer ett nytt och självständigt verk till vilket upphovsrätten till originalverket inte sträcker sig eller huruvida en bearbetning strider mot den upphovsrättsliga respekträtten. Man bör dessutom konstatera att tolkningen av de juridiska begreppen förändras över tid och dessutom skiljer sig från en jurisdiktion till en annan.

Frågan om en formalisering av rättsregler eller rättsnormer ådagalägger också en mer omfattande fråga som gäller *systemdesignens paradigmatiska utgångspunkter*. Det är uppenbart att den

<sup>384</sup> Magnusson-Sjöberg gör en indelning i programkod och rättsregler. Magnusson-Sjöberg, *Rättsautomation* (1992), s. 191. Jag föredrar dock att i första hand använda ordet digitalt rättighetsspråk, eftersom det också har en direkt tillämpning i ODRL och XrML-språken. Dessutom kan centrala funktioner i DRM-system utföras med hjälp av kryptografiska eller andra medel som i strikt mening inte utgör programmering. Magnusson-Sjöberg verkar exkludera rättspraxis och sedvana ur begreppet rättsregel. Man kan dock på en allmän nivå konstatera att rättspraxis och sedvana inte har samma betydelse för myndigheters automatiska beslutsfattningssystem (vilket utgör forskningsobjektet för Magnusson-Sjöberg) som rättspraxis och sedvaneregler har inom området för den civilrättsliga regleringen.

<sup>385</sup> Naturligt språk avser mänskligt språk som tar sig uttryck i form av t.ex. svenska. Magnusson-Sjöberg, *Rättsautomation* (1992), s. 194.

<sup>386</sup> Magnusson-Sjöberg, *Rättsautomation* (1992), s. 194-195.

<sup>387</sup> *Ibidem*, s. 194.

nutida diskussionen om DRM-system utgår ifrån ett e-handelsparadigm. Detta är en viktig observation som har en fundamental inverkan på diskursen om omvandling av rättsregler till datorkod<sup>388</sup>. Utgångspunkten är att det är rättsinnehavaren som står för systemdesignen och olika användargrupperns intressen förblir sekundära i förhållande till dem. De relevanta frågorna blir därför hur användarnas intressen skall eller bör beaktas inom systemdesignen<sup>389</sup>. Denna utgångspunkt gömmer frågor som ur ett användarperspektiv skulle te sig mer relevanta.

Ett allmänt användarperspektiv kan deduceras utgående från den upphovsrättsliga bedömningen som görs av domstolar och framförallt så som den formaliserats i upphovsrättsrådets praxis. En bedömning av huruvida ett upphovsrättsintrång har skett utförs utgående från följande steg:

1. Är det fråga om verk eller annat upphovsrättsligt skyddat alster, det vill säga överskrider verks-höjden och uppfylls andra förutsättningar för skydd, såsom att skyddet fortfarande är ikraft? Om inte, är det fritt fram att använda verket.
2. Om verket ändrats, är det modifierade verket att betrakta som ett nytt och självständigt verk? Om så är fallet, krävs inget tillstånd av upphovsmannen till förlagan.
3. Är det frågan om användning som hör till upphovsmannens ensamrätt, det vill säga är det fråga om mångfaldigande eller tillgängliggörande för allmänheten? Om inte, är inte den upphovsrättsliga lagstiftningen tillämplig.
4. Om det är fråga om upphovsrättsligt relevant användning, är användning tillåten på basen av en lagstadgad inskränkning i upphovsrätten eller på basen av att upphovsmannen tillåtit användning?
5. En systemdesign som baserar sig på användarnas intressen skulle alltså inkludera dessa steg för en automatisk utvärdering av huruvida användningen är tillåten eller kräver tillstånd av upphovsmannen.

De digitala rättighets-specifikationerna styr programvaran och avgör hur användaren kan använda innehållet inom ramen för applikationen. *Specifikationerna har därför även betydelse för hur ett rättsförhållande formuleras mellan två parter.* Inom området för rättsautomation inom förvaltningen beskriver Magnusson-Sjöberg datorprogrammen som bindande generella handlingsdirektiv som är att betrakta som *generella förvaltningsbeslut* eller till och med *normbeslut*, vilket enligt regeringsformen hör till riksdagens uteslutande behörighet<sup>390</sup>.

Det digitala rättighets-språket fungerar inte utan att någon har kontroll över vilka rättighets-specifikationer som skall tillämpas. Denna någon utgör också en del av den reella världen och *hans ageranden kan utgöra föremål för administrativ eller rättslig styrning.* Det finns alltså skäl att ta avstånd från sådan teknologisk determinism som utgår från att tekniken inte till någon del kan styras.

Lessig har talat om en värld styrd av datorer och om programmeringskoden som en motsvarighet till den rättsliga "koden" eller lagen<sup>391</sup>. Programmeringskodens makt är dock

<sup>388</sup> Denna utgångspunkt har även format den *rättsliga* diskursen.

<sup>389</sup> Användarnas intressen kommer därmed att beaktas endast i den mån det gagnar rättsinnehavarens intressen.

<sup>390</sup> Magnusson-Sjöberg, *Rättsautomation* (1992), s. 198.

<sup>391</sup> Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999). Lessig uttrycker i boken sin oro över att datorkod kan komma att ha en större inverkan på formuleringen av rättsförhållanden i informationssamhället än vad rättsordningen har. Detta kan anses utgöra ett problem, eftersom datorkoden innebär privat reglering, som utgör ett uttryck för en privat parts maktposition.

begränsad. *Det digitala rättighetspråket förmår nämligen inte styra användning utanför den tekniska applikationen.* Det är genom avtal eller lag som sådan användning kan styras. Istället för säkerställande av en rättighet genom automatiserade processer och datorkod, är dessa i sista hand säkerställda genom domstolsförfarande. Den samhälleliga rättsordningen<sup>392</sup> kan alltså inverka på datorkod genom att reglera den parts beteende som har kontroll över datorkoden, dvs. som ansvarar för innehållet i rättighetsspecifikationerna i det enskilda fallet. Den samhälleliga rättsordningen spelar också en roll i de fall då säkerställande (*enforcement*) förutsätter att licenser eller datorkod backas upp eller stöds av rättsordningen. En förutsättning för att datorkod som ”teknikbunden rättsordning” skall vara effektiv är alltså att den samhälleliga rättsordningen inte innehåller bestämmelser som inskränker rättsinnehavarens frihet att kontrollera användning och att hon inte är beroende av stöd från den samhälleliga rättsordningen och dess exekutiva makt.

Förhållandet mellan rättighetsspecifikationer, licensvillkor och rättsliga begränsningar kan beskrivas på följande sätt. Rättighetsspecifikationer är vanligen avsedda att kommunicera villkor till en applikation<sup>393</sup>, inte en människa. Rättighetsspecifikationerna och kommunikationen av villkoren är alltså inte nödvändigtvis i en sådan form att de kan läsas eller förstås av en människa. Man kan dock notera att det finns tekniska applikationer avsedda att omvandla sådan maskinläsbar (*machine-readable*) kommunikation till människoläsbar (*human-readable*) form<sup>394</sup>.

Man bör alltså skilja mellan maskinläsbara villkor, som är avsedda att styra applikationer på användarsidan, och människoläsbara avtalsvillkor, som är avsedda att utgöra en rättshandling. De människoläsbara villkoren (som kan ha en maskinläsbar ekvivalens) ter sig ofta som en deklaration över användningsvillkoren. I vissa fall kan denna deklaration anses utgöra ett anbud eller standardvillkor, varvid parterna blir bundna till avtalet i enlighet med de allmänna avtalsrättsliga reglerna. I andra fall är det fråga om en deklaration jämförbar med en påskrift i en bok som förbjuder all kopiering av hela eller delar av boken. En sådan deklaration leder inte till att ett rättsligt bindande avtal uppkommer<sup>395</sup> och är verkningslös ifall den inte har direkt stöd i lagen, det vill säga ifall lagen förbjuder all kopiering eller ifall utgivaren enligt lagen har rätt att bestämma om ett verk skall få kopieras. *I samband med det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder och information om rättighetsförvaltning uppkommer därför frågan om det rättsliga skyddet inkluderar ett rättsligt stöd för sådana villkor som inte är avtalsbaserade och vilken den rättsliga skillnaden mellan avtalsbaserade och icke-avtalsbaserade villkor kommer att vara.*

Rättighetsspecifikationerna baserar sig löst på lagstiftningen, liksom vanligen också villkoren i upphovsrättsliga avtal. Liksom vid normala upphovsrättsliga avtal kan man modifiera villkoren på ett obegränsat sätt. Man talar kanske inte om ”rättigheten att framställa kopior”, utan indelar det i många andra rättigheter med relevans i en digital miljö, såsom rättigheten att göra en utskrift av verket, rättigheten att överföra hela eller en del av verket till ett annat underlag, ett annat format eller en annan applikation och så vidare. Liksom vid avtalsvillkor uppkommer frågan om det finns indispositiva stadganden som måste beaktas. Och om så är fallet uppkommer frågan hur dessa indispositiva stadganden skall förstås med beaktande av

<sup>392</sup> Jag använder här begreppet ”samhällelig rättsordning” som motsats till den ”teknikbundna rättsordning” som datorkoden skapar.

<sup>393</sup> Hårdvara eller mjukvara.

<sup>394</sup> METS är ett projekt som bland annat har som mål att omvandla maskinläsbara villkor till människoläsbar form. [Http://www.loc.gov/standards/mets/METSOverview.v2.html](http://www.loc.gov/standards/mets/METSOverview.v2.html).

<sup>395</sup> Detta är allmänt vedertaget i såväl nordisk som amerikansk rättsdoktrin. Haarmann, Tekijänoikeus ja lähioikeudet (2005), s. 241 f, Rosén, Upphovsrättens avtal (2006), s 82, Olson, Preserving the Copyright Balance (2006), s. 82-132.



det rättighetspråk som används i den datoriserade kommunikationen. Detta spörsmål uppkommer inte vid normala avtalsvillkor, så det handlar alltså om ett nytt problem<sup>396</sup>.

Vid diskussioner om en ändamålsenlig struktur för DRM-system och speciellt formuleringen av digitala rättighetspråk eller –protokoll, återkommer kontinuerligt frågan om inbyggandet av juridiska koncept och rättighetsbalans i den tekniska omgivningen<sup>397</sup>. Den första frågan man måste ta ställning till är om det över huvud taget är nödvändigt att bygga in upphovsrättens begränsningar och inskränkningar i DRM-system. Först därefter blir det relevant att avgöra om och hur detta kan ske samt med vilka medel man kan åstadkomma detta resultat. Vi återkommer senare i denna avhandling till frågan om det ur rättslig synvinkel är önskvärt eller nödvändigt att designa DRM-system så att upphovsrättens inskränkningar beaktas, och koncentrerar oss istället på frågan om det ens är tekniskt möjligt att bygga in upphovsrättens begränsningar och inskränkningar.

”Fair use” och upphovsrättens inskränkningar utgör försvar för användning som annars skulle strida mot upphovsrätten. Det är svårt att i förväg avgöra vad som är ”fair use”, eftersom användningsändamål och –metoder skiljer sig från fall till fall. Det är därför också omöjligt att helt automatisera detta juridiska koncept. I sista hand är det alltid en domstol som måste avgöra huruvida en handling är förenligt med ”fair use” eller en inskränkning i upphovsrätten.

Däremot torde det vara relativt enkelt att genomföra system som beaktar upphovsrättens tidsmässiga begränsning, åtminstone till den del upphovsrätten upphör samtidigt i olika jurisdiktioner<sup>398</sup>. Sådana mekanismer skulle vara möjliga att genomföra också i sådana system som baserar sig på automatiska spärrfunktioner, det vill säga som direkt hindrar åtkomst eller användning.

DRM-system som innehåller automatiska spärrfunktioner är i högre grad problematiska med tanke på ”*fair use*” än system som inte innehåller automatiska spärrar. Detta har illustrerats av Tyrväinen. Enligt Tyrväinen motsvarar system som inte innehåller automatiska spärrar bättre upphovsrättens inskränkningar. Istället för att användning alltså skulle vara omöjligt ”*as a matter of design*”, så skulle den som anhåller om licens helt enkelt få ett meddelande om att licensbegäran avslagits. Eftersom produkten inte skulle innehålla spärrfunktioner skulle användning dock vara möjlig, men användaren vara medveten om den rättsliga risk han tar. Ifall produkten då används i strid med rättsinnehavarens önskan skulle rättsinnehavaren kunna skrida till rättsliga åtgärder ifall han så vill<sup>399</sup>.

Det finns alltså indikationer på att det är möjligt att åtminstone delvis tillgodose upphovsrättens inskränkningar då man designar elektroniska rättighetspråk och DRM-system. Det torde dock vara omöjligt att helt omvandla juridiskt diffusa och kontextuella koncept som *fair use* eller de upphovsrättsliga inskränkningarna till maskinläsbart språk eller

<sup>396</sup> Ett exempel på ett dylikt nytt tolkningsproblem kunde vara hur man skall tolka en indispositiv upphovsrättslig inskränkning gällande exemplarframställning; skulle det då räcka med att en kopia av exempelvis en artikel kan framställas i digital form och möjligtvis endast i ett specifikt format, eller skulle rättsinnehavaren vara skyldig att tillse att artikeln även kan skrivas ut?

<sup>397</sup> Tyrväinen, Concepts and a Design for Fair Use (2005). Tyrväinen återger olika förslag till hur *fair use by design* skulle kunna genomföras. Han konkluderar att de flesta förslagen endast är avsedda att tillmötesgå inskränkningen för privatkopiering. Dessutom skulle de flesta alternativen kräva manuell behandling.

<sup>398</sup> Om det upphovsrättsliga skyddet upphör 50 år efter upphovsmannens död i en jurisdiktion och 70 år i en annan jurisdiktion kan det vara arbetsdärygt att genomföra ett system som beaktar dessa olika tidsgränser. Dessutom krävs det i vart fall automatisk tillgång och uppdatering av uppgifter om när upphovsmannen dör.

<sup>399</sup> Tyrväinen, Concepts and a Design for Fair Use (2005).



automatisk behandling av licensbegäran<sup>400</sup>. På basen av en rättslig genomgång kan man kanske etablera vilka typer av ”användarrättigheter” som borde tillgodoses.

## 4.5. Uppkomsten av nya rättigheter och rättsinnehavare

Det rättsliga skyddet av elektroniska rättighetshanteringssystem ger upphov till frågan om det sker en förändring i hur upphovsrätten definieras. Innebär det alltså att nya skyddade rättigheter uppkommer? Eftersom DRM medger ökad kontroll över användning av verk, och eftersom DRM-system skyddas mot kringgående, kan man anse att detta skydd har gett upphov till nya rättigheter som baserar sig på denna faktiska kontroll. De senaste åren har man i det internationella rättsliga samfundet livligt diskuterat frågan om huruvida skyddet av DRM-system gett upphov till en ny ensamrätt, nämligen rättigheten att kontrollera tillgång (*access right*)<sup>401</sup>.

Denna *åtkomsträtt* motsvarar inte upphovsrättslagens begrepp ”tillgängliggörande för allmänheten”<sup>402</sup>, utan utgör en skild rätt att hindra all slags tillgång till digitala objekt baserad på den kontrollmöjlighet de tekniska åtgärderna medger. Upphovsmannen skulle enligt detta tänkande ha rätt att kontrollera och reglera hur, när, på vilket sätt och på vilka villkor användarna kan bekanta sig med och använda det digitala objektet. Denna kontroll av användning är alltså mer omfattande än de rättigheter, som enligt upphovsrättslagen tillhör upphovsmannens ensamrätt. Upphovsrättslagen ger nämligen inte rättsinnehavaren en ensamrätt att kontrollera åtkomst efter att verket en gång offentliggjorts. En sådan rättighet kommer nu att basera sig på tekniska åtgärder och/eller avtal som backas upp av det upphovsrättsliga systemet. Rättstekniskt kan man genom avtalsarrangemang till och med åstadkomma en situation där rättsinnehavaren kommersiellt kan nyttja verket men utan att det någonsin offentliggörs eller publiceras i upphovsrättslig bemärkelse<sup>403</sup>. Man kan säga att en sådan utveckling i och för sig motsvarar rättsinnehavarnas intressen i den digitala miljön<sup>404</sup>.

Eftersom upphovsmannens rättigheter inte längre skulle begränsa sig till en kontroll av det abstrakta verket och rättigheterna att producera och göra verk tillgängliga för allmänheten, utan även skulle täcka rätten att kontrollera tillgången till slutprodukten, det digitala objektet, så skulle detta *de facto innebära en kontroll över tillgången till idéinnehållet*.

<sup>400</sup> Det senare är att jämföra möjligheterna till automatisering av juridiskt beslutsfattande. Det här är ett område som inte närmare kan diskuteras inom ramen för den här avhandlingen. Omfattande forskning gällande artificial intelligence och beslutsfattningssystem bedrivs inom ramen för sin egen disciplin. Om denna disciplin, se Seipel, *Computing Law* (1977), s. 307 ff. och Wåhlgren, *Automation of Legal Reasoning* (1992), s. 133-141.

<sup>401</sup> Se bl.a. Litman, *The Exclusive Right to Read* (1994), Olswang, *Accessright* (1995), Morano, *Legislating in the Face of New Technology* (1997), Bing, *The New or Evolving "Access Right"* (2001), Hoeren, *Access Right as a Postmodern Symbol* (2001), Koizumi, *The New or Evolving "Access Right" in Japan* (2001), Perlmutter, *The "Access Right" in the United States* (2001), Groshede, *Copyright Law from a User's Perspective* (2001), Heide, *Copyright in the E.U. and United States* (2001), Ginsburg, *From Having Copies to Experiencing Works* (2003).

<sup>402</sup> Enligt Heide, *Access control and innovation* (2000) skulle rätten att göra ett verk tillgängligt för allmänheten även innehålla en rätt att kontrollera tillgång. Han har dock i Heide, *Copyright in the E.U. and United States* (2001) korrigerat sin ståndpunkt och ansett att denna rätt att kontrollera tillgång inom ramen för upphovsrätten är mycket begränsad, men att en sådan rätt kan basera sig på andra rättighetsstrukturer såsom äganderätt eller rätt att tillhandahålla tjänster på de villkor man vill.

<sup>403</sup> Se Karnell, *Upphovsrättsligt skydd för icke offentliggjorda verk* (2000) där han diskuterar förhållandet mellan offentlighetslagstiftningen och upphovsrätten inom ramen för fallet med scientologi-kyrkan. Scientologi-kyrkans skrift hade blivit en offentlig handling i och med att den inlämnats till en myndighet och scientologi-kyrkan önskade förhindra att innehållet i skriften spreds. I detta fall ansågs det att en skrift som kyrkan tillhandahållit sina medlemmar inte hade publicerats i upphovsrättslig bemärkelse. Karnell jämför situation med att staten skulle kunna tvinga en upphovsman överlämna sina halvåriga verk till staten. För en mer djupgående kritik av Karnells synpunkter, se Still, Napster (2002).

<sup>404</sup> Nimmer & Krauthaus, *Information as A Commodity* (1992).

Diskussionen åskådliggör hur den faktiska kontrollmakten kan inverka på den juridiska rättighetens omfattning. Det är därför angeläget att analysera hur elektronisk rättighetshandling påverkar möjligheterna att kontrollera åtkomst och vilka potentiella problem detta medför. Speciellt ger det anledning att fundera över hur långt denna åtkomsträtt (*access right*) sträcker sig, och speciellt varför och hur den kan eller borde begränsas.

Situationen kan jämföras med vissa traditionella begränsningar av äganderätten i upphovsrättslagstiftningen. Dessa gäller konstnärers åtkomsträtt till verk som befinner sig i annans ägo för upphovsmannens konstnärliga och ekonomiska syften (FiURL 52 a §) samt rätten att ingripa mot förfaranden som kränker upphovsmannens moraliska rättigheter och konstnärliga integritet (FiURL 3, 11 och 53 §). I dessa fall har man ansett det motiverat att kringskära äganderätten till förmån för upphovsmannens intressen. Då rättsinnehavaren genom elektronisk rättighetshandling kan vidmakthålla förfogandet över det digitala objektet uppkommer frågan om det finns skäl att rättsligt kringskära detta reella förfogande till användarens fördel. Kan alltså användarnas och allmänhetens rättigheter att ta del av upphovsrättsliga verk utgöra skäl för en begränsning av rättsinnehavarens frihet att skydda sina idéella eller ekonomiska intressen?

Det rättsliga skyddet av DRM-system ger potentiellt upphov även till spänningar med andra rättigheter och friheter samt värderingar. Det rättsliga skyddet av DRM-system kan påverka till exempel den fria forskningen och kommunikation av vetenskapliga rön, ifall forskning och undervisning i datasäkerhet begränsas. I sista hand kan den rentav utgöra ett hot mot vetenskapens frihet, ifall det är förbjudet för forskarna att fritt förmedla och diskutera sina rön<sup>405</sup>.

Skyddet av DRM-system kan också utgöra ett hinder för fri manipulering av dataobjekt för att öka den ur användarsynpunkt viktiga samverkansförmågan. Det kan nämligen vara svårt att avgöra när rättsinnehavaren har velat hindra tillgång till dataobjektet i ett annat format eller i en annan applikation. Skyddet av DRM kan därför stå i konflikt såväl med användares datasäkerhetsåtgärder som med interoperabilitetsönskemål samt i sista hand även leda till monopolisering av den tekniska utvecklingen, distributionen av verk och därmed hela marknaden<sup>406</sup>.

Det är inte endast fråga om att upphovsmän eller de till vilken upphovsrätt övergått (rättsinnehavarna) skulle erhålla ett starkare upphovsrättsligt skydd. Fråga är också om att rättsligt skydd, vanligen löst baserat på upphovsrätt, skulle tillerkännas nya kategorier av nyttjande och nyttjare. Alla personer med ett ekonomiskt intresse att kontrollera tillgång och nyttjande av innehåll erhåller inte upphovsrättsligt skydd. Upphovsrättslagstiftningen täcker inte heller nödvändigtvis alla ekonomiskt intressanta nyttjanden. DRM-system kan i dessa fall erbjuda ett alternativt skydd, vars effektivitet garanteras genom det rättsliga skyddet av DRM-system.<sup>407</sup>

Det är uppenbart att det rättsliga skyddet av självhjälpsåtgärder komplicerar en inom-upphovsrättslig diskussion om balansen mellan olika intressen och rättsinnehavare. Det torde

<sup>405</sup> Besek, *Anti-Circumvention Laws* (2004).

<sup>406</sup> Vinje, *A Brave New World* (1996).

<sup>407</sup> Groscheide beskriver denna expansion av upphovsrätten till relationer och nyttjandeformer utanför det traditionella upphovsrättsparadigmet och uttrycker sin oro för hur det expanderande rättsliga skyddet kan försämrå användarnas ställning. Groscheide konstaterar dock att man i Nederländerna på officiellt håll i allt större grad börjat oroa sig för användarnas situation, Groscheide, *Copyright Law from a User's Perspective* (2001), s. 321.

därför vara oundgängligt att anknyta dessa diskussioner till policyriktlinjer som överskrider det upphovsrättsliga och förbinder upphovsrätten med de vidare informationsrättsliga diskussionerna.

## 4.6. Interoperabilitet och DRM ur kontrollsynvinkel

Med interoperabilitet eller samverkansförmåga avses att två eller flera mjuk- eller hårdvaruapplikationer på ett meningsfullt sätt kan utbyta information<sup>408</sup>. I praktiken handlar det vanligen om att en fil skapad i ett format kan återges i olika användningsapplikationer (hård- eller mjukvara) eller kan omvandlas till ett sådant format att mottagaren kan tillgodogöra sig innehållet<sup>409</sup>. Man talar om bristande interoperabilitet eller samverkansförmåga till exempel ifall ett datorprogram endast går att använda på en dator med Microsofts Windows operativsystem men inte på en med Apples Mac. Eller om en musikfil köpt på iTunes inte går att använda i någon annan mobil spelare än en iPod.

Allmänt taget brukar man utgå ifrån att det är önskvärt att eftersträva interoperabilitet. Bristande samverkansförmåga leder nämligen till att man blir låst till en viss teknik, och kostnaderna för att byta system kan vara avsevärda. Bristande samverkansförmåga kan dock samtidigt användas som affärsstrategi<sup>410</sup>. Det här gör att det ibland kan vara svårt att avgöra om en viss teknik avser att förhindra viss användning, dvs. utgör en teknisk åtgärd, eller om det bara är fråga om att tekniken har vissa funktioner som oavsiktligen medför att viss användning försvåras. Som exempel kan nämnas frågan om huruvida streaming-teknik (som motsvarar radio- och televisionssändningar i den digitala miljön) skall uppfattas som en teknisk åtgärd som det är förbjudet att kringgå, eller om det är tillåtet att skapa system som möjliggör nedladdning och kopiering av det streamade innehållet. Man kan också fråga sig om det skall det vara tillåtet för användaren att konvertera en fil från det skyddade streaming-formatet till öppna format såsom mp3, eller om det rättsliga skyddet av DRM-system kan ställa hinder för detta<sup>411</sup>.

Liksom när det gäller olika format eller olika applikationer kan DRM-systemen åstadkomma interoperabilitetsproblem. I kapitel III.3 ovan har redogjorts för uppkomsten av tekniska åtgärder. Många sådana åtgärder har varit teknik- eller verksspecifika eller lett till interoperabilitetsproblem på användarsidan, det vill säga ett kopieringsskyddat verksexemplar har inte kunnat användas på en hårdvara som saknar stöd för tekniken. Det här har varit ett känt problem till exempel för kopieringsskyddade CD-skivor, som inte kunnat spelas i datorers CD-stationer. Eftersom man kan anta att en köpare av en CD-skiva samtidigt har erhållit rätt att återge innehållet på CD-skivan kan man fråga sig om han har rätt att kringgå funktioner

<sup>408</sup> Ordet samverkansförmåga har definierats litet olika i olika sammanhang, och avsikten är inte att här närmare diskutera vilken definition som är den ”rätta”.

<sup>409</sup> För en mer detaljerad beskrivning av interoperabilitetsproblemet och DRM-system, se Rump, Definition, Aspects, and Overview (2003), s. 13-15.

<sup>410</sup> Shapiro & Varian, Information Rules (1999), s 102 ff.

<sup>411</sup> Just dessa frågor har i USA dryftats i målet RealNetworks vs. Streambox, se närmare nedan i kapitel IV.3.1.3. Stokes, Digital Copyright (2005), s. 139 slutar sig till att streaming bör anses utgöra en teknisk åtgärd, eftersom rättsinnehavaren kan antas ha valt formatet just för att förhindra nedladdning och kopiering. Alternativt kan man anse att teknik som möjliggör nedladdning och kopiering av streamat innehåll motsvarar produktionen av bandspelare och videoapparater, som ju är en fullt tillåten aktivitet i den analoga miljön.

eller konsekvenser av DRM-system som gör det omöjligt att återge skivan på valbart sätt (till exempel på valbar apparat med valbart operativsystem)? Även DRM-system i sig kan alltså sakna samverkansförmåga. Ibland är bristen på samverkansförmåga en medveten strategi, ibland endast en oförutsedd konsekvens av den teknologi som används.

I samband med regleringen av elektronisk rättighetshandling uppkommer därmed frågan om man har rätt att kringgå DRM-system för att uppnå samverkansförmåga. Man kan särskilja mellan tre typsituationer. Det kan för det första vara fråga om att tillverkare av applikationer avsedda att användas för återgivning av innehåll försöker utveckla en applikation som stöder olika DRM-system (vilket ökar applikationens bruksvärde ur konsumentsynvinkel)<sup>412</sup>. För det andra kan det vara fråga om aktörer som tillhandahåller tjänster eller produkter avsedda att förbättra samverkansförmågan mellan olika applikationer och deras möjligheter att utveckla sådana produkter och tjänster. För det tredje kan det vara fråga om att en slutanvändare eller konsument söker byta format för att kunna använda innehållet i ett annat format eller en annan applikation. Vid genomgången av regleringen av DRM-system är det alltså skäl att fundera över *till vilken del regleringen stöder systemutvecklarens och rättsinnehavarens intresse att kringgå eller tillämpa applikationer som skall öka DRM-systems samverkansförmåga eller möjliggöra användning av innehåll på ett mer flexibelt sätt.*

## 4.7. Det analoga hålet

Traditionellt har man ansett att DRM-system inte är helt vattentäta. Det är inte bara genom att kringgå tekniska åtgärder som innehåll kan mångfaldigas och överföras fria från elektroniska rättighetshandlingssystem. DRM-systemens största sårbarhet har traditionellt ansetts bero på möjligheterna att omvandla innehåll från digitalt till analogt format och tillbaka till digitalt format.

Det analoga hålet uppstår i flera situationer. Tekniska applikationer och apparater kan ha en analog eller oskyddad utgång som möjliggör framställning av exemplar<sup>413</sup>. Dessutom kan det vara fråga om att ett framförande i analogt format upptas genom analoga medel. Detta kan ske till exempel genom att använda skanners, filma tv-skärmen eller biografduken eller spela in musik som spelas upp genom högtalare<sup>414</sup>. Kopior gjorda på detta sätt är vanligen av sämre kvalitet. Kopians kvalitet är då beroende av hur bra kvalitet uppspelnings- och inspelningsapparaturen har.

De senaste åren har avgörande framsteg gjorts i kampen mot det analoga hålet. Det analoga hålet bekämpas i första hand med hjälp av tillämpningar baserade på digitala vattenstämplar. Ett av de tidigaste exemplen var vattenstämplar till skydd för digitala bilder. Den digitala vattenstämpeln syntes inte på användarens dator- eller tv-skärm, men ifall man försökte skriva ut bilden på en skrivare blev bilden helt förstörd. Idag finns det också tekniska möjligheter att förse auditivt och audiovisuellt innehåll med gömda signaler (som alltså inte är förnimbara för lyssnaren eller betraktaren), som åstadkommer så kraftiga störningar i eventuella inspel-

<sup>412</sup> Man kan som exempel ta en tillverkare av bärbara musikspelare som vill möjliggöra användning av musik köpta på iTunes, som kontrolleras av Apples privata DRM-teknik.

<sup>413</sup> Just the Facts on Digital Watermarking. Digimarc samt Hunt, Analog Reconversion Problem, 12.2.2003.

<sup>414</sup> De enda verkstyper som inte är utsatta för denna sårbarhet är datorprogram och databaser.

ningar (genom att filma skärmen eller spela in ljud) att kopiorna i praktiken är obrukbara<sup>415</sup>.

Man har också i ökad grad utvecklat teknik med vilken man kan spåra och identifiera innehåll och avgöra om det används lagligen. En del av denna teknik kan till och med användas för att identifiera illegalt material på fildelningsnätverk och hindra överföring av sådant illegalt material över fildelningsnätverken<sup>416</sup>. Man har också utvecklat teknik som avser att spåra och förhindra eller störa användning av ”olagligt”<sup>417</sup> innehåll i användares applikationer. Överlag har man gått framåt i försöken att åstadkomma säkra användningsomgivningar för innehåll<sup>418</sup>.

Vad har då det analoga hålet för potentiell rättslig relevans? Det analoga hålet har traditionellt ansetts utgöra ett argument för att rättsinnehavares kontrollmöjligheter inte kan åsidosätta upphovsrättens inskränkningar, som ju inte kräver att användaren skall ha en möjlighet att göra perfekta kopior. De senaste åren har den tekniska utvecklingen i ökad grad utökat möjligheterna att täppa till detta analoga hål, som av upphovsrätsindustrin och särskilt filmindustrin har ansetts vara ett stort hot<sup>419</sup>. Då det nu finns tekniska möjligheter att täppa till det analoga hålet kan man inte längre utgå ifrån att DRM-system inte skulle kunna ha någon effekt på den fria rörligheten för information. Ur regleringssynvinkel bör man också analysera vilka rättsliga åtgärder som vidtagits till stöd för eller emot kontroll även av den analoga sfären, till exempel genom att påföra elektronik- eller tjänsteleverantörer en skyldighet att inkorporera teknologi som stöder åtgärder avsedda att täppa till det analoga hålet.

## 4.8. Utökad rättslig bevakning och säkerställande av rättigheter

Genom DRM-system ökar möjligheterna att i praktiken kontrollera användningen av innehåll. Dels kan detta ske genom spärrfunktioner som helt enkelt hindrar användning. Dels kan detta ske genom metoder för att spåra, mäta eller på annat sätt övervaka användning. Ovan har vi redan diskuterat möjligheterna att direkt förhindra användning.

Elektronisk rättighetshantering innebär en stor förändring i hur upphovsrätt kan skyddas och säkerställas. *Med hjälp av DRM-system kan upphovsrättsintrång uppdragas och bevismaterial säkras*. Speciellt i kombination med en effektiverad rättslig handläggning<sup>420</sup> innebär elektronisk rät-

<sup>415</sup> SunnComm Merges with Analog Hole Plugger DarkNoise, DRM Watch 5.2.2004. Rosenblatt, AACs to include Macrovision ACP, DRM Watch 1.6.2006.

<sup>416</sup> Rosenblatt, MusicIP Obtains Patent for Accoustic Fingerprinting, DRM Watch 13.6.2006.

<sup>417</sup> Med olagligt menas här att rättsinnehavarnas auktorisation till exempel genom ett licenseringsförfarande inte erhållits.

<sup>418</sup> Till exempel Windows Media Player stöder DRM-system för olika användarapplikationer och filformat.

<sup>419</sup> Just the Facts on Digital Watermarking, Digimarc, samt Hunt, Analog Reconversion Problem, presentation 12.2.2003 och Hunt, Digital Content Protection. 2005 Status Report, där han också för fram teknologiska framsteg i kampen mot det analoga hålet.

<sup>420</sup> De senaste åren har den rättsliga handläggningen av ärenden markant underlättats genom internationella överenskommelser gällande civilrättsligt, straffrättsligt och polisärt samarbete, se särskilt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, Rådets förordning (EG) nr 1348/2000 av den 29 maj 2000 om delgivning i medlemsstaterna av handlingar i mål och ärenden av civil eller kommersiell natur, Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, Rådets förordning (EG) nr 1206/2001 av den 28 maj 2001 om samarbete mellan medlemsstaternas domstolar i fråga om bevisupptagning i mål och ärenden av civil eller kommersiell natur, samt Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet - Haagprogrammet: tio prioriteringar för de kommande fem åren. Partnerskapet för förnyelse i EU när det gäller frihet, säkerhet och rättvisa (KOM(2005) 184 slutlig).

I praktiken har det också stor betydelse för rättsinnehavarna att det i högre grad är möjligt att sluta avtal, varvid man kan komma överens om en process som gör det enklare för rättsinnehavaren att göra sin rätt gällande (till exempel ett skiljemannaförfarande). Istället för att vara tvungen att förliga sig enbart på upphovsrätten kan man i i högre grad använda sig av avtal som ett medel för att skydda sina intressen.

tighetshandling potentiellt en stor förändring till fördel för stärkt säkerställande av rättigheter (*rights enforcement*).

Då det är lättare att spåra och avslöja eventuella rättskränkningar är det också lättare att vid behov skrida till rättsliga åtgärder. Det här innebär också att den upphovsrättsliga institutionen stärks, eftersom en förutsättning för vilken som helst rättslig institution är att rättsordningen även i praktiken kan följas och säkerställas. Den europeiska rättsuppfattningen utgår från att normerna även i praktiken är effektiva.

Till exempel spårning av illegal användning av verk kunde få betydligt mer omfattande proportioner än vad det har idag. De första tillämpningarna gällde spårning med hjälp av sökmaskiner och agenter av illegalt tillgängliggjorda verk på Internet. Från en manuell spårning, där illegalt distribuerade verk närmast spårats med hjälp av allmänna sökmaskiner<sup>421</sup>, har man övergått till allt mer tekniskt avancerade metoder. Genom vattenstämpling kan man med speciella sökmaskiner snabbt spåra illegal distribution av vattenstämplade verk. En synlig vattenstämpel fungerar därför även avskräckande på potentiella upphovsrättsinkräktare. Idag kan också den mjukvara som är förknippad med innehållet innehålla en autenticeringsmekanism som gör att endast auktoriserade verk kan användas.

Ett problem har varit att sökning och övervakning endast kunnat ske inom de öppna nätverken, dvs. Internet, eller nätverk som man speciellt har fått tillgång till. Detta innebär att intranät och andra mer eller mindre privata nätverk eller innehållet i enskilda datorer inte kunnat övervakas, åtminstone inte lagligen. Det är inte uteslutet att avancerad teknik kan möjliggöra övervakning och spårning även i privata nätverk. Idag är det åtminstone möjligt att övervaka fildelningsnätverk för att spåra vem som sprider olagliga filer<sup>422</sup>.

Detta problem kan lösas dels genom ett ansvar för tjänsteleverantörer att filtrera innehåll, dels genom att konstruera säkra användningsmiljöer, där endast auktoriserade verk kan användas. Det interimistiska åläggandet av Napster att filtrera innehållet i fildelningsnätverket är ett exempel på det förra alternativet, medan Microsofts policy att i allt högre grad med hjälp av uppdateringstjänster för programvara implantera mekanismer som kan spåra olicensierad programvara är ett exempel på det senare alternativet<sup>423</sup>.

Det finns en viss risk att elektronisk övervakning kan anses strida mot skyddet av privatlivet, speciellt till den del denna övervakning hänför sig till verksamhet som sker i privata datasystem. Vad som anses vara ett privat datasystem är naturligtvis en tolkningsfråga. Även datasystemägarens kännedom om övervakningen eller godkännande av övervakningen torde ha rättslig relevans. Med tanke på att elektronisk övervakning kan ske automatiskt och att den endast reagerar på otillåten användning är det inte självklart att den bör anses vara förbjuden såsom en kränkning av den privata integriteten.

Möjligheterna att spåra upphovsrättsintrång och säkra bevismaterial beror i första hand på vilka åtgärder man vidtagit vid utgivningen av verket. Upphovsrättsintrång som sker genom att en märkt fil sprids genom hemsidor på Internet kan lättast uppdragas om filen är försedd

<sup>421</sup> Sökmaskiner såsom Hotbot, där man kan specificera att sökresultatet bör innehålla vissa format typiska för vissa slag av verk (t.ex. MP3-filer för ljud eller JPEG-filer för bild) förenklar dylik sökning.

<sup>422</sup> Till exempel BayTSP tillhandahåller teknik med hjälp av vilken man kan spåra och säkra bevis för vem som först laddar upp upphovsrättsligt skyddat innehåll på fildelningsnätverk. Tekniken är tillämplig även på fildelningsnätverk som använder sig av swarming-teknik. Se närmare om BayTSP lösning i "Learn how FirstSource can track the propagation of files from one user", BayTSP.

<sup>423</sup> Kotilainen, Kopio-Officen ja -Windowsin käyttäjät ahtaamalla, Tietokone 27.4.2006.



med en digital vattenstämpel som är robust, dvs. svår att kringgå eller förstöra. Möjligheterna att skrida till åtgärder mot en dylik rättskränkning är beroende av stadganden om *notice-and-take-down*-förfaranden samt regler om villkoren för registrering av hemsidor (dvs. huruvida man kan identifiera vem som har ansvaret för hemsidan). Rättskränkningar som sker genom andra metoder, t.ex. spridning genom e-post eller fildelningsnätverk är svårare att komma åt, och skulle i princip kräva handräckning av leverantören av kommunikationstjänsterna. De tekniska åtgärdernas praktiska betydelse med tanke på säkerställande av rättigheter är alltså dels beroende på huruvida man i ett tidigt skede beaktat detta behov vid utformningen av den slutliga produkten samt till vilken del tekniskt bevismaterial kan användas i en rättegång samt vilka övriga rättsliga strukturer som stöder denna effekt av tekniska åtgärder<sup>424</sup>.

Den ökade övervakningen och kontrollen leder inte nödvändigtvis till något orwellianskt samhälle, där staten med tekniska medel övervakar sina medborgares förehavanden. I praktiken är det dessutom snarare företagen eller andra privata organisationer eller privatpersoner som utgör den potentiella övervakaren, inte staten<sup>425</sup>. Möjligheterna till ökad teknisk övervakning och kontroll innebär dock inte utan vidare att detta är önskvärt ur samhällelig synvinkel. Även om exempelvis företag endast i begränsad mån har politiska avsikter kan man utgå ifrån att företagen drivs av ekonomiska motiv och egennytta och knappast har något intresse av att främja samhällelig nytta<sup>426</sup>.

Den tekniska kontrollen är, såsom redan ovan framkommit, av mycket varierande slag. Det finns också stora skillnader i hur olika kontrollåtgärder påverkar den informationsrättsliga integriteten. Detta leder till att det lätt uppkommer vissa spänningar mellan rättigheten att utöva teknisk kontroll och persondataskyddet. Det är därför av relevans hur rättsordningen beaktar behovet att skydda den privata integriteten. Detta är en fråga som inte närmare kommer att analyseras inom ramen för denna avhandling. Det torde räcka med att konstatera att upphovsrättsdirektivet direkt förutsätter att persondatadirektivet följs vid tillämpning av tekniska åtgärder<sup>427</sup>. I praktiken är det ofta med enkla medel möjligt att utforma den tekniska kontrollen på ett sådant sätt som inte kränker persondataskyddet.

En annan negativ följd av ökade krav på teknisk kontroll är att de kan leda till stora utgifter för upprättandet av en kontroll vars allmänna sociala och ekonomiska fördelaktighet kan ifrågasättas. Detta problem accentueras vid en riskfördelning där tredje personer, såsom olika slags tjänsteleverantörer, påförs en skyldighet att vidta (tekniska och organisatoriska) åtgärder för att förhindra spridning av illegala kopior.

<sup>424</sup> Även innan en produkt är färdig att släppas på marknaden kan det finnas skäl att försäkra sig om att rättskränkningar förhindras eller åtminstone uppdagas. Rosenblatt, Philips Video Watermarking Chosen for Digital Cinema, DRM Watch 23.2.2006, där han refererar teknologi som gör det möjligt att spåra vilken biograf som illegalt framställt en kopia av en film samt när kopian framställdes. I Rosenblatt, Two Fingerprints: Audible Magic to Integrate with Activated Content. DRM Watch, 5.10.2005, refereras teknik med hjälp av vilken man kan spåra vem som spridit innehåll olagligt samt spåra sådant innehåll på till exempel fildelningsnätverk. Se även Rosenblatt, Thomson Announces B2B Content Security for Video. DRM Watch, 23.3.2006.

<sup>425</sup> Ett större hot än den tekniska kontrollen i sig, torde en ökad koncentring av mediamakten vara, speciellt i kombination med en vertikal integrering mellan innehållsproducenter, kommunikationsindustri och konsumentelektronik. Det är inte uteslutet att de stora mediakoncernerna har intresse av att påverka politiken, för att inte tala om deras intresse av att minska konkurrens åtminstone till den del denna rör deras centrala verksamhetsområden.

<sup>426</sup> Man skall komma ihåg att företag i första hand drivs i avsikt att göra ekonomisk vinst. Etiska och moraliska åtaganden uppstår vanligen som en följd av att de utgör en förutsättning för att kunna skapa ekonomisk vinst.

<sup>427</sup> Punkt 57 i ingressen till upphovsrättsdirektivet.



## 4.9. Utvidgade licenseringsmöjligheter

DRM-systemen medför utvidgade licenseringsmöjligheter. För det första finns det i princip möjligheter att bygga upp *söktjänster* med hjälp av vilka man enkelt kan kontrollera vem som är rättsinnehavare. Några sådana allmänt tillgängliga tjänster har inte uppstått. Inom vissa branscher har privata databaser skapats. Detta gäller speciellt på musikens område, där man inom ramen för samarbetet mellan upphovsrättsorganisationerna (CISAC) skapat en internationell databas<sup>428</sup>. Dessa databaser är dock inte allmänt tillgängliga, utan de är endast tillgängliga för medlemsorganisationerna<sup>429</sup>.

Till de licenseringsbefrämjande åtgärderna hör också *klareringstjänster*. Dessa kan upprätthållas av företag eller upphovsrättsorganisationer. Vissa klareringstjänster inkluderar samtidigt leverans (överföring) även av innehållet.

Upphovsrättsorganisationernas verksamhet kan normalt definieras som klareringstjänster. *Digitala klareringstjänster* innebär att klareringen kan ske snabbt, enkelt och effektivt genom en Internet-portal. Copyright Clearance Center (CCC) i USA var den första tjänsten att etablera det man kallar för *one-stop-shop* för klarering av rättigheter. Copyright Clearance Center licenserar litterära verk för användning inom utbildning, inom organisationer samt för affärsbruk. Man licenserar för användning på årsbasis för internt bruk eller *pay-per-use* i de fall den årliga licensen inte omfattar den användning som eftertraktas eller det är fråga om externt bruk. Copyright Clearance Center licenserar verken på basen av och i enlighet med sina avtal med rättsinnehavarna (förlagen). Själva verket tillhandahålls inte genom servicen, utan det är enbart fråga om en klareringstjänst. Till den del Copyright Clearance Center inte på basen av avtalet med rättsinnehavaren har befogenhet att licensera verket kan Copyright Clearance Center å kundens vägnar kontakta rättsinnehavaren för att klargöra huruvida och på vilka villkor rättsinnehavaren är beredd är bevilja licens<sup>430</sup>.

Till den del även själva verket tillhandahålls genom tjänsten talar man om *elektronisk handel*. Lehtikuvas bildtjänst är ett exempel på en tjänst som tillhandahåller innehåll även för kommersiellt bruk. Lehtikuva tillhandahåller bildmaterial för användning i reklam, tidningar, broschyrer, Internet mm. Genom avtal med utländska agenturer har man tillgång även till deras bildmaterial. Lehtikuva har därför över 2 miljoner bilder att tillhandahålla. Bilderna visas och kan även överföras i elektronisk form<sup>431</sup>. Lehtikuvas bilder är märkta med digitala vattenstämplar, men Lehtikuva baserar inte sin kontroll av användningen enbart på DRM-system utan även på avtalsvillkor. Lehtikuvas bildmaterial kan indelas i två typer beroende på licensvillkor, det vill säga i publiceringsfria (Rights Free, julkaisuvapaa) och användningsövervakade (Rights Managed, käyttövalvottu) bilder. Standardvillkoren innehåller förutom grundläggande leveransvillkor även villkor bland annat gällande hur rättsinnehavarna skall nämnas och hur bildmaterialet får redigeras. Dessutom finns ett flertal villkor som är avsedda att befästa rättsinnehavarens kontroll över innehållet. Enligt standardvillkoren gällande användningsövervakade bilder (RM-bilder) är kunden skyldig att tillhandahålla Lehtikuva ett gratis ”upphovsrättsexemplar” av den trycksak i vilken fotografiet ingår. Ifall så inte sker

<sup>428</sup> The Common Information System (CIS), som upprätthålls av CISAC har integrerat existerande system. Informationen i denna databas uppdateras på nationell nivå men möjliggör sökning på internationell nivå.

<sup>429</sup> CIS beskrivs närmare på <http://www.cisac.org/>.

<sup>430</sup> <http://www.copyright.com>.

<sup>431</sup> <http://www.lehtikuva.fi>.

har Lehtikuva rätt att debitera en särskild administrativ övervakningsavgift. Kunden måste dessutom returnera eller radera alla kopior av bilden. Publiceringsfria bilder (RF-bilder) får i motsats till RM-bilder användas även på Internet, men kunden förbinder sig bland annat att se till att bilderna inte bildar arkiv som slutanvändaren har tillgång till och på ett sådant sätt att man inte kan tolka det som att bilderna är fritt nedladdningsbara från Internet<sup>432</sup>.

För att ta ett annat exempel på elektronisk handel med upphovsrättsligt skyddat innehåll avsedd för konsumenter kan man nämna Weedshare, som fungerar som superdistributions-schema. Man kan alltså ladda ner musik i WMA-format genom Internet. Enligt gällande tjänstevillkor har kunden rätt att spela låten upp till tre gånger utan att betala. Efter att kunden betalat kan hon framställa permanenta kopior och använda filen på upp till tre datorer, bränna filen på CD för att använda i CD-spelare eller överföra till en bärbar spelare som stöder Windows Media Player. Kunden kan också skicka filen till en annan person, som kan använda filen efter att först ha ingått ett avtal med Weedshare. På detta sätt möjliggörs alltså att innehåll sprids från en person till en annan, och man behöver inte ladda ner musiken från Weedshares webbtjänst. Personer som licenserat en weedshare-fil ges incitament att sprida musiken vidare genom att de får en del av licensinkomsterna från Weedshare<sup>433</sup>. Weedshares affärsmodell och tjänstens användningsvillkor stöds av och säkerställs genom det DRM-system de använder.

De utvidgade licenseringsmöjligheter DRM-system erbjuder är av varierande slag; Det finns skillnader ifråga om hur enkelt det är att licensera<sup>434</sup>, huruvida betalning och leverans av varan/tjänsten utgör en del av licenseringsprocessen<sup>435</sup>, hur licenseringsvillkoren förhandlas<sup>436</sup> och huruvida samt på vilket sätt de integreras med den vara/tjänst som levereras<sup>437</sup> och huruvida samt vilka slag av självhjälpsmekanismer som integrerats med varan/tjänsten<sup>438</sup>. Den digitala miljön möjliggör också licensering direkt mellan rättsinnehavare och slutanvändare oberoende av om det finns några mellanhänder eller ej.

*Den tekniska utvecklingen har på ett revolutionerande sätt möjliggjort licensering.* Det är helt klart fråga om ett betydande *paradigmskifte för upphovsrätten, vars utformning i mycket präglats just av svårigheterna att sluta avtal mellan rättsinnehavare och nyttjare.* DRM-system möjliggör alltså individuell licensering i situationer där något kontraktsförhållande inte tidigare kunde ha uppstått (såsom

<sup>432</sup> Det senare villkoret är mångtydigt. Meningen torde vara att se till att eventuella upphovsrättsliga avgiftssystem är tillämpliga på fallet.

<sup>433</sup> <http://www.weedshare.com>.

<sup>434</sup> Licenseringen kan kräva olika mycket ansträngningar från licenstagarens sida. Vid licensering som inbegriper penningtransaktioner är licenseringsprocessen alltid mera invecklad. I vissa fall erbjuder klareringstjänster endast information om licenseringsscheman, rättsinnehavare eller dylikt, medan speciellt sådana e-handelsmodeller som är riktade till konsumenter automatiserar och förenklar licenseringsprocessen så mycket som möjligt.

<sup>435</sup> Fullfjädrade e-handelsmodeller för B2C-handel integrerar vanligen leveransen och betalningen med licenseringsprocessen. I B2B-modeller betalas licensavgifter ofta i rater beroende på försäljning eller dylikt och inte som en engångssumma. I många B2B-modeller finns det ingen färdig tjänst eller produkt som skall levereras, eftersom avtalet kan gälla exempelvis rätten att framställa en översättning av ett skriftligt verk. Licensobjektet behöver inte heller gälla användningen av ett helt verk, utan kan gälla användning av ett del av ett verk, t.ex. en del av en bild.

<sup>436</sup> Licenseringens automatiseringsgrad kan skilja sig avsevärt i olika licenseringsscheman. I vissa fall är det inte i egentlig mening ens fråga om en förhandling av licensvillkor, utan licensvillkoren deklarerar av licensgivaren eller utgör en del av varans/tjänstens utformning. I andra ändan av denna skala handlar det om helt fritt avtalade individuella licenser, där endast någon del av licenseringsschemat, t.ex. redovisningen av licensavgifterna, automatiserats.

<sup>437</sup> Licensvillkoren kan utgöra en helt separat del eller integreras med det digitala objektet (verket) genom steganografiska metoder. Licensvillkoren kan följa med varan/tjänsten och utgöra en synlig och integrerad del av denna eller förhandlas och visas helt separat.

<sup>438</sup> Självhjälpsmekanismer varierar i allt från utformningen av finnesserna i uppspelningsapplikationen (rendering application), som levererar verket i en form som kan uppfattas av en människa, till system som automatiskt förstör varan eller avbryter tjänsten då licensvillkoren överskrids.

vid licensering till konsumenter) eller en övergång till individuell licensering i situationer där kollektiv rättighetsförvaltning tidigare utgjort det enda praktiska alternativet.

Vilka krav som kan ställas för att anse att ett rättsligt bindande avtal har uppkommit samt de allmänna tolkningsprinciperna och de allmänna ogiltighetsgrundera för licensvillkoren är frågor som avgörs inom den allmänna avtalsrätten. Det ur upphovsrättslig synvinkel intressanta är att analysera på vilket sätt den upphovsrättsliga regleringen påverkar tolkningen av licensavtal, på vilka sätt lagstiftningen stöder licensering och realisering av licensvillkor samt över huvud taget *på vilket sätt upphovsrättslagstiftningen skapar balans mellan motstridiga intressen i denna nya upphovsrättsliga licenseringsmiljö.*

#### 4.9.1. Behov av användarskydd vid upphovsrättsliga avtal?

Det traditionella upphovsrättsparadigmet har utgått ifrån en svag licensgivare som söker skydd mot en stark kommersiell nyttjare. Detta paradigm passar allt sämre in i den moderna licenseringsbilden, där de dominerande parterna är de starka rättsinnehavarna (de upphovsrättsliga intresseorganisationerna och kommersiella nyttjarna såsom producenterna etc.) i förhållande till den svaga slutanvändaren. Det bör dock poängteras att förändringen i det upphovsrättsliga paradigmet inte endast är ett resultat av tillämpning av DRM-system, utan av den allmänna upphovsrättsliga utvecklingen som gjort slutanvändning upphovsrättsligt relevant.

Den upphovsrättsliga lagstiftningen utgår från att licenstagaren är den starkare parten. Detta framkommer tydligt dels genom de *indispositiva* stadganden som skyddar upphovsmannens intressen och dels genom att de *dispositiva* stadgandena vanligen endast kan frångås till upphovsmannens fördel. Användaren har vanligen inte ansetts behöva något särskilt skydd. Upphovsrättslagstiftningen beaktar slutanvändares intressen endast i en mycket begränsad mån inom ramen för vissa undantag gällande datorprogram<sup>439</sup> och databaser<sup>440</sup>. Denna spänning accentueras ytterligare genom det omfattande skydd av tekniska åtgärder som den nya upphovsrättslagstiftningen medför.

Det här innebär alltså en stor variation också i möjligheterna att kontraktuellt och faktiskt förfoga över verket. *Bara ifall möjligheten att ingå avtal om användningen av verket inte utnyttjas eller ifall användningen till sin art är sådan att det faller utanför de kontrollmöjligheter DRM-system erbjuder, gäller upphovsrättens presumtionsregler.* Användaren är då fri att använda verket som hon vill, dock med beaktande av de begränsningar av användningen som direkt framkommer av lagen. Rättsinnehavaren har samtidigt inte möjlighet att utsträcka sin förfoganderätt utanför det som direkt framkommer av upphovsrättslagen och får acceptera de begränsningar av upphovsrätten som framgår av upphovsrättslagen.

Upphovsmannens eller rättsinnehavarens möjlighet att utöva kontroll över verkets användning genom avtal begränsas endast av lag. På grund av paradigmskiftet är det oklart om, och till vilken del, slutanvändares rättigheter skyddas eller borde skyddas. Då upphovsrätts-

<sup>439</sup> Enligt artikel 5 i datorprogramdirektivet 91/250/EEG skall medlemsländerna inskränka rättsinnehavarens ensamrätt till datorprogram till fördel för framställning av säkerhetskopior och för att utröna ett datorprogramms funktioner och de idéer och principer som ligger bakom programmets olika detaljer. Därtill kommer ett dispositivt stadgande om att den som lagligen förvärvat datorprogrammet skall ha rätt att vidta behövliga åtgärder, inklusive rättelse av fel, för att programmet skall kunna användas i överensstämmelse med dess avsedda ändamål. För Finlands del har dessa bestämmelser införts i FiURL 25 j §.

<sup>440</sup> I artikel 6 i databasdirektivet 96/9/EG, som i Finland genomförts genom Fi URL 25 j stadgas att den som har rätt att använda en databas får framställa exemplar av databasen och vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för tillgång till innehållet i databasen och för en normal användning av den.

lagens avtalsrättsliga stadganden baserar sig på kommersiella förhållanden, verkar den vara illa anpassad till konsumentssituationer. Skillnaden mellan konsumentskyddets och upphovsrättens avtalsrättsliga paradigmer och modellsituationer kan därför bli markant. Med tanke på att upphovsrättslagens stadganden i allt högre grad gäller situationer där en slutanvändare eller konsument utgör motparten i en upphovsrättslig transaktion, utgör detta ett allt större missförhållande.

De ökade möjligheterna till licensering kan också tänkas få en mer djupgående inverkan på det upphovsrättsliga institutet. Med beaktande av att kollektiv licensering bör anses baserat på behovet att sänka transaktionskostnaderna, minskar behovet av kollektiv licensering i takt med att transaktionskostnaderna för individuell licensering sjunker. I så fall är det dags att omvärdera behovet av och de kommande uppgifterna för upphovsrättsorganisationerna. Särskilt deras förhållande till andra organisationer eller företag som handhar licensering kommer att kräva en omvärdering speciellt med tanke på de konkurrensrättsliga problem som kan hänföra sig till saken<sup>441</sup>.

#### 4.9.2. *Självverkande villkor och självhjälpsfunktioner*

Den moderna kommunikationsmiljön erbjuder inte endast revolutionerande möjligheter att avtala om användning av innehåll, utan det är också möjligt att realisera licensvillkor genom självverkande villkor eller självhjälpsfunktioner. Ett exempel på användning av självverkande villkor erbjuder filmuthyrning över Internet. Enligt det avtal som ingås är filen tillgänglig ett visst antal timmar och kan under den tiden ses av konsumenten så många gånger denne vill. Efter denna tidpunkt är filen inte längre tillgänglig för konsumenten. Eftersom ett DRM-system kontrollerar användningen av filen kommer filen inte längre att vara tillgänglig för användaren efter den specificerade tiden. Man kan alltså tala om ett självverkande villkor, som konsumenten inte i praktiken kan bryta mot (utan att kringgå DRM-systemet).

Vad har detta för relevans ur kontrollsynvinkel? Då ett avtal stöds av självhjälpsfunktioner minskar detta risken för avtalsbrott. I vissa fall kan det uppstå rättsliga problem på grund av att leverans- eller tjänstevillkoren är diffusa eller inte överensstämmer med de DRM-funktioner som tillämpats. Detta är närmast ett avtals- eller konsumenträttsligt problem.

I vissa fall är det också möjligt att rättsinnehavaren bygger in självhjälpsfunktioner som inte enbart förhindrar kontraktsbrott, utan får mer omfattande konsekvenser för användaren. Låt oss anta att användaren enligt avtalsvillkoren inte har rätt att använda filen i en annan applikation. Låt oss också anta att rättsinnehavaren i sina villkor fritar sig från allt ansvar för skador som uppkommer på användarens utrustning eller information ifall användaren exporterar filen till en annan applikation. I brist på tekniska spärrar som direkt skulle förhindra exportering av filen till en annan applikation beslutar sig användaren för att göra just detta, eftersom

---

<sup>441</sup> EG:s domstol har haft vissa svårigheter att acceptera upphovsrättsorganisationernas dominerande ställning och särskilt den möjlighet till monopolprissättning och uppdelning av marknader som de möjliggör. Se *GEMA-fallet*, *SACEM-fallet* och *Tournier-fallet*. I rättsfallen utgår man ifrån att kollektiv licensering är befogat till den del det är kostnadseffektivt. På samma linje verkar EU:s kommission gå, jfr meddelandet från kommissionen om förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter på den inre marknaden (KOM(2004) 261 slutlig). Det är därför högst antagligt att spörsmål om upphovsrättsorganisationernas ställning visavi andra arrangemang för licensering kan komma att dyka upp. Ifall det uppkommer strukturer som väsentligt sänker transaktionskostnaderna och som samtidigt är konkurrensbefrämjande finns det knappast någon orsak att upprätthålla licenseringsmonopol.

den andra applikationen har ett trevligare användargränssnitt. Som ett resultat av en teknisk åtgärd som rättsinnehavaren byggt in i systemet kraschar operativsystemet i detta fiktiva fall och informationen på en stor del av lagringsmedlet suddas ut, däribland många viktiga filer används i konsumentens yrkesverksamhet. Konsumenten lyckas reda ut händelseförloppet och påvisa att rättsinnehavaren genom tekniska åtgärder förorsakat händelseförloppet och kräver ersättning av rättsinnehavaren för den skada som skett<sup>442</sup>. Rättsinnehavaren svarar med att hänvisa till villkoren i avtalet och förklarar att konsumenten får skylla sig själv<sup>443</sup>. Är detta en situation där konsumenten får skylla sig själv, eftersom han vidtagit en oauktorerad åtgärd, eller anser man att rättsinnehavarens ansvarsfriskrivningsklausul är ogiltig och följderna oproportionella och skadeståndsskyldighet gentemot konsumenten därmed uppstår? Det här är bara ett av säkerligen många möjliga scenarier, där det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder kan få oförutsedda följder<sup>444</sup>.

Med tanke på det upphovsrättsliga paradigmet innebär situationen en markant förändring i kontrollmakt, eftersom rättsinnehavaren har full möjlighet att i praktiken bygga in mekanismer till stöd för de villkor denne vill påföra. Trots att de ovan skisserade scenarierna inte är särskilt intressanta ur upphovsrättslig synvinkel utgör de ett målande exempel på hur omfattande rättsinnehavarens<sup>445</sup> faktiska kontrollmakt kan vara.

### 4.9.3. Överlappning mellan avtal och DRM-system – och det rättsliga skyddet

Den tekniska utvecklingen har på ett revolutionerande sätt möjliggjort realisering av licensvillkor genom självhjälpsfunktioner. Detta, och i synnerhet i kombination med licensvillkor om alternativ konfliktlösning, innebär att rättsliga konflikter som hänför sig till användningen av upphovsrättsliga verk i allt mindre grad avgörs i domstol. *Man kan därför inte i den rättsliga regleringen förlita sig på att domstolarnas roll vid upphovsrättslig konfliktlösning bibehålls oförändrad och att en makt- eller intressebalans mellan rättsinnehavare och användare kan etableras genom domstolsförfarande.*

Vid tillämpning av DRM-system är det alltså troligt att de rättsliga konflikterna skiftar från frågor kring kränkning av upphovsrätt till frågor om det rättsliga skyddet av DRM-system, förekomsten av avtal och avtalsvilkorens giltighet. DRM-systemens lagstadgade skydd kommer därför att ha en stor inverkan även på bedömningen av användares icke-upphovsrättsrelaterade rättigheters omfattning.

För att ge ett konkret exempel; Låt oss anta att DRM-system används för att spåra förbjuden användning inom ramen för en användningsapplikation. Denna applikation körs på en individs personliga mobiltelefon och DRM-systemet är avsett att övervaka användningen av ett verk i denna. En funktion i applikationen alarmerar rättsinnehavaren ifall användaren utför en otillåten handling, t.ex. försöker omvandla verket till ett annat format som går att

<sup>442</sup> I praktiken torde det vara mycket sällsynt att en konsument skulle kunna reda ut hur kraschen uppstått.

<sup>443</sup> Rättsinnehavarens avsikt kan antas ha varit att avskräcka användare från att bryta mot avtalsvillkoren. Dessutom var det billigare ur produktionssynvinkel att påföra en mekanism som kraschar operativsystemet istället för att helt enkelt hindra exportering av en fil.

<sup>444</sup> Om ansvar för datasäkerhetsproblem, se Råman, *Regulating Secure Software* (2006)

<sup>445</sup> I detta kapitel används ordet rättsinnehavare trots att det inte nödvändigtvis är rättsinnehavaren själv (dvs. upphovsman eller innehavare av en närstående rättighet eller en *sui generis*-rättighet eller någon till vilken en sådan rättighet överlätts med ensamrätt) som tillhandahåller tjänsten.

använda i en annan applikation. Ett starkt rättsligt skydd av DRM-system skiftar uppmärksamheten bort från frågan om huruvida användaren borde ha rätt att ändra formatet för att kunna nyttja verket på ändamålsenligt sätt och från frågan om huruvida övervakning av användning kränker användarens personliga integritet. Rättsligt relevanta blir istället frågorna om huruvida ett kontraktsbrott och/eller kränkning av det rättsliga skyddet av DRM-system har skett.

Sammanfattningsvis kan man alltså säga att DRM-systemen medverkar till att förändra det upphovsrättsliga *licenserings*paradigmet genom att

- ▶ det blir möjligt att licensera direkt med varje användare,
- ▶ man kan slopa lagens presumtionsregler,
- ▶ det finns bättre möjligheter till privat realisering av avtalen genom självhjälp eller alternativ konfliktlösning, samt
- ▶ det ökar trycket att beakta de nya maktpositionerna och stadga om ett visst minimiskydd för den svagare parten (slutanvändaren).

## 4.10. Förskjutningen av kontrollmakten

DRM-system är avsedda att öka rättsinnehavarens möjligheter att kontrollera nyttjande av upphovsrättsliga verk. Denna kontroll består i, såsom tidigare påpekats, (1) åtgärder som direkt hindrar vissa typer av nyttjande, (2) indirekt kontroll i form av möjlighet att spåra eller övervaka (mäta) användning av verk, (3) möjlighet att etablera ett avtalsförhållande med alla användare, oberoende av användningsändamål samt (4) möjlighet att kontrollera användning inom ramen för avtalsförhållandet och möjlighet att direkt realisera avtalet och reagera mot avtalsbrott genom självhjälpssystem, t.ex. självförstörande eller utestängande (*lock-out*) system. Avtalen kan också innehålla klausuler om skiljemannaförfarande, tillämplig lag och dylikt, och därmed möjliggöra det man brukar kalla för *forum shopping*<sup>446</sup>.

Trots att DRM-system onekligen ökar makten att kontrollera tillgång till och användning av verk, bör dessa möjligheter dock sättas i sina rätta proportioner. Man har ofta utgått från att DRM-system innebär en förskjutning av makten mot rättsinnehavaren, och att detta är negativt för användaren. De kontrollmöjligheter som DRM-system innebär begränsas dock dels genom de tekniska möjligheterna till kontroll, dels genom definieringen av den rättsliga (makt)balansen samt dels genom kontrollåtgärdernas rationalitetsgrunder och beaktande av marknadshänsyn. Vi skall i det följande betrakta dessa aspekter.

---

<sup>446</sup> Med *forum shopping* avses att man genom villkor som gäller tillämplig lag och rättsligt forum väljer det alternativ som är förmånligast med tanke på vederbörandes intressen.



#### 4.10.1. Ökade möjligheter till elektronisk kontroll

De tekniska möjligheterna att utöva kontroll har redan i de ovanstående kapitlen analyserats i detalj. Man kan på basen av det konstatera att möjligheterna att kontrollera användning av verk omöjligt helt kan överensstämma med det som gäller i det traditionella upphovsrättsliga paradigmet. Den elektroniska kontrollen av ett digitalt objekt motsvarar inte någon av de kategorier som man varit van att tillämpa, det vill säga idén, verket eller verksexemplaret. Objektet för elektroniska rättighetshanteringssystem är alltså svårdefinierbart utgående från den begreppsapparatur som normalt använts inom upphovsrätten. Detta innebär inte att den underliggande begreppsapparaturen skulle förlora sin betydelse, men kräver att man tar i beaktande skillnaderna mellan dessa begrepp och objektet för elektronisk rättighets-hantering.

Man kan notera att man i USA i ett tidigt skede började göra skillnad mellan verk i fysisk form och verk i digital form. Raymond Nimmer, som kan sägas vara huvudarkitekten bakom förslaget till en modellavtalslag för informationstransaktioner i USA (Uniform Commercial Code Article 2B, som senare kom att heta Uniform Computer Information Transactions Act), publicerade redan år 1992 en artikel om information som produkt. Enligt Nimmer har information som produkt följande egenskaper. 1) Den är immateriell (intangible). 2) Flera kan besitta den samtidigt. 3) Den består av ett flertal beståndsdelar, såsom databaser, avvägningar och struktur samt framförallt ett service-element, som kan beskrivas som en värdetillförande aktivitet. 4) Teknologin spelar en viktig roll i definieringen av produkten; teknologin kan betyda att en informationsprodukt övergår från en produkttyp till en annan. 5) Produkten och möjligheterna att omsätta den är beroende av rättigheterna som hänför sig till produkten. 6) Informationsproduktens värde varierar beroende på informationsproduktens typ och omsättningsmöjligheter<sup>447</sup>.

Enligt Nimmer finns det en fundamental dissonans mellan förutsättningarna för förfoganderätt enligt upphovsrättslagen och värdeskapande aktiviteter i de moderna digitala nätverken; upphovsrätten gäller endast vissa förfoganden men inte de som är mest relevanta i den digitala miljön, det vill säga tillgång och användning. Samtidigt utgår Nimmer ifrån att den faktiska kontrollen över nyttjande påverkar rättighetens omfattning.<sup>448</sup>

Man måste också beakta skillnaderna i det juridiska och det tekniska rättighetsspråket. Juridiskt formulerade rättigheter är alltså svåra att "översätta" till maskinläsbar form. Dels kommer DRM-systemen att möjliggöra en kontroll som inte motsvaras av de rättigheter som rättsinnehavarna enligt upphovsrätten har. Dels är det svårt att översätta rättsinnehavarnas rättigheter eller upphovsrättens inskränkningar till maskinläsbar form.

Det traditionella, analoga upphovsrättsparadigmet baserar sig på att det är omöjligt att utöva faktisk kontroll över användning av verk efter att verket en gång blivit allmänt tillgängligt genom att visas offentligt eller publiceras. Efter denna tidpunkt kunde verksanvändning i huvudsak kontrolleras på basen av lagstiftning, dvs. upphovsrättslagen, som begränsat användares rättigheter att nyttja ett verk i kommersiella sammanhang. Upphovsrättens allmänna begränsningar (begränsning i tid, verkshöjdskravet och begränsning till de i lagen specifikt uttryckta rättigheterna) liksom även upphovsrättens särskilda inskränkningar (även kallat upphovsrättens undantag) kunde göras gällande såsom försvar mot påstående om upphovsrättsintrång.

<sup>447</sup> Nimmer et al., *Information as A Commodity* (1992).

<sup>448</sup> Se även Nimmer, *Copyright and the Information Superhighway* (1994), där han konstaterar att även om upphovsrätt och avtalsrätt fundamentalt skiljer sig från varandra måste man tillåta upphovsrätten att utvecklas.



DRM-system möjliggör till större del kontroll över verksnyttjande även efter att verket publicerats eller annars blivit allmänt tillgängligt. Genom det rättsliga skyddet av DRM-system kan man i omfattande grad förhindra verksamhet som leder till att verk friläggs och finns tillgängliga i oskyddad form. Till vilken del och på vilket sätt rättsinnehavarnas intresse av att skydda sina immateriella tillgångar balanseras med det allmännas intressen beror på hur det rättsliga skyddet av DRM-system utformas. Såsom ovan i kapitel III.3.3 framkommit kan man med hjälp av DRM-system potentiellt åsidosätta upphovsrättens inskränkningar. Å andra sidan ter sig hela läran om upphovsrättens allmänna inskränkningar malplacerad i en situation där verksanvändning genom DRM-system kan styras och kontrolleras. Inskränkningarna har baserat sig på ett paradigm där faktisk (förhands)kontroll inte varit möjligt. Ur rättslig synvinkel måste man därför ifrågasätta huruvida ”kringgående” av upphovsrättens inskränkningar genom DRM-system skall vara tillåtet. Ifall rättsinnehavaren inte har en skyldighet att se till att ett verk kan nyttjas inom ramen för en upphovsrättslig inskränkning<sup>449</sup>, måste man analysera på vilket sätt man inom ramen för rättsordningen skall beakta de hänsyn som ligger bakom inskränkningarna.

Då man betraktar det rättsliga skyddet av DRM-system bör man hålla i minnet att de tekniska möjligheterna till kontroll kraftigt utvecklats under det senaste decenniet. Det verkar uppenbart att man vid tiden för WIPO:s Internet-avtal närmast haft för ögonen sådana tekniker som traditionella kopieringsskydd (såsom SCMS) samt televisioners dekodersystem<sup>450</sup>. Avancerade system, där objektet för kontrollen kunde särskiljas från själva rättighetshanteringssystemet, fanns inte allmänt tillgängliga. Framförallt kan man anse att det analoga hålet vid denna tidpunkt (och ännu då man i Europa införde motsvarande regler som gällde skyddet av DRM-system) utgjorde det primära skälet till att inte kringskära rättsinnehavarnas rättigheter att påföra elektroniska rättighetshanteringssystem<sup>451</sup>. I och med det analoga hålet har man ansett att det alltid finns en möjlighet att framställa kopior av ett verk. Med tanke på den upphovsrättsliga argumenteringen har det inte varit relevant att dessa kopior är av sämre kvalitet. Även en kopia av sämre kvalitet har nämligen uppfyllt den funktion som inskränkningen avsett.

Man kan därför säga att de tekniska möjligheterna att täppa till det analoga hålet utgör en principiellt viktig förändring i möjligheterna att utöva faktisk kontroll över verksanvändning i det moderna nätverkssamhället. Denna förändring har naturligt nog inte kunnat beaktas av lagstiftarna under 1990-talet eller ens i början av 2000-talet, eftersom denna teknik utvecklats först under de allra senaste åren.

#### 4.10.2. Rättsligt stöd för elektronisk rättighetshantering

DRM-system innebär en kontroll över nyttjande i en skala som tidigare inte har varit möjlig. Detta är sant endast ifall vissa andra förutsättningar uppfylls. *DRM-systems effektivitet är långt beroende av rättsligt stöd.* Kontrollåtgärder kommer knappast att vara effektiva så länge det finns

<sup>449</sup> Det vill säga ifall inskränkningarna inte omformuleras till positiva användarrättigheter.

<sup>450</sup> Detta avspeglar sig i de inlägg som presenterades vid WIPO:s konferens om den digitala miljöns inverkan på upphovsrätt, som föregick uppkomsten av WIPO:s Internetkonventioner. WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights. WIPO Publication No. 723 (E) (1993). Se även Lange, *The Impact of Digital Technologies* (2003), s. 227-237.

<sup>451</sup> Commerce Committee Report 1998, s. 36.

en fri och laglig marknad för varor och tjänster för kringgående av tekniska åtgärder. *Kontrollåtgärdernas effektivitet är alltså beroende av att kringgående av tekniska åtgärder samt tillhandahållande av varor och tjänster för kringgående straffbelagts samt att det finns ett tillräckligt rättsligt samarbete för en effektiv övervakning av att lagen efterföljs och tillämpas.*

Presumtivt innebär DRM-system ett tydligt paradigmskifte. Användarens frihet att använda ett verk under förutsättning att upphovsrätten beaktas inskränks genom att DRM-systemen avgör modaliteterna för tillgång och användning av verket. Avtal och tekniska åtgärder blir vid sidan av det lagstadgade upphovsrättsliga skyddet allt viktigare kontrollmekanismer. Från att upphovsrätten har baserat sig på att det *prima facie* är *omöjligt* att i förväg kontrollera användning övergår man mot att det *prima facie* är *möjligt* att kontrollera användning. Då man därtill tillägger att upphovsrätten på grund av upphovsrättens expansion och förändringarna i verksamhetsmiljön innebär en allt större risk för samhällets informationshantering och kommunikationsprocesser, uppkommer en situation där en för användaren betungande offentlig upphovsrättsregim (upphovsrättslagen) kompletteras med en potentiellt betungande privat regim. Så som tidigare konstaterats verkar vi gå mot en regim där all användning kräver förhandstillstånd, om inte i princip så åtminstone i praktiken.

Detta paradigmskifte stärks ytterligare av lagstiftning som innebär en riskförskjutning i användarens riktning. Ett målande exempel på detta är stadgandet i den nya upphovsrättslagen om ett förbud mot mångfaldigande av illegalt framställda eller offentliggjorda verk för vissa i sig tillåtna ändamål, såsom privatkopiering och undervisning och forskning<sup>452</sup>. I praktiken innebär stadgandet att användaren, t.ex. en lärare, måste ta reda på om verket är ”lagligt”, dvs. utgivits, reproducerats och tillhandahållits på lagligt sätt. I förlängningen innebär detta att verk kan inhandlas eller licenseras endast från auktoriserade återförsäljare. En dylik konstruktion leder lätt till en koncentring av distributionskanalerna, som kan komma att leda till kartellbildning och andra konkurrensrättsliga problem. Det ifrågasvarande exemplet baserar sig inte direkt på en tillämpning av DRM-system och gäller egentligen inte det rättsliga skyddet av DRM-system, men det är högst troligt att *efterlevnaden av lagen och laglig användning kräver organisatoriska och tekniska åtgärder.*

DRM-systemens praktiska betydelse beror på *till vilken del rättsordningen godtar och beaktar effekterna av tillämpning av dem.* Det är inte sagt att lagstiftaren eller lagtillämparen godkänner att DRM-system negativt påverkar till exempel upphovsrättens inskränkningar, konsumentskyddet eller skyddet av privatliv. Det är också möjligt att DRM-systemen anses råda bot på sådana olägenheter som det tidigare krävts lagstiftning till skydd för rättsinnehavarens intressen för att korrigera<sup>453</sup>. Den rättsliga maktbalansen kommer hur som helst i sista hand att avgöras av rättsordningen.

Förskjutningen av den rättsliga maktbalansen hör också samman med frågan om *vem som har auktoritet att tolka de rättsliga stadgandena.* Även om domstolarna normalt anses ha den ultimata befogenheten att genomföra rättsliga tolkningar är det uppenbart att andra aktörer primärt har stort inflytande över lagtolkningen. Till exempel upphovsrättsorganisationen

<sup>452</sup> I 11 § i upphovsrättskommissionens förslag till ny upphovsrättslag föreslogs ursprungligen att all (upphovsrättsligt relevant) användning skulle vara förbjuden. Komittébetänkande 2002:5.

<sup>453</sup> Bell, Escape from Copyright (2001).

Teosto<sup>454</sup> kan sägas ha ett stort inflytande på tolkningen av vad som utgör en upphovsrättsligt skyddad modifiering av ett musikverk genom att de i praktiken kommer att avgöra huruvida rättigheterna till ett arrangemang av ett musikstycke kan registreras eller inte. En potentiell användare vänder sig vanligen i första hand till Teosto med en förfrågan om ett arrangemang registrerats och därmed i praktisk bemärkelse erhållit upphovsrättsliga skydd. På samma sätt kommer de rättsinnehavare som tillämpar DRM-system att i praktiken ha en viktig roll vid definieringen av rättigheterna till innehållet.

Black har betonat att det i många situationer är önskvärt att delegera tolkningsmakten, bland annat därför att detta möjliggör en mer principbetonad regleringsmodell<sup>455</sup>. Även om man kan hålla med Black om detta är det dock problematiskt om en delegering av tolkningsmakten (och därmed även regleringsmakten, det vill säga makten att styra beteende) sker oavsiktligt och okontrollerat.

Skiftningen av maktbalansen är alltså inte enbart beroende av en frånvaro av restriktioner på tillämpningen av DRM-system, utan *baserar sig på den allt starkare expansionen av upphovsrätten*. Ett totalt maktskifte skulle bestå i att *tillämpningen av DRM-system, privat reglering genom teknisk utformning eller avtal, samt kontinuerlig kontroll av Internet och informationsöverföring för spårning av illegal användning, förblir oreglerat eller direkt eller indirekt stöds av rättsordningen*. Detta skulle *kombineras med en långt gående varsambetsplikt eller lagstadgade skyldigheter för användare, tjänsteleverantörer, elektronikproducenter och eventuella andra tredjepersoner i central ställning att tillse rättsinnehavarnas intressen*. På grund av skiftningen i maktbalansen blir det allt nödvändigare att fundera över till vilken del en rättsinnehavare har rätt att utöva kontroll över användningen av verk eller till vilken del lagstiftaren bör ställa villkor på hur DRM-system används och vilken effekt de får.

Såsom av det ovanstående redan framgår är ett eventuellt rättsligt maktskifte beroende av ett långt gående rättsligt stöd för tillämpning av DRM-system med allt vad det innebär av privat reglering (en. *private ordering*) i form av teknisk utformning och (standard)avtal<sup>456</sup>. Ett omfattande stöd av privat reglering innebär också i praktiken att man med hänvisning till upphovsrätten kan påföra användningsvillkor som har mycket litet med själva upphovsrätten att göra. Det är fritt fram för upphovsrätten att expandera som ringar på vattnet. Det finns då en uppenbar risk att man *utnyttjar den absoluta kontrollrätt (ensamrätten) som upphovsrätten tillerkänner rättsinnehavaren för att kontrollera konsumtion, informations spridning och konkurrens*. Det är därför viktigt att utreda på vilket sätt rättsordningen begränsar eller bör begränsa rättsinnehavarnas frihet att påföra DRM-system.

Det kan låta som en självklarhet att en dylik maktförskjutning inte borde tillåtas. Sambandet mellan reglering, regleringsmakt och rättigheters omfattning är dock mångfacetterat. En förskjutning mot privat reglering kan stödas utgående från tanken om privatautonomi och självbestämmanderätt och med tanke på de omfattande möjligheter att sluta avtal som den digitala miljön erbjuder. I en situation med många olika upphovsrättsliga regimer verkar det därför helt logiskt att tillåta och till och med uppmuntra denna typ av privat reglering av för-

<sup>454</sup> Teosto är en upphovsrättslig intresseorganisation för kompositörerna, textförfattarna och arrangörerna av musik samt för musikförlagen.

<sup>455</sup> Black, *Using Rules Effectively* (1999).

<sup>456</sup> Vad gäller systemdesignens normskapande effekt, se Magnusson-Sjöberg, *Rättsautomation* (1992), s. 196-200. Utan ett institutionellt stöd i lagen skulle situationen se rätt annorlunda ut. Enligt allmänna rättsprinciper skulle rättsinnehavaren ha en frihet att påföra DRM-system, men han skulle inte ha någon varken explicit eller implicit immunitet från rättsliga yrkanden om till exempel rättsligt maktmissbruk.

hållandet mellan olika parter. Detta åtminstone så länge som en privat reglering inte utgör en oskälig börda för någon part.

De juridiskt relevanta frågor som uppkommer är *hurudana institutioner som behövs för balansering av maktförhållandena* och skapande av likvärdiga förhandlingsparter i den för handen varande situationen samt vilken den *rätta balansen mellan upphovsrätt och andra rättigheter (till information)* är. Eftersom den senare frågan är omöjlig att besvara i sig, måste man omformulera den så att man funderar över vilka faktorer som påverkar balansen mellan upphovsrätt och andra rättigheter och vilka rättsliga eller rättspolitiska principer som borde beaktas i regleringen av denna balans. Den förra frågan berör också sådana regleringsteoretiska frågor såsom förhållandet mellan självreglering och lagstiftning samt frågan om globaliseringens inverkan på eventuella regleringsinitiativ.

#### 4.10.3. Marknadshänsyn

Den förhärskande åsikten inom upphovsrättsliga kretsar verkar vara att det inte finns någon orsak att hysa farhågor om att ett starkt skydd av elektronisk rättighetshantering kan utnyttjas på ett otillbörligt sätt. Man har ansett att *konkurrensen tar hand om eventuella problem*. Med andra ord räknar man med att konsumenterna vägrar konsumera sådana produkter och tjänster som är förknippade med alltför restriktiva villkor. Det är lätt att hålla med om detta argument. I praktiken har det dessutom visat sig att kontrollåtgärder som inte är acceptabla ur användarnas synvinkel kraftigt motarbetas genom alla till buds stående medel, såväl lagliga som olagliga<sup>457</sup>. Därför skall man heller inte överdriva de faror för skiftning av rättighets- och maktbalans som elektronisk rättighetshantering innebär.

*Konkurrensargumentet trolldock inte bort det grundläggande problemet att DRM-system och det rättsliga skyddet av DRM-system i sin nuvarande utformning de facto leder till eller åtminstone accentuerar det paradigmskifte som upphovsrätten genomgår.* Att påstå att konkurrensargumentet tar hand om eventuella problem är lika irrelevant som att påstå att konsumentskyddsrätten är onödig därför att det hör till handelns logik att endast rejäla handelsmän i längden kommer att kunna överleva och att det därför lönar sig för dem att respektera kunderna. Orsaken till att argumentet är felaktigt är dels att en perfekt marknad är en utopi och dels att det skulle förutsätta upplysta konsumenter, vilket även det är en utopi. En upplyst konsument har kunskap om sina konsumtionsbehov, hur tjänsten eller varan möter detta behov samt på vilket sätt den tekniska användningsomgivningen fungerar. Dessutom förstår en upplyst konsument sin rättsliga position och sin marknadsposition och har förmåga att samarbeta för att stärka sin ställning på marknaden.

Konkurrensargumentet verkar också bortse från det faktum att upphovsrätten är en monopolrätt, som redan i sig begränsar en fri konkurrens. Om konkurrensargumentet skall få någon praktisk betydelse måste man därför vidta åtgärder för att i praktiken öka denna konkurrens.

<sup>457</sup> Kopieringsskydden särskilt inom musikbranschen har tett sig problematiska för konsumenterna. Det har uppkommit en utbredd opinion mot sådana kopieringsskydd som enbart beaktat rättsinnehavarnas intressen och inskränkt konsumenternas möjligheter att använda musikfiler. Som en följd av detta har dylika kopieringsskydd snabbt kringgåtts och information därom spritts på Internet.

Länder med *droit d'auteur*-traditioner, dvs. länder där upphovsrätten baserar sig på en personlighetsrätt, är speciellt utsatta för kritik av att konkurrensargumentet inte kan fungera. Detta beror på att den kommersiella argumentationen inte är lika central som inom copyright-traditionen. Den uphovsrättsliga förfoganderätten begränsas alltså inte i dessa länder på det principiella planet lika mycket av de kommersiella hänsynen<sup>458</sup>. *Droit d'auteur*-systemet ger därför potentiellt bättre möjligheter för uphovsmannen eller rättsinnehavaren att bruka eller missbruka uphovsrätten för att hindra informationsspridning eller nyttjande, som av en eller annan orsak inte är önskvärd. *Droit d'auteur*-logiken reducerar alltså då rättskiparens möjlighet att intervensera då förfoganderätten nyttjas på ett sätt som strider mot kommersiell logik<sup>459</sup>. Denna situation håller på att förändras i och med EG-rättens inflytande, eftersom den konkurrensrättsliga argumentationen är en så betydelsefull utgångspunkt inom EG-rätten.

#### 4.10.4. Slutledning om ökad risk för förskjutning av kontrollmakten

Möjligheterna att kontrollera användning genom DRM-system ger vid handen att dessa möjligheter är beroende av den tekniska utvecklingen, det rättsliga stödet av rättsinnehavarens rättighet att kontrollera användning genom DRM-system samt marknadshänsyn.

I förhållande till uphovsrätten kan man konstatera att DRM-system inte verkar möjliggöra en kontroll över idéinnehållet i sig, men att bearbetning och förmedling av innehåll kan försvåras. Vissa uphovsrättsliga inskränkningar är till sin natur sådana att DRM-system knappast kan tänkas ha någon inverkan på möjligheterna att komma till åtnjutande av dem, medan andra kan påverkas.

DRM-systems kontrollverkan begränsas också av att verket i den mån det träder utanför den digitala omgivningen vanligen inte kan kontrolleras<sup>460</sup>. Alla tekniska åtgärder utgör inte heller direkta hinder för utnyttjande, utan är avsedda att följa upp användning eller säkra verkets integritet eller ter sig som en naturlig teknisk begränsning. I de fall då tekniska åtgärder kringgått är det också svårt att kontrollera fortsatt tillgängliggörande i oskyddad form.

DRM-systemens effektivitet är långt beroende av rättsligt stöd och utgör en del av den maktfördelning över kommunikationsmiljön som uphovsrättslagstiftningen utstakar. I en situation där elektronisk rättighetshantering potentiellt skiftar makten till rättsinnehavarna är det av yttersta betydelse hur rättsordningen förhåller sig till den ökade kontrollmakt för rättsinnehavarna som DRM-system innebär. Detta ökar trycket på att definiera regleringsprinciper för att återställa den informationsrättsliga balansen.

<sup>458</sup> Detta innebär inte att de kommersiella argumenten inte skulle ha eller ha haft någon betydelse inom *droit d'auteur*-länder. Om den kommersiella argumentationens betydelse vid avgränsning av uphovsrättens omfång, se Koktvedgaard, Immaterialrättspositioner 1965, s 83-199 samt 240-274. I jämförelse med situationen fram till slutet av 1960-talet verkar den uphovsrättsinterna konkurrensrättsliga argumentationens rättighetsbegränsande verkan ha minskat. Se Koktvedgaard, Immaterialrättspositioner 1965, s. 248, där han konstaterar att uphovsrätten (enligt dåvarande doktrin) är förvärvsbunden rätt i linje med andra immaterialrättigheter. En orsak till att den konkurrensrättsliga argumentationens betydelse har minskat kan eventuellt vara det faktum att icke-kommersiell användning inom förvaltning, handel eller privatliv börjat uppfattas som ett allt större hot mot rättsinnehavarnas intressen. Upphovsrättens anknytning till kommersiell verksamhet har uppluckrats genom att förbudet mot offentligt framförande inte längre bundits till förvärvsmässig verksamhet, utan gäller allt offentligt framförande. Denna utveckling har bland annat lett till att man i Finland ansett att det är fråga om offentligt framförande då radio eller skivor spelas i en taxi, se HD 2002:101.

<sup>459</sup> På grund av den lagstiftningstradition och de lagtekniska lösningar som funnits i de kontinentaleuropeiska länderna, framgår uphovsrättens balanseringsprinciper endast implicit. I de kontinentaleuropeiska länderna har lagskipningstraditionen traditionellt tagit avstånd från tolkning som kan anses utgöra rättspolitiska ställningstaganden. I kombination med en lagskipningstradition där lagens bokstav alltså utgjort det viktigaste rättesnöret är det uppenbart att mer eller mindre rättspolitiska balanseringsprinciper på sin höjd fått en bakgrundroll.

<sup>460</sup> Jfr. dock de ökade möjligheterna att täppa till det analoga hålet och utvecklingen av säkra användningsmiljöer (*trusted systems*).

Det primära motivet för att påföra DRM-system torde vara rättsinnehavares kommersiella intressen. Därför finns det inte skäl att överdriva DRM-systemens faror för de grundläggande fri- och rättigheterna i informationssamhället. Därmed inte sagt att elektronisk rättighetshantering borde ligga utanför all rättslig kontroll eller att man bör bortse från farorna.

## 4.1.1. Ett alternativt synsätt; DRM-system och de gemensamma kontrollproblemen

### 4.1.1.1. Kontrollproblem ur rättsinnehavarnas synvinkel

Den digitala miljön har ansetts innebära nya hot mot rättsinnehavarnas intressen. De främsta hoten består av *möjligheten att framställa exakta kopior<sup>461</sup> till marginella kostnader* och *möjligheten att sprida verk över digitala nätverk till en stor mängd människor på mycket kort tid och till mycket marginella kostnader<sup>462</sup>.*

Kopieringsproblemet är i sig inget nytt problem, utan det har såsom ovan förklarats uppkommit i och med den tekniska utvecklingen, som från och med 1960-talet innebar att kopieringsteknik för bild och ljud snabbt började nyttjas i stor skala i samhället. Det är närmast omfattningen av kopieringsmöjligheten i kombination med de förbättrade möjligheterna att tillgängliggöra verken i de digitala nätverken som utgör grunden till den kontrollkris som man kan säga att upphovsrätten stod inför vid medlet av 1990-talet, då användningen av Internet blev allmänt utbredd.

Ur rättsinnehavarens synvinkel berör den digitala miljöns kontrollproblem hur man kan säkerställa att verk inte digitaliseras och sprids över Internet utan lov, samt att de inte sprids eller kommersiellt nyttjas i annat än avsett sammanhang. Till denna fråga hör också *bevakning av upphovsrätten i den digitala miljön*, det vill säga uppdagandet av upphovsrättsintrång och rättsligt säkerställande.

Man står också inför frågan om *hur man kan säkerställa verkets integritet* över dess livscykel, dvs. hindra det från att oavsiktligen ändras eller otillbörligen manipuleras.

Kontrollproblematiken sammanhör också med frågan om de kommande affärsmodellerna för upphovsrättsligt skyddade objekt, med andra ord *hur man kan säkerställa maximal vinst på det immateriella kapitalet inom e-handeln<sup>463</sup>.* I samband med detta uppkommer också frågan hur man kan förmedla information till användare gällande rättsinnehavare och användningsvillkor samt hur man på ett effektivt (och rättsligt godtagbart) sätt kan uppfölja och licensera verket samt säkerställa att användningsvillkoren efterföljs.

Rättsinnehavarna drabbas också av *problem som gäller rättslig säkerhet*. Det kan vara svårt att uppfatta vilka *rättsliga risker som uppkommer av att man lägger ut innehåll på nätet*. Så småningom har rättsläget börjat klarna, men ur historiskt perspektiv kan man konstatera att osäkerheten var

<sup>461</sup> Med en exakt kopia avses här kopior där det inte finns någon kvalitetsskillnad mellan original och kopia. Man kan dock konstatera att den begränsade överföringskapaciteten i nätverken idag kräver användning av kompressionstekniker, varvid filens (ljud- eller bild-)kvalitet försämras. I vanliga fall är skillnaderna dock så små att en vanlig konsument knappast märker det eller stör sig på det.

<sup>462</sup> Promemoria 13:1995, s. 5-6.

<sup>463</sup> Se exempelvis Shapiro & Varian, Information Rules (1999) om affärsmodeller och -logik i den nya nätverksekonomin.



mycket stor i medlet och slutet av 1990-talet, då det till och med diskuterades huruvida upphovsrätten överhuvudtaget var tillämpbar på Internet<sup>464</sup>. En orsak till denna rättsliga osäkerhet var och är fortfarande att det finns olika nationella standarder om vad som är acceptabel användning, vilka rättigheter rättsinnehavarna genom att lägga ut verket på Internet ”ger upp” eller ”licenserar” och till vilken del upphovsrättens inskränkningar är tillämpbara.

Säkerställandet av rättsinnehavarens rättigheter på Internet är alltså det primära problemet för rättsinnehavarna. Den största orsaken till problem med rättsligt säkerställande är Internets globala natur och därmed de problem gällande *gränsöverskridande upphovsrättsintrång* som detta medför. Det är inte heller längre endast konkurrerande näringsidkare rättsinnehavarna har behov att skydda sig mot. Privata användare har samma möjligheter att framställa exemplar och sprida innehåll som vilken näringsidkare som helst. På grund av Internets struktur kan vissa tjänsteleverantörer ha de bästa möjligheterna att övervaka informationsspridningen. Det har därför varit skäl att uppmärksamma frågan om tjänsteleverantörernas möjligheter och eventuella skyldigheter att motverka upphovsrättsintrång som ett alternativ eller komplement till gärningsmannens ansvar för upphovsrättsintrång.

För närvarande utgör fildelningsnätverken typexemplet på det hot mot rättsinnehavarnas intressen som digitaltekniken och de globala informationsnätverken kan medföra. Fildelningsnätverken möjliggör en effektiv och distribuerad spridning av upphovsrättsligt skyddat material över slutna nätverk<sup>465</sup>. I vissa fall tillgängliggörs nödvändiga datorprogram skilt från den nätverksarkitektur som behövs för fildelning. De moderna systemen innehåller också möjligheter till simultan nedladdning från multipla källor (*swarming*). Dessa fildelningsnätverk används så gott som uteslutande av privata individer för att dela med sig av musik, film och annat innehåll. Det mesta tillgängliggörs utan rättsinnehavarnas tillstånd, men det finns även de som tillgängliggör sin musik på detta sätt för att skapa sig en publik och en framtida marknad.

#### 4.11.2. Kontrollproblem ur användarnas synvinkel

Även *ur användarnas synvinkel* är den digitala miljön sammankopplad med ett otal problem. Dels gäller det frågan om *hur man kan identifiera att det objekt man använder är upphovsrättsligt skyddat*. Ur användarnas synvinkel uppstår problem också i samband med att man laddar ner ett digitalt objekt, eftersom det vanligen i förväg är omöjligt att avgöra vad filen innehåller. Detta problem accentueras av de ändringar i lagstiftningen som kräver att endast lagligen tillgängliggjort innehåll får användas<sup>466</sup>.

<sup>464</sup> Till exempel Johnson & Post ifrågasatte möjligheterna att tillämpa nationell rätt på fenomen som sker på Internet. Johnson & Post, *Law And Borders* (1996), s. 1367-1411. Så även Brazell, *Electronic Security* (2003), s. 496-503.

<sup>465</sup> Med slutet nätverk menar jag här att dessa nätverk är skilda från Internet, som är ett öppet nätverk. Filer tillgängliga på dessa nätverk går till exempel inte att hitta med hjälp av Google eller någon annan sökmotor för genomsökning av webbsidor.

<sup>466</sup> I Finland föreslogs det ursprungligen att all användning av lagstridigt tillgängliggjorda verk och alster på basen av en inskränkning skulle vara olagligt, RP 177/2002. Detta stadgande inskränktes sedermera att gälla enbart exemplarframställning, FiURL 11 § 5 mom. I de övriga nordiska länderna gäller detta förbud endast framställning av kopior för privat bruk. I princip kan den så kallade *swarming*-tekniken som innebär att en fil laddas ner simultant från olika källor samtidigt innebära att det är omöjligt att utreda huruvida förlagen är lagligen tillverkad, förutsatt att det finns förlagor som är lagliga. Ifall alla förlagor är olagligen framställda eller tillgängliggjorda kan ju inte heller kopian vara laglig. Med tanke på de nuvarande fildelningsnätverken utgör *swarming*-tekniken alltså knappast ett rättsligt problem.



En annan situation då det kan vara besvärligt att avgöra verkets omfattning är då man använder delar av ett verk. Det kan nämligen vara svårt att avgöra hur små delar av ett verk som erhåller upphovsrättsligt skydd<sup>467</sup>. Då det gäller fotografier, musik och audiovisuella verk kan mycket små delar anses vara upphovsrättsligt skyddade. Det har åtminstone i Finland förblivit oklart om ett verk som är gjort av delar av andra verk kan anses vara ett nytt och självständigt verk<sup>468</sup>.

Precis som i den analoga miljön kan det vara problematiskt att finna rättsinnehavaren för att begära lov för användning. I vissa fall kan det också vara svårt att sammanbinda verk med upphovsman. Det här gäller särskilt i de fall då det är oklart varifrån materialet härstammar. I den analoga miljön är det vanligen relativt enkelt att ta reda på åtminstone vilket förlag som publicerat bilden i en bok och på den vägen vem som är rättsinnehavare till bilden. Detsamma gäller vanligen inte på Internet. Problemen accentueras alltså på Internet.

*Ur användarens synvinkel innebär den moderna teknologin att snart sagt all kommunikation innebär en risk för upphovsrättsintrång.* Kopior uppkommer som en nödvändig del av all kommunikation över Internet. Till exempel en webbsida på Internet är tillgänglig över hela världen. Den moderna teknologin gör det allt enklare för rättsinnehavare att automatiskt spåra olagligen tillgängliggjort innehåll på Internet. Det här innebär att riskerna för upptäckt ökar. Därmed ökar också behovet för användarna att se över sina egna rutiner och bygga upp system för förvaltning av information gällande rättighetsförvaltning. Man måste också beakta att ersättningsbeloppen hotar öka exponentiellt i och med att Internet är tillgängligt för en stor del av världens befolkning<sup>469</sup>.

Även ur användarens synvinkel kan det vara angeläget att försäkra sig om *verkets integritet*, dvs. att det inte utsatts för ändringar. Med tanke på eventuellt ansvar för användning är det också i allt högre grad nödvändigt att säkerställa verkets *källa och autenticitet*.

Ur användarens synvinkel är den rättsliga osäkerheten den mest betungande. Speciellt gäller det här *vilken slags användning som är tillåten*. Är det alltså fråga om ett upphovsrättsintrång att skriva ut en webbsida för att använda i t.ex. undervisning? Eller skall man utgå ifrån att detta är sådan användning som rättsinnehavaren omfattat genom att lägga ut materialet oskyddat på nätet<sup>470</sup>? Det här är bara en av många potentiella problemsituationer. För att man med hjälp av DRM-system skulle kunna minska denna rättsliga osäkerhet torde dock krävas uppsbackning i upphovsrättslagstiftningen.

<sup>467</sup> I Promemoria 13:1995, s. 9-10 säger man att det kan vara svårt att uppfatta vad som är ett verk och att om upphovsrätten utsträcks till att gälla mycket små delar av ett verk närmar sig skyddet i något skede ett skydd för data eller information (finskans "tieto" täcker såväl data som information).

<sup>468</sup> Se t.ex. upphovsrättsrådets beslut 2002:7, där man konstaterar att användning av fotografier i en musikvideo genom så kallad scratchteknik kräver rättsinnehavarnas samtycke. Se dock även upphovsrättsrådets beslut 2002:13, där man på ett principiellt plan inte utesluter att ett nytt och självständigt verk kan uppkomma som ett resultat av manipulering och sammanställning av befintliga verk. Det är av intresse att konstatera att man i det senare fallet även hänvisat till att det kan finnas bildmaterial på Internet som tillgängliggjorts av upphovsmannen eller med hans medgivande och att upphovsmannen då kan ha eftergivit sin rättighet att framställa exemplar.

<sup>469</sup> Detta alltså förutsatt att man i ersättningsfrågor beaktar den potentiella skadan för rättsinnehavaren.

<sup>470</sup> Det är av intresse att konstatera att man i upphovsrättsrådets beslut 2002:13 hänvisat till att det kan finnas bildmaterial på Internet som tillgängliggjorts av upphovsmannen eller med hans medgivande och att upphovsmannen då kan ha eftergivit sin rättighet att framställa exemplar. Detta har satts i kontrast med bildmaterial som tillgängliggjorts utan upphovsmannens medgivande och till vilken man alltså bör anse att han inte eftergivit någon rättighet enligt lag.

### 4.11.3. DRM-system som lösning på kontrollproblemen

Beskrivningen av rättsinnehavares och användares kontrollproblem ovan är knappast uttömmande. På basen av den kan man konstatera att både rättsinnehavare och användare har många gemensamma problem eller intressen som hör samman med rättsliga risker i den digitala miljön. Några av de gemensamma problemen gäller:

- ▶ Hur man kan knyta information om upphovsman och andra rättsinnehavare till verket på ett tillräckligt tillförlitligt sätt.
- ▶ Hur man kan försäkra sig om verkets integritet, dvs. att det inte ändrats eller manipulerats.
- ▶ Hur man kan verifiera vilka villkor som gäller användning av verket och/eller sluta avtal om användning.

Trots dessa gemensamma problem, som DRM-system möjligen kan lösa, är det uppenbart att DRM-system i huvudsak utarbetats utgående från rättsinnehavarens intressen och önskemål. Det är också vanligen rättsinnehavarsidan som stått för kostnaderna för utvecklingen av DRM-system avsedda att stöda e-handel med innehåll.

Man bör dock minnas att DRM inte endast skall ses som e-handelsapplikationer, utan DRM-system kan också beröra antingen hela produktions- och distributionskedjan och hela värdekedjan<sup>471</sup> eller någon specifik del.

I många fall har DRM-system etablerats för att förvalta rättigheter till immateriella tillgångar för bolagets interna behov, dvs. för att hålla reda på vilka immateriella tillgångar bolaget har och vilka användningsvillkor och licenser som gäller dessa tillgångar. Man brukar tala om ”back-office” system<sup>472</sup>. Sådana DRM-system faller vanligen inte inom ramen för definitionen av DRM-system använda i avsikt att skydda tillgångar som skyddas genom upphovsrätt eller närstående rättigheter, vilket utgör målet för det rättsliga skyddet av DRM-system.

Trots att DRM-system i många fall åtgärdar problem med rättslig osäkerhet både på rättsinnehavar- och användarsidan måste man ändå minnas att det finns en fundamental intresse-motsättning mellan olika gruppers intressen. Ur policyperspektiv kan denna fundamentala intresse-motsättning knappast åsidosättas. Målet för en policy gällande det rättsliga skyddet av DRM-system borde därför beakta både den fundamentala intresse-motsättningen och den gemensamma nyttan av DRM-system.

---

<sup>471</sup> Om värdekedjan inom innehållsindustrin, se Olli Pitkänen, *Managing Rights in Information Products* (2002), s. 55 samt Mauthe & Thomas, *Professional Content Management Systems* (2004).

<sup>472</sup> Mauthe & Thomas, *Professional Content Management Systems* (2004).

## 5. NÅGRA SAMMANFATTANDE KOMMENTARER OM DEN ELEKTRONISKA RÄTTIGHETSHANTERINGENS POTENTIELLA INVERKAN PÅ UPPHOVSRÄTTEN

Det verkar finnas ett dialektiskt samband mellan organisatoriska och andra innovationer som gäller möjligheterna att kontrollera användning och uppfattningarna om upphovsrättens omfattning. Tiden kommer att utvisa vilken inverkan DRM-systemen får, men det är viktigt för lagstiftare (*policy makers*) att begrunda vilka de potentiella effekterna är eller bör vara.

De faktiska möjligheterna att kontrollera användning har kraftigt utvecklats och i dag är det till och med möjligt att täppa igen ”det analoga hålet”, som möjliggjort verks användning i analog form. Det här innebär i än högre grad möjligheter att konstruera helt säkra (och kontrollerade) användningsmiljöer. På det principiella planet är detta en viktig utveckling. De som har ansett att man inte behöver oroa sig över DRM-systemens eventuella negativa effekter på upphovsrättens inskränkningar och de värderingar dessa baserar sig på har nämligen ofta hänvisat till DRM-systemens *ofullständighet* (i sista hand det analoga hålet) som ett skäl till att inte särskilda åtgärder behöver vidtas för att säkra dessa intressen.

Omfattningen av den kontrollrevolution DRM innebär beror på det rättsliga stöd rättsinnehavarens rätt att påföra DRM får samt den rättsliga styrningen av utveckling och användning av DRM. Ett obegränsat rättsligt skydd av DRM kan, särskilt i kombination med frånvaron av inskränkningar av rättsinnehavarens rättighet att påföra DRM-system, användningsvillkor och självhjälpssystem, medföra en omfattande förskjutning av kontrollmakten. Denna förskjutning gäller i värsta fall inte endast förhållandet mellan rättsinnehavare och användare, utan innebär i förlängningen en privatisering av policyn för samhällets informationshantering och kommunikation.

Denna dystra syn på DRM-systemens inverkan på upphovsrättens omfattning utgör den ena ytterligheten, medan den andra ytterligheten gör gällande att intrång i upphovsrätten sker i en allt mer omfattande grad trots att det rättsliga skyddet av upphovsrätten förstärkts och trots förbudet mot kringgående av DRM-system.

Till och med fildelningsnätverken, som utgör förebilden för det ultimata hotet mot rättsinnehavarnas intressen, har i allt större grad marginaliserats och stängts som en följd av rättsliga processer<sup>473</sup>. Det finns därför knappast fog för att utgå från att upphovsrätten saknar praktisk betydelse som en följd av svårigheterna att säkerställa den i den digitala globala verksamhetsmiljön. Å andra sidan är det knappast tänkbart att DRM-system som ett medvetet rättspolitiskt val helt skulle tillåtas åsidosätta grundläggande rättigheter till information och kommunikation.

Kvar blir dock det faktum och den grundläggande uppfattningen att upphovsrätten näp-

<sup>473</sup> Sex av sju fildelningsnätverk som RIAA vidtagit åtgärder mot har enligt uppgift tvingats avsluta sin verksamhet. Kotilainen, Edonkey-vertaisverkko kiinni ja jättikorvauksiin. Tietokone 13.9.2006.

peligen kan undgå att förändras som en följd av de allt mer omfattande möjligheterna att påföra kontrollåtgärder. Huruvida denna förändring kommer att ske i det allmännas intresse (och med beaktande av användarnas intressen) eller helt och hållet på rättsinnehavarnas villkor återstår att se. Mycket beror på rättssamfundets, inklusive lagstiftarnas, uppfattningar om DRM-systemen och vilka funktioner dessa har eller borde ha inom det (upphovs)rättsliga systemet.

Det är möjligt att skyddet av DRM-system (inklusive avtal) i kombination med en förstärkning av det lagstadgade upphovsrättsliga skyddet leder till ett paradigmskifte som innebär att all användning är förbjuden ifall särskild auktorisation inte i förväg skaffats av rättsinnehavarna. I detta fall skulle det rättsliga skyddet alltså vara betydligt mer omfattande än vad det varit traditionellt. Alternativt kan det upphovsrättsliga skyddet göras gällande endast i de fall då verket skyddats genom DRM-system. I detta fall skulle det rättsliga skyddet alltså i praktiken vara beroende av att rättsinnehavarna vidtar vissa åtgärder för att vidmakthålla sina rättigheter.

Det att utvecklingen av DRM-system i första hand skett på basen av rättsinnehavarnas intressen har också fått följder för vilka funktioner som i främsta hand utvecklats. Man kan notera att man lagt ner mycket resurser på att skapa säkra användningsmiljöer, det vill säga system inom vilka verket kan användas endast inom ramen för användningsvillkoren samt där användning på ett pålitligt sätt kan säkerställas.

Däremot finns det inga *heltäckande* strukturer och databaser som innehåller information nödvändig för identifiering av verk och verkstyp, upphovsmän och övriga rättsinnehavare till verket (inklusive licenstagare), information om huruvida rättigheterna är i kraft (till exempel dödsår för upphovsmännen), användningsvillkor eller information på basen av vilken man kan lokalisera verket (i digitala nätverk) och rättsinnehavarna (det vill säga deras kontaktuppgifter). Sådan information samt åtgärder avsedda att säkra verkets integritet kan vara av stor betydelse även med tanke på användarnas intressen.

Det står klart att DRM-system medger en kontroll av sådan art och i sådan omfattning som i det traditionella analoga upphovsrättsparadigmet inte varit möjligt. DRM-systemen förändrar alltså på ett fundamentalt sett det traditionella upphovsrättsparadigmet (och bland annat upphovsrättens begränsningar och inskränkningar), som baserar sig på att det är omöjligt att utöva faktiskt kontroll över användning efter att verket en gång gjorts tillgängligt för allmänheten. Vilken roll DRM-systemen kommer att få som kontrollsystem inom upphovsrätten och dess effekter på det upphovsrättsliga skyddets uppkomst och omfång samt inverkan på andra rättigheter till information kommer alltså att vara beroende av det utrymme och incitament för utveckling av DRM-system som lagstiftningen erbjuder.



# IV. Regleringen av elektronisk rättighetshantering

*“The greatest obstacle to discovery is not ignorance – it is the illusion of knowledge”*

- Daniel J. Boorstin

## 1. INLEDNING

### 1.1. Ändamålet med genomgången av gällande reglering

Ändamålet med genomgången av gällande reglering i detta kapitel är att analysera på vilket sätt det upphovsrättsliga skyddet av elektroniska rättighetshanteringssystem genomförts. Först redogörs för det materiella innehållet i stadgande om skydd av DRM-system i WIPO:s *Internetkonventioner*<sup>474</sup> och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (*upphovsrättsdirektivet*). Av särskilt intresse är här naturligtvis finsk rätt och i viss mån även nordisk rätt. Redan tidigare hade man i EG-rätten intagit bestämmelser om skydd av tekniska åtgärder gällande datorprogram i det s.k. datorprogramdirektivet<sup>475</sup>, och även dessa stadganden behandlas till relevanta delar här. Till den del upphovsrättsdirektivet ger medlemsländerna utrymme för skönsmässig bedömning gällande det rättsliga skyddet av DRM-system redogörs även för sådana regleringsmodeller som uppkommit i samband med det nationella genomförandet.

Eftersom USA var det första landet att på basen av WIPO:s Internetkonventioner ändra sin upphovsrättslagstiftning genom Digital Millennium Copyright Act (DMCA)<sup>476</sup> år 1998, har den amerikanska lagstiftningen fått stå som utgångspunkt då man i olika länder har funderat på den egna lagstiftningens utformning<sup>477</sup>. I denna avhandling kommer vissa jämförelser med DMCA att göras för att åskådliggöra skillnader mellan regleringen i USA och Europa och hur det rättsliga skyddet av elektroniska rättighetshanteringssystem har utvecklats.

Trots att det primära föremålet för analys i detta kapitel är det rättsliga skyddet av DRM-system i *upphovsrättslagstiftningen* utesluter synvinkeln inte helt och hållet analys av icke-

<sup>474</sup> WIPO Copyright Treaty (WCT) och WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), godtagna av WIPO:s diplomatiska konferens i Genève, den 20 december 1996. WCT trädde ikraft den 6.3.2002 och WPPT den 20.5.2002. Per den 20 augusti 2006 hade 59 länder anslutit sig till WCT och 58 till WPPT.

<sup>475</sup> Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

<sup>476</sup> Relevant tidigare lagstiftning gäller förbud mot import, tillverkning och tillhandahållande av tjänster och varor som kringgår, eller digitala musiklagringsapparater som inte uppfyller standarden för SCMS (serial copy management system) (17 U.S.C. § 1002(a)). I 47 U.S.C. § 553 (a)2 förbjuds också tillverkning eller tillhandahållande av medel för oauktorerat mottagande av kabeletelevisionsprogram samt i 47 U.S.C. § 605(e)4 tillverkning, montering, import och försäljning av medel för oauktorerad dekryptering av satellitkabelprogram.

<sup>477</sup> Det är rätt tydligt att DMCA har stått som förebild för den europeiska regleringen, trots att man inte uttryckligen har nämnt detta. Likheter i lagstiftningen kan knappast vara ett sammanträffande.

upphovsrättslig lagstiftning som dock har direkta konsekvenser för det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder. Det här gäller i första hand stadganden som gäller rättsligt skydd av tekniska åtgärder som gäller *innehåll* eller *tjänster*, dvs. det skydd av tekniska åtgärder som stadgas om i direktivet om villkorade tjänster.<sup>478</sup>

Genomgången av den rättsliga regleringen av DRM-system genomförs genom en dekonstruktion av lagstiftningen som utgår från olika intressenters intressen och potentiella rättigheter eller skyldigheter visavi DRM-system. Genomgången avser att erbjuda en inblick i utvecklingen av den rättsliga regleringen av DRM-system.

När man undersöker hur elektronisk rättighetshantering reglerats är det naturligt att det specifika rättsliga skyddet av DRM-system utgör kärnan. Fokus ligger då framförallt på *rätten att vidta tekniska kontrollåtgärder* samt *begränsningar av denna rätt* samt *rättsinnehavarnas eventuella direkta eller indirekta skyldighet att vidta åtgärder* för att skydda sina intressen.

En rätt att vidta tekniska kontrollåtgärder kan antingen utgöras av att rättsordningen inte ingriper ifall rättsinnehavaren påför elektroniska rättighetshanteringssystem eller att rättsinnehavarens frihet att påföra elektroniska rättighetshanteringssystem skyddas genom stadganden som förbjuder kringgående av DRM-system. Begränsningar av en rättighet att vidta tekniska kontrollåtgärder kan utgöras av direkta förbud mot sådana åtgärder eller andra mekanismer med hjälp av vilken rättsinnehavarens kontrollposition begränsas. Direkta eller indirekta skyldigheter att vidta åtgärder kan uppkomma som en följd av direkta påbud eller formföreskrifter eller genom att rättsinnehavaren helt enkelt får lida för eventuella men och förluster på grund av att man låtit bli att vidta åtgärder. Med en skyldighet att vidta åtgärder avses alltså även sådana indirekta skyldigheter som inte sanktioneras utan där följden blir att rättsinnehavaren helt enkelt får lida den skada som uppkommer.

I samband med rättigheter och skyldigheter att vidta åtgärder för att skydda rättsinnehavarens intressen bör man beakta de eventuella kontrolluppgifter som påförs aktörer i nyckelposition. Den riskfördelning lagstiftningen ådagalägger är alltså viktig med tanke på en evaluering av lagstiftningens principiella konsekvenser.

En ytterligare fråga är *skyldigheten för medie- och elektronikindustrin att beakta standarder gällande DRM-system* samt följderna av att inte göra det samt dessutom eventuella *konfliktsituationer mellan DRM-system och egenskaperna i användarnas data- och mediesystem*.

Genomgången av lagstiftningen kommer alltså att fokusera på detaljer som är av vikt för upphovsrätten och kommunikationsmiljön, och speciellt balansen mellan upphovsrättsinnehavarnas och användarnas rättigheter ur informationsrättsligt perspektiv. Därför torde det vara på sin plats att börja analysen med att fundera över vilka aktörerna i det upphovsrättsliga spelet är, speciellt med beaktande av de intressenter som kan komma att ha ett upphovsrättsligt ansvar<sup>479</sup>. Den inom upphovsrättsdoktrinen vanliga indelningen i *upphovsmän*

<sup>478</sup> 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. I Finland har direktivet implementerats genom lagen om förbud mot vissa avkodningssystem (1117/2001, 30.11.2001). Lagen trädde i kraft den 1 januari 2002. I samband med den nya lagen infördes genom lag nr 1118/2001 ett nytt straffstadgande om avkodningssystemsbrott i kapitel 38 i strafflagen.

<sup>479</sup> Utanför analysen förblir alltså t.ex. verksamhet som gäller penningtransaktioner (banker, kreditbolag mm.) som kan ha en andel i den kommersiella transaktionen med innehåll, men som knappast kan tänkas ha något till upphovsrätten anknutet ansvar eller intresse. Däremot utesluts inte till exempel tillverkare av fildelningsprogram eller tjänsteleverantörer inom kommunikationssektorn.



kontra *nyttjare*<sup>480</sup> ter sig som alltför grov för att i tillräcklig mån särskilja mellan olika intressen och intressenter i dagens upphovsrättsliga diskussion och särskilt med beaktande av de aktörer som berörs av regleringen.

## 1.2. Identifiering av aktörerna

En analys av den rättsliga regleringen av kontrollåtgärder måste utgå från en identifiering av de rättsligt relevanta aktörerna och deras specifika intressen. Indelningen är dynamisk, dvs. en och samma part kan tillhöra olika grupper av aktörer beroende på sina funktioner. Aktörerna definieras utgående från om de kan antas ha speciella intressen samt rättigheter och skyldigheter visavi DRM-system. Olika aktörer kan ha olika intressen och möjligheter att utöva kontroll över och nyttja innehåll. Indelningen av intressen och intressenter utgör en grund både för att avgöra olika aktörers rättigheter och skyldigheter samt hur den upphovsrättsliga regleringen förhåller sig till dem.

*"People make stuff. People use stuff. People do deals about stuff"*. Så lyder *Indec's model of commerce* som inom området för utveckling av DRM-system fått en rätt stor genomslagskraft<sup>481</sup>. En alltför förenklad modell av denna typ döljer den intressediversitet som sammanhänger med den upphovsrättsliga verksamhetsmiljön. Det är nämligen inte alltid endast fråga om business, utan många aktörer har även icke-kommersiella intressen.

Följande faktorer är relevanta för en indelning:

1. Är det fråga om en privatperson eller ett företag?
2. Är det fråga om kommersiellt nyttjande, privat eller annat icke-kommersiellt eller icke-professionellt nyttjande eller nyttjande som en del av offentlig service eller myndighetsverksamhet<sup>482</sup>?
3. Tillhör användaren en kategori som enligt upphovsrättslagen får en ensamrätt, en närstående rättighet eller en rätt av sitt eget slag?
4. Binder regleringen utomstående parter, dvs. sådana som varken är innehavare av en upphovsrätt eller en närliggande rättighet eller som nyttjar verket på ett upphovsrättsligt relevant sätt?

Upphovsrätten har traditionellt utgått ifrån att upphovsrätten tillhör *fysiska personer* som skapar verk eller framför dem (upphovsmän och utövande konstnärer). Med upphovsmän kan

<sup>480</sup> Med "upphovsman" avses innehavare av till upphovsrätten hörande rättigheter och med "nyttjare" (eller "användare") de som använder ett verk på ett upphovsrättsligt relevant sätt, dvs. genom att framställa exemplar av verket eller göra det tillgängligt för allmänheten.

<sup>481</sup> Bearman et al, *A Common Model to Support Interoperable Metadata* (1999).

<sup>482</sup> Man brukar ofta göra en indelning i kommersiellt och icke-kommersiellt bruk. En sådan indelning är dock inte helt skarp-skuren och föranleder oundvikligen i vissa fall tolkningsproblem. Med kommersiellt bruk brukar avses professionellt nyttjande. Som hjälpnorm kan man säga att man med professionellt nyttjande avser användning som konkurrerar med rättsinnehavarens verksamhet. I kommersiellt bruk inkluderas dock även sekundärt massnyttjande i förvärvssyfte, till exempel sändning av en film i nationell TV. I det följande kommer begreppet icke-kommersiellt bruk att användas som samlingsbeteckning för allt sådant användande som inte gäller produktion och tillgängliggörande av verk för omsättning på marknaderna. Icke-kommersiellt bruk i denna vida betydelse inkluderar därmed även *slutanvändning* av näringsidkare samt användning inom ramen för myndighetsverksamhet, undervisning mm. Med icke-kommersiellt bruk avses alltså förutom nyttjande för personligt bruk, även nyttjande för en juridisk persons interna bruk, dvs. bruk som inte utgör en del av dess verksamhetsfält.

även jämföras sådana *juridiska personer*, till vilken upphovsrätten överförs på basen av ett lagstadgande, såsom till exempel arbetsgivarens rätt till datorprogram. Ibland uppkommer separata rättigheter för juridiska personer, såsom de närliggande rättigheterna för musik- och filmindustri samt sändarföretag. Man brukar ibland kalla dessa grupper med ett gemensamt namn *innehållsproducenter*<sup>483</sup>. Typiskt för innehållsproducenterna är att det är de som investerar mänskliga och ekonomiska resurser i den skapande verksamheten eller innehållsproduktionen, och att de är i behov av skydd mot ”fripassagerare”<sup>484</sup>.

Det finns dessutom olika grupper av *kommersiella sekundära nyttjare*, vars affärsidé inte baserar sig på ett nyttjande som förutsätter *exklusivitet*. Exempel på dylika kommersiella nyttjare är videouthyrningsfirmor och diskotek.<sup>485</sup> De kommersiella sekundära nyttjarna kan ofta beskrivas som massnyttjare som sällan har behov av en ensamrättslicens för att hindra ”fripassagerare”. Upphovsmannens intresse gentemot de kommersiella massnyttjarna är av utpräglad ekonomisk art, eftersom det sällan påverkar upphovsmannens grundläggande möjligheter att få ut sitt verk på marknaden. Istället handlar det om att kontrollera marknaden över upphovsrättsliga verk och rättsinnehavarens intresse av att erhålla en del av den ekonomiska vinst som handeln med deras verk genererar.

Därutöver finns det aktörer, som berörs av den upphovsrättsliga regleringen på basen av att de innehar något slag av *nyckelposition*, men som inte direkt har ett affärsmässigt intresse av att nyttja innehåll i upphovsrättslig mening. Vanligen är det grupper som på basen av sin ställning har möjlighet att kontrollera tillgång till verk och kommunikation. Till dessa grupper hör till exempel operatörer inom telekommunikationssektorn samt elektronikproducenter. Även upphovsrättsorganisationerna kan anses inneha specialuppgifter som kan ställa dem i nyckelposition, till exempel med tanke på olika licenseringssystem och speciellt då med tanke på avtalslicenssystemet.

Det kan diskuteras huruvida även myndigheter, som har särskilda uppgifter inom ramen för verkställighet av relevanta lagstadganden, kan anses inneha en nyckelposition. Ifall till exempel kommunikationsverket på basen av sin skyldighet att sköta marknadsövervakningen av dekodningssystem kan påverka utformningen av dekodningssystem, kan man tänka sig att myndigheten erhåller en nyckelposition<sup>486</sup>. I enlighet med gällande stadganden torde så inte vara fallet, eftersom kommunikationsverkets uppgifter begränsas sig till att övervaka marknaderna enbart för sådana dekodningssystem som avses i lag 1117/2001 om förbud av vissa dekodningssystem och verket inte heller har några uppgifter i anslutning till utformningen av dekodningssystem.

<sup>483</sup> Jämförbara med innehållsproducenter är sådana kommersiella aktörer såsom exempelvis förlagen, som inte på basen av upphovsrättslagen erhåller några separata rättigheter, men som i likhet med till exempel skivbolag utgör porten till allmänheten, det vill säga som ansvarar för att första gången föra ut innehåll på marknaden.

<sup>484</sup> Skyddet mot ”fripassagerare” (*free-riders*), dvs. en form av otillbörlig konkurrens, utgör en av de grundläggande teoretiska justifieringarna av den upphovsrättsliga ensamrätten och kallas vanligen upphovsrättens *incitaments teori*. Teorin baserar sig på att den skapande verksamheten är dyrbar i jämförelse med reproduktions- och distributionskostnaderna för det färdiga verket. En juridisk ensamrätt är därför nödvändig för att hindra att en annans investering utnyttjas till egen fördel, varvid ”fripassageraren” slipper de sjunkna kostnader (*sunk costs*), som den skapande verksamheten förorsakar.

<sup>485</sup> Gruppen av kommersiella sekundära nyttjare är mycket heterogen och kan tänkas inkludera även successiva upphovsmän, till exempel en översättare (som erhåller upphovsrätt till översättningen, men inte till det upphovsrättsliga verket). Skillnaden mellan kommersiella innehållsproducenter och annat kommersiellt nyttjande är inte skarpskuren. Ett bokförlag kan samtidigt vara en innehållsproducent och en kommersiell nyttjare. Klassificeringen av olika grupper av aktörer sker därför här med tanke på olika funktioner. Inget hindrar att ett företag kan ha olika funktioner och att det därmed kan tillhöra olika grupper av aktörer.

<sup>486</sup> Om kommunikationsverkets uppgifter visavi övervakning av dekodningssystem stadgas närmare i lag om kommunikationsförvaltningen 29.6.2001/625 och Statsrådets förordning om kommunikationsförvaltningen 60/2004.

Slutligen finns en heterogen grupp av sådana som kan benämnas *slutanvändare*. Slutanvändare består dels av fysiska personer såsom konsumenter som nyttjar verk för personligt bruk. Dessutom kan som slutanvändare anses näringsidkare och juridiska personer som nyttjar verk på ett med privat konsumtion jämförligt sätt. Om ett företag skaffar sig ett datorprogram för att användas inom personaladministrationen kan detta räknas som slutanvändning. Typiskt för det som kan klassificeras som slutanvändning är att det är fråga om nyttjande som hör till slutet av verkets värdekedja. Nyttjandet är sekundärt i förhållande till den egentliga verksamheten och leder inte till att verket förädlas för att sättas i kommersiellt omlopp.

Uppfattningen om vad som utgör kommersiellt eller därmed jämförbart nyttjande har uppenbarligen gradvis förskjutits. Den klaraste formen av kommersiellt nyttjande är sådant där verkets användning sker i förvärvssyfte, det vill säga i vinstinbringande syfte. Förvärvsverksamhet, där verksanvändningen endast indirekt är vinstinbringande, till exempel där spridning av verket finansieras med reklamintäkter (till exempel kommersiell radio), utgör ännu ett relativt klart exempel på kommersiellt nyttjande. Man har dock börjat betrakta annat nyttjande inom förvärvsverksamhet som kommersiellt nyttjande i upphovsrättslig mening. Till exempel industrimusikstadgandet som härstammar från 1960-talet motiverades med att industriägaren ansågs erhålla ekonomisk vinning av framförandet av musik, eftersom det ökade produktiviteten<sup>487</sup>. Sådant användning klassificeras dock här som slutanvändning. Man har också inom upphovsrätten så småningom börjat betrakta all användning som har en potentiell negativ inverkan på rättsinnehavarnas utkomstmöjligheter som relevant ur upphovsrättslig synvinkel. Detta gäller exempelvis kopiering inom undervisnings- och forskningsverksamhet och kopiering för privat bruk. Numera har kommersialitetskravet helt tappat sin betydelse, vilket har lett till att rättsinnehavarna har rätt att erhålla ersättning för att personer som hör till allmänheten har tillträde till taxibilar försedda med radio eller CD-spelare<sup>488</sup>.

Den gruppering av aktörer som här har gjorts är inte direkt bunden till vad som enligt upphovsrättslagen är upphovsrättsligt relevant användning, eftersom gällande rätt i allt mindre grad beaktar huruvida nyttjandet är kommersiellt eller inte och huruvida den kommersiella verksamheten utgör en konkurrensfaktor. De kriterier som på ett teoretiskt plan särskiljer olika typer av användning är för det första huruvida det är fråga om egentlig innehållsproduktion med investeringar i den skapande processen och därtill hörande risktagning eller kommersiellt (mass)nyttjande som inte inbegriper stora investeringar i innehållsproduktion. Man kan därutöver skilja mellan kommersiellt nyttjande, där nyttjandet är en del av näringsverksamheten men som inte är specialiserat på innehållsproduktion, och slutanvändning, där nyttjandet är helt sekundärt i förhållande till nyttjarens näringsverksamhet och som är att jämföra med (privat) konsumtion.

---

<sup>487</sup> RP 23/1960, s. 2.

<sup>488</sup> HD 2002:101.

### 1.3. Identifiering av aktörernas intressen och intressekonflikter visavi elektroniska rättighetshanteringssystem

En analys av regleringen av DRM-system bör göras i skenet av de presumtiva intressen gällande elektroniska rättighetshanteringssystem som olika grupper av aktörer har. Det bör dock påängteras att en analys av regleringen baserad på olika aktörer och deras presumtiva intressen inte ger en fullständig bild av situationen, eftersom den koncentrerar sig på olika aktörers rättigheter och skyldigheter, och inte belyser den värdegrund och balans mellan olika värderingar som lagstiftningen baserar sig på. En dylik analys måste göras separat.

*Upphovsmannens eller övriga innehållsproducenters intresse* visavi elektroniska rättighetshanteringssystem är för det första att ha frihet att påföra DRM-system då så önskas. Detta är viktigt för att skydda de investeringar som görs i innehållsproduktionen. Det torde vara ett allmänt erkänt faktum att de förbättrade möjligheterna att framställa perfekta kopior samt möjligheten till effektiv (och billig) kopiering och överföring av kopior hotar att radikalt minska innehållsindustrins verksamhets- och utkomstmöjligheter. En brist på rättsligt skydd av DRM-system skulle undergräva en modern och effektiv innehållsproduktion. De möjligheter för nya affärsmodeller som den digitala miljön medför skulle också förbli outnyttjade<sup>489</sup>.

Det ligger också i innehållsproducenternas intresse att reducera sina kostnader för kontroll av nyttjande. Därför ligger det i deras intresse att rationalisera kontrollen samt i mån av möjlighet överföra skyldigheten att kontrollera nyttjande till andra aktörer. Det kan presumeras att de strävar mot en fullständig kontroll av innehållsmarknaden samt allt nyttjande av innehåll, vare sig ideellt eller kommersiellt<sup>490</sup>.

En särskild utveckling i denna riktning är övergången mot ett upplevelsesamhälle. Upplevelseindustrin är inget nytt fenomen för upphovsrätten. Teater, biografer och konserter kan nämnas bland den traditionella upplevelseindustrin. I ett upplevelseinriktat samhälle eftersträvar innehållsproducenterna i allt högre grad en kontroll av marknaderna för upplevelser. Man strävar alltså efter att ta betalt för konsumtion av innehåll istället för försäljning. Elektroniska rättighetshanteringssystem möjliggör en anpassning till dylika affärsmodeller. Det är sen en annan fråga huruvida övergången mot ett upplevelsesamhälle ger anledning att modifiera det upphovsrättsliga skyddet och expandera det till en ensamrätt för upphovsmannen att kontrollera konsumtionen av verk (dvs. läsa, lyssna på eller se ett verk). Detta är dock en ny spänning som uppkommit och som uppmärksammas särskilt i samband med den rättsliga regleringen av DRM-system<sup>491</sup>.

Viktiga normativa frågor ur upphovsmannens synvinkel är således: 1) det rättsliga skyddet av DRM-system och allmänna begränsningar av skyddet av elektroniska rättighetshanteringssystem, 2) friheten att disponera över digitala objekt med hjälp av DRM-system, och speciellt

<sup>489</sup> Då man talar om nya affärsmodeller avser man oftast olika typer av on-demand-tjänster såsom digital uthyrning av videofilmer och licensering av musik till konsumenter, superdistributionsmodeller baserad på sk. "peer marketing", möjligheten att bjuda på smakbitar av innehållet innan licensering mm.

<sup>490</sup> Med fullständig kontroll avses inte i detta sammanhang att rättsinnehavaren nödvändigtvis strävar till att upprätthålla en fullständig kontroll gentemot konsumenter och andra slutanvändare, men nog i förhållande till konkurrenter. Rättsinnehavares främsta syfte kan presumeras vara vinstmaximering. Till den del det är ekonomiskt fördelaktigare för rättsinnehavare att falla tillbaka på alternativa licenseringssystem såsom avtalslicens, tvångslicens eller upphovsrättsliga avgifter, kan rättsinnehavarna presumeras överge användning av DRM-system.

<sup>491</sup> Cohen, A Right to Read Anonymously (1996). Benkler, From Consumers to Users (2000).

rättsliga inskränkningar av denna frihet, 3) kvalitetskrav angående elektronisk rättighetshandling, 4) upphovsrättsliga anspråk beroende av att åtgärder vidtagits för att skydda de upphovsrättsliga intressena, samt 5) riskfördelningen gällande kontrollen av nyttjande, inklusive huruvida det är tillåtet att digitalisera verk och sprida verk i oskyddad form samt huruvida tredje parter, t.ex. operatörer och elektronikproducenter, kan åläggas att beakta DRM-system vid utformningen av varor och tjänster.

De *kommersiella massnyttjarna* har intresse speciellt av att rättighetsförvaltningen fungerar. En effektivisering av rättighetsförvaltningen, inklusive möjligheterna att snabbt, enkelt och billigt identifiera rättighetsinnehavare, sänker markant transaktionskostnaderna för förvärvande av licenser. Därmed minskar kraftigt en stor utgiftspost i deras affärsverksamhet, vilket gör verksamheten mera lönsam. Eventuella nödvändiga investeringar i datorprogram som möjliggör en effektivisering av licenseringsprocessen utgör för dem en liten kostnad för att åstadkomma den kostnadsinbesparing som kan göras genom att effektivera processen. Detta naturligtvis förutsatt att automatiseringen och datoriseringen av licenseringsprocessen är enhetlig och beaktar behovet av samverkansförmåga.

Med tanke på de kommersiella massnyttjarnas intressen utgör tvångs- eller avtalslicenssystem en struktur som konkurrerar med DRM-system. Till den del DRM-systemen sänker transaktionskostnaderna ökar trycket på en övergång mot individuell licensering. Detta har åtminstone i den finska lagstiftningen redan tagit sig uttryck i att avtalslicensstadganden urvattnats genom införande av en förbuds rätt. Även om det alltså i princip finns en möjlighet att basera verksamheten på en avtalslicens kan det med tanke på tryggande av verksamheten te sig förmånligare att ty sig till individuell licensering.

Eftersom det i princip ligger i både licensgivarens och licenstagarens intresse att effektivera licenseringsprocessen borde det finnas förutsättningar att åstadkomma kompatibla lösningar på längre sikt. Endast i vissa särskilda fall kan licensgivaren eller licenstagaren, ifall DRM-systemen utvecklats av denne, sträva till inkompatibilitet för att binda affärspartnern och hindra en fri konkurrens med andra inom samma bransch. I dessa fall kan konkurrensrättsliga frågeställningar uppkomma.

Vissa typer av tekniska åtgärder, som är inkompatibla med de datorsystem och format som används, kan utgöra ett problem. Eftersom licensgivarens möjlighet att inkassera licensavgift är beroende av att licenstagaren kan tillgodogöra sig licensobjektet, torde detta problem dock i verkligheten vara marginellt och kunna åtgärdas inom ramen för kontraktsförhållandet.

Eftersom de kommersiella massnyttjarna vanligen utgör ett mellanled mellan uphovsmän och andra innehållsproducenter samt slutanvändare har de intresse av att veta vilken skyldighet de har att beakta uphovsmannens intressen vid utformningen av e-handel med innehåll, till vilken del de kan kräva att innehållsproducenterna deltar i kostnaderna för skyddet av immateriell egendom, samt kvalitetskrav och eventuella begränsningar av deras frihet att utforma den elektroniska handeln med innehåll. Dessa begränsningar kan bestå i en skyldighet att beakta slutanvändarens intressen på basen av konsumenträttsliga, uphovsrättsliga eller andra rättsliga specialstadganden.

*Slutanvändaren* har intresse av att innehåll finns tillgängligt i en form och av det slag som är så användbart som möjligt med tanke på användarens behov och så förmånligt som möjligt. Då det gäller DRM-system som förenklar processen för att hitta och licensera (eller köpa) innehåll och garantera innehållets autenticitet och integritet, uppfattas elektroniska

rättighetshanteringsystem vanligen som något positivt. Ur slutanvändarens synvinkel kan DRM-system innebära ett hot mot möjligheterna att använda innehåll på ett ändamålsenligt sätt. I förhållande till den som tillfört elektroniskt skydd står slutanvändaren i en underordnad position; hans möjlighet att lagligen använda innehållet är beroende av standardavtal (masslicenser) och den tekniska användningsomgivningen, inklusive exempelvis kopieringskydd. De viktigaste frågorna ur slutanvändarens synvinkel utgörs av huruvida och under vilka omständigheter han har rätt att kringgå tekniska åtgärder eller information rörande rättighetsförvaltning, på vilka villkor han blir bunden av licensavtalet, samt huruvida och hur användarrättigheter genom lagstiftning skyddas till den del licensvillkor eller tekniska åtgärder utgör ett hot mot slutanvändarens intressen.

*Tredje personer i nyckelposition* har vanligen inget eget intresse av att skydda andras immateriella egendom. För de parter som innehar nyckelpositioner i kommunikationsinfrastrukturen utgör de viktigaste frågorna huruvida de bär ett ansvar för upphovsrättsbrott som begås av andra samt vilka åtgärder de bör vidta för att tillse rättsinnehavarnas intressen enligt lagen. Dessutom är det viktigt att veta huruvida en tjänst eller vara som utvecklas av en person i nyckelposition anses vara avsedd för kringgående av tekniska åtgärder eller leda till att information gällande rättighetsförvaltning modifieras på ett sätt som skulle leda till civil- eller straffrättsligt ansvar enligt den lagstiftning som implementerar upphovsrättsdirektivets 6 och 7 artikel. Vad gäller myndigheters ställning som garant för ett effektivt skydd av elektroniska rättighetshanteringsystem behandlas här inte närmare de allmänna skyldigheter som berör förundersökning, åtal, domstolsförfarande och verkställighet av dom. Här beaktas endast eventuella särskilda skyldigheter som berör övervakning av tillämpning av DRM-system, inklusive medling av motstridiga intressen i specifika fall, samt marknaderna för DRM-system eller dekodningssystem.

De största uppenbara *intressekonflikterna* berör för det första slutanvändarnas intressen att fritt nyttja innehåll och rättsinnehavarnas intressen att kontrollera användning, samt för det andra rättsinnehavarnas intresse av att reducera kostnaderna för övervakning av användning och tredje persons ansvar för övervakning på basen av sin nyckelposition.

Dessa konflikter får på ett mera abstrakt plan sitt uttryck i konflikter mellan olika principer och värderingar. *De facto* utgör indelningen i olika typer av intressenter en abstraktion som inte alltid har en konkret motsvarighet. Detta problem gäller speciellt kategorin ”användare” eller ”slutanvändare”, där man lika väl kunde hänvisa till de kommande generationernas behov av tillgång till information (vilka ju alltså inte kan beskrivas som konkreta rättssubjekt, utan man kan närmast se ”kommande generationers behov” som en värdering). Ett annat exempel är skillnaderna mellan olika användarkategorier, där det i verkligheten inte är relevant om det är fråga om olika rättssubjekt. Det relevanta är frågan om principerna för begränsning av användning med hänvisning till upphovsrätt samt om balansen mellan olika typer av intressen till information.

Indelningen i olika kategorier av intressenter används här för att på en elementär nivå kunna särskilja mellan olika intressenter och deras rättigheter och skyldigheter visavi elektronisk rättighetshandling<sup>492</sup>. Detta rättssubjektcentrerade synsätt är trots allt det förhärskande

---

<sup>492</sup> Detta synsätt har använts inom den analytiska skolan, som har varit det förhärskande paradigmet inom privaträtten under 1900-talet.



paradigmet, och kan användas dels för att klargöra olika intressenters rättsliga position visavi skyddet av DRM-system och dels för att framhäva de problem detta rättssubjektcentrerade synsätt föranleder.

## 2. DET GRUNDLÄGGANDE RÄTTSLIGA SKYDDET AV DRM-SYSTEM

### 2.1. Skydd av tekniska åtgärder

Rättsinnehavarnas behov av ett effektivt rättsligt skydd har tillmötesgåtts genom stadganden om skydd av ”teknologiska åtgärder” och ”information rörande rättighetsförvaltning”<sup>493</sup>. Grunden för skyddet av DRM-system står att finna i WIPO:s Internetkonventioner, dvs. WIPO Copyright Treaty (WCT) och WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)<sup>494</sup>. Artikel 11 i WCT gäller skydd mot kringgående av teknologiska åtgärder och har sin motsvarighet i artikel 18 i WPPT. Den centrala delen av texten rörande skyddet mot kringgående av teknologiska åtgärder lyder på följande sätt: ”*Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used ... in connection with the exercise of their rights ... and that restricts acts ... which are not authorized (by the rights holder) or permitted by law.*”

Av texten framgår klart att syftet med artikeln är att erbjuda ett effektivt rättsligt skydd av mekanismer med hjälp av vilka rättsinnehavare försöker skydda sina på upphovsrätt baserade rättigheter. Avsikten är alltså att skydda rättsinnehavaren *mot interventioner* gällande vissa typer av tekniska skyddsmekanismer med hjälp av vilka rättsinnehavaren skyddar sina legitima intressen. Man bör särskilt lägga märke till att skyddet av tekniska åtgärder inte anknyts till intrång i en ensamrätt som tillhör upphovsrätten, utan att *kringgående av en teknisk åtgärd är förbjudet oberoende av om följden är ett intrång i upphovsrätten*.

WIPO:s Internetkonventioner utgår från att skyddet av tekniska åtgärder överensstämmer med omfattningen av det upphovsrättsliga skyddet<sup>495</sup>. Detta hindrar inte att man vid uppfyllandet av de internationella skyldigheterna enligt konventionerna stadgar om ett mer omfattande skydd av tekniska åtgärder än vad konventionerna förutsätter. Så har också skett, eftersom man i upphovsrättsdirektivet, liksom även i USA:s Digital Millennium Copyright Act, utgår från att man även bör *bindra uppkomsten av en laglig marknad för tjänster och produkter för kringgående av tekniskt skydd*<sup>496</sup>. Orsaken till denna utvidgning av förbudet mot kringgående av tekniska åtgärder var att det skulle vara synnerligen svårt, ja i praktiken omöjligt, att övervaka

<sup>493</sup> Jfr. WCT, art. 11 och 12, WPPT, art. 18 och 19 samt upphovsrättsdirektivet, art 6 och 7. I USA har man i Digital Millennium Copyright Act (DMCA) motsvarande stadganden i § 1201 och § 1202.

<sup>494</sup> Godtagna av WIPO:s diplomatiska konferens i Genève, den 20 december 1996. WCT trädde ikraft 6 mars 2002 och WPPT 20 maj 2002.

<sup>495</sup> Vesala, *Technological Protection of Copyright* (2004), s. 16-17.

<sup>496</sup> Upphovsrättsdirektivets art. 6.2 samt DMCA, § 1201 (a) 2.



efterlevnaden av förbudet mot kringgående av tekniskt skydd, ifall man samtidigt skulle tillåta uppkomsten av lagliga marknader för produkter och tjänster för kringgående av tekniskt skydd<sup>497</sup>.

Det grundläggande rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i upphovsrättsdirektivet lyder på följande sätt:

#### Artikel 6

##### Förpliktelser i fråga om tekniska åtgärder

1. Medlemsstaterna skall ge tillfredsställande rättsligt skydd mot kringgående 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.
2. Medlemsstaterna skall ge tillfredsställande rättsligt skydd mot 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
  - 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.
3. I detta direktiv avses med teknisk åtgärd 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 skall anses vara ”effektiva” om användningen av ett skyddat verk eller annat alster kontrolleras av rättsinnehavarna genom en åtkomstkontroll- eller skyddsprocess, t.ex. kryptering, kodning eller annan omvandling av verket eller alstret eller en kontrollmekanism för kopiering, om processen uppfyller skyddsändamålet.
4. Trots det rättsliga skyddet enligt punkt 1, i avsaknad av frivilliga åtgärder från rättsinnehavarnas sida, inbegripet avtal mellan rättsinnehavare och andra berörda parter, skall medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att rättsinnehavarna gör det möjligt för en person, som enligt nationell lagstiftning har rätt att utnyttja undantag eller inskränkningar i enlighet med artikel 5.2 a, 5.2 c-e, 5.3a-b eller 5.3 e, att utnyttja sådana undantag eller inskränkningar i den mån som behövs för att sådana undantag eller inskränkningar skall kunna utnyttjas, om denna person har laglig tillgång till det skyddade verket eller alstret i fråga.

Medlemsstaterna får även vidta sådana åtgärder när det gäller en person som har rätt att utnyttja ett undantag eller en inskränkning enligt artikel 5.2 b, om inte rättsinnehavarna redan möjliggjort mångfaldigande för privat bruk i den mån som behövs för att undantaget eller inskränkningen i fråga skall kunna utnyttjas och i enlighet med bestämmelserna i artikel 5.2 b och 5.5, utan att rättsinnehavarna hindras från att i enlighet med dessa bestämmelser vidta lämpliga åtgärder vad avser antalet exemplar vid mångfaldigandet. De tekniska åtgärder som tillämpas frivilligt av rättsinnehavarna, inbegripet sådana som tillämpas

<sup>497</sup> Se motiveringen till artikel 6 i Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, KOM(97) 628 slutlig, där man konstaterar att “den verkliga faran för immaterialrätterna inte kommer att vara att enskilda individer kringgår de tekniska anordningarna, utan att förberedande handlingar utförs av affärsföretag, som skulle kunna tillverka, sälja, hyra ut eller göra reklam för utrustning för att kringgå tekniskt skydd”.

vid genomförandet av frivilliga avtal, och tekniska åtgärder som tillämpas vid genomförandet av de åtgärder som vidtas av medlemsstaterna, skall åtnjuta det rättsliga skydd som föreskrivs i punkt 1.

Bestämmelserna i första och andra stycket skall inte 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.

När denna artikel tillämpas inom ramen för direktiv 92/100/EEG och 96/9/EG skall denna punkt gälla i tillämpliga delar.

Man kan fråga sig om det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder enligt upphovsrättsdirektivet, (liksom även enligt DMCA), även i övrigt sträcker sig längre än till ett skydd av de explicita nyttjanderättigheterna (ensamrätterna) som ingår i upphovsrätten. I upphovsrättsdirektivet hänvisar man till att skyddet av tekniska åtgärder gäller åtgärder till skydd för en rättighet enligt upphovsrätten eller en närstående rättighet eller enligt en *sui generis*-rättighet<sup>498</sup>. Man finner dock på annat håll i direktivet stöd för en vid tolkning av skyddsobjektet som innebär att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder utgör ett *skydd av rättsinnehavarens möjlighet att vidta åtgärder för att säkra sina (affärs)intressen*<sup>499</sup>. Stöd för en sådan tolkning står att finna i artikel 6.3 i upphovsrättsdirektivet, enligt vilket skyddet av tekniska åtgärder gäller bl.a. *åtkomstkontroll*<sup>500</sup>, samt i artikel 6.4 stycke 3, enligt vilket skyddet även berör *åtgärder, som tillämpas vid genomförandet av frivilliga avtal*<sup>501</sup>. Allra tydligast framkommer denna tankegång i artikel 6.4 stycke 4, enligt vilken säkerställandet av möjligheterna att utnyttja vissa av upphovsrättens undantag inte gäller verk eller alster tillgängliga på överenskomna villkor över Internet<sup>502</sup>.

Dessa stadganden vittnar om att de ensamrätter eller rätter till kompensation som upphovsrättslagen tillerkänner rättsinnehavaren inte motsvarar rättsinnehavarens behov i den moderna affärs miljön. Innehållsindustrin står inför stora förändringar som ett resultat av mediakonvergensen och de nya businessmodeller som den nya verksamhetsmiljön möjliggör. Genom ett rättsligt skydd mot kringgående av DRM-system erbjuder lagstiftaren en tillräckligt stabil miljö och tillräckliga garantier för att innehållsproducenterna skall våga satsa på att utveckla nya e-handelsmodeller.

## 2.2. Skydd av information gällande rättighetsförvaltning

Artikel 12 i WCT gäller skydd av information rörande rättighetsförvaltning och motsvaras i WPPT av artikel 19. Den centrala delen i *skyddet av information gällande rättighetsförvaltning* i

<sup>498</sup> Se upphovsrättsdirektivets art. 6.3.

<sup>499</sup> Behovet att skydda tekniska åtgärder som en förutsättning för utökad elektronisk handel med upphovsrättsliga verk framkommer även i förarbetena till DMCA, se Commerce Committee Report. 1998, s. 22 ff.

<sup>500</sup> Åtkomstkontrollen verkar dock närmast hänvisa till en viss typ av teknisk åtgärd. Enligt Marks & Turnbull, Technical Protection Measures (2000), s. 201, kunde tekniska åtgärder grovt indelas i kopieringsskydd såsom SCMS och åtkomstkontroll genom kryptering. Som jämförelse kan nämnas att man i DMCA verkar skilja på åtkomstkontroll och tekniska åtgärder. Jfr Vesala, Technological Protection Measures (2004), s. 54, enligt vilken tekniska åtgärder avsedda att förhindra åtkomst av verk inte skyddas i upphovsrättsdirektivet eller i finländsk rätt.

<sup>501</sup> Hänvisningen till frivilliga avtal i artikel 6.4 stycke 3 innebär att medlemsstaterna bör utsträcka det rättsliga skyddet till tekniska åtgärder som påförs med rättsinnehavarens tillåtelse samt även till säkerställandet genom tekniska åtgärder av genomförandet av ett avtal mellan upphovsmannen och en innehållsproducent eller motsvarande aktör som svarar för kommersialiseringen av verket. För att rättsligt skydd av en teknisk åtgärd skall uppkomma krävs däremot inte att användarna (kommersiella förmedlare av innehåll, slutanvändare mm.) har godkänt påförandet av tekniska åtgärder.

<sup>502</sup> Dvs. då verken eller alstren är "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".

WCT och WPPT lyder på följande sätt: “*Contracting parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right (covered by this treaty or, in respect of literary works, the Berne Convention): (i) to remove or alter any electronic rights management information without authority; (ii) to distribute, import for distribution, broadcast or communicate to the public, without authority, works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.*”

Det är alltså förbjudet både att ändra eller avlägsna information gällande rättighetsförvaltning och att tillhandahålla verk från vilka information gällande rättighetsförvaltning ändrats eller avlägsnats. I konventionerna definieras dock inte vad som avses med information gällande rättighetsförvaltning.

Förbudet mot ändring eller avlägsning av information gällande rättighetsförvaltning samt tillhandahållande av dylika verk gäller enligt stadgandet gärningar som är riktade mot en rättighet som ingår i det upphovsrättsliga skyddet. I ett tillägg till artikel 12 i WCT konstateras att man med rättigheter avser både ensamrätter och rättighet till ersättning.

Artikel 7 i upphovsrättsdirektivet om skydd av information gällande rättighetsförvaltning motsvarar konventionernas stadganden. I direktivet preciseras dock vad som avses med information gällande rättighetsförvaltning. Dylik information är information som identifierar verket eller alstret, upphovsmannen eller annan rättsinnehavare, villkor för nyttjande av verket eller alstret eller nummer eller koder som presenterar dylik information.

Enligt ett detaljerat stadgande i § 1202 (c) i DMCA skall följande information anses vara information rörande rättighetsförvaltning: 1) titel eller information för identifiering av verket, inklusive ”copyright notice”, 2) namn eller annan uppgift som identifierar upphovsmannen, 3) rättighetshavarens namn eller annan uppgift för identifikation, 4) artistens namn, förutom vid audiovisuella verk eller tv- eller radiosändning, 5) vid audiovisuella verk, förutom tv- eller radiosändning, namnet eller identifikation över författare, skådespelare eller regissör, 6) villkor för användning av verk, 7) identifieringsnummer eller symboler över, eller länkar till, sådan information.

Stadgandet i § 1202 (c) punkt 7 i DMCA, enligt vilket information rörande rättighetsförvaltning även inkluderar länkar till rättighetsinformation, ger anledning att fråga om skyddet av information gällande rättighetsförvaltning enligt artikel 7 i upphovsrättsdirektivet inte täcker länkar, eftersom man inte särskilt hänvisar till länkar. Min bedömning är att artikelns hänvisning till koder även täcker länkar, som ju består av en kod.

## 2.3. Problempunkter gällande tillämpningsområdet

Trots att avhandlingen primärt gäller frågan om upphovsmannens rättighet att förfoga över verket eller alstret med hjälp av DRM-system är det inte irrelevant att betrakta frågan om definitionen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder. Definitionen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder är relevant med tanke på avhandlingens tema och den grundläggande frågan om upphovsrättsens balans, eftersom den avgör den potentiella omfattningen av den befogenhet att kontrollera användning som gällande rätt erbjuder.

### 2.3.1. Vad är en effektiv teknisk åtgärd?

För att en teknisk åtgärd skall erhålla rättsligt skydd krävs det enligt upphovsrättsdirektivet att den är *effektiv*, det vill säga uppfyller *skyddsändamålet*. Det är inte helt klart vad man avser med detta så kallade effektivitetskrav<sup>503</sup>.

Man har åtminstone ansett att en teknisk åtgärd *inte är effektiv ifall man av misstag kan kringgå den*<sup>504</sup>. Det skulle således krävas att den tekniska åtgärden är förnimbar<sup>505</sup>. Utgångspunkten är därför att ett kringgående som baserar sig på inkompatibilitet inte utgör ett i artikel 6 förbjudet kringgående, ifall den tekniska åtgärden inte är förnimbar för användaren. Detta kan vara fallet då kopieringsskyddet kringgås eller försvinner på grund av bristande samverkansförmåga mellan den applikation som används för återgivning av innehållet och kopieringsskyddet. Vi återkommer nedan närmare till frågan om inkompatibla produkters eventuella lagstridighet och skyldigheten för elektronikindustrin och programutvecklare att beakta tekniska åtgärder vid programutveckling.

Effektivitetskravet skulle också kunna avse åtgärdens tekniska effekt. Den skall alltså direkt kunna hindra eller styra tillgång och användning av ett verk. Man kan då tala om att åtgärden har en *omedelbar effekt på hur ett verk kan nyttjas*. Enligt *Koelman & Helberger* skulle ett spårningssystem, som endast spårar verk och användning av verk, men inte på något vis har någon inverkan på hur verket kan nyttjas, ur denna synvinkel ligga utanför stadgandets tillämpningsområde<sup>506</sup>. En åtgärd som inte har en omedelbar effekt på verksutnyttjande men som exempelvis förmedlar information om hur verket används kan ha stor betydelse för rättsinnehavaren och till exempel utgöra grund för ersättning för användandet. Det kan därför näppeligen vara ändamålsenligt att kräva att en teknisk åtgärd direkt skall förhindra användning.

En annan aspekt på effektivitetskravet är *förhållandet mellan den tekniska effekten av en skyddsmekanism på en viss typ av nyttjande i jämförelse med rättsinnehavares skyddade intressen* enligt upphovsrätten. I artikel 6.3. anknyts definitionen av en teknisk åtgärd till ”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”. Har alltså avsikten varit att binda skyddet av tekniska åtgärder till omfattningen av upphovsrätten?

Definitionsfrågan har inte i amerikansk rätt fått lika stor betydelse, eftersom man där (liksom i WIPO:s Internetkonventioner) utgått ifrån att det rättsliga förbudet mot åtgärder mot kringgående endast gäller

<sup>503</sup> I art. 6.3 i upphovsrättsdirektivet stadgas på följande sätt: “I detta direktiv avses med teknisk åtgärd 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 skall anses vara “effektiva” om användningen av ett skyddat verk eller annat alster kontrolleras av rättsinnehavarna genom en åtkomstkontroll- eller skyddsprocess, t.ex. kryptering, kodning eller annan omvandling av verket eller alstret eller en kontrollmekanism för kopiering, om processen uppfyller skyddsändamålet.”

<sup>504</sup> Så tolkas stadgandet även av *Koelman & Helberger*, *Protection of Technological Measures* (2000), s. 172. I Finland har denna tolkningsprincip befasts i RP 28/2004.

<sup>505</sup> Enligt tysk rätt är rättsinnehavaren skyldig att ange om en teknisk åtgärd påförts, vilket gör att en användare inte kan hänvisa till att han inte vetat att produkten innehåller en teknisk åtgärd, UrhG § 95 d

<sup>506</sup> Se *Koelman & Helberger*, *Protection of Technological Measures* (2000), s 172, enligt vilka tekniska åtgärder som endast mäter användning eller endast möjliggör en transaktion inte täcks av förbudet i artikel 6, eftersom de inte nödvändigtvis hindrar eller begränsar handlingar.

upphovsrättigheter<sup>507</sup>. Som en separat fråga erkänner man upphovsmannen en rätt att påföra åtgärder som förhindrar tillgång till verket. Å andra sidan förlorar denna separation av åtgärder som förhindrar användning av ett verk och åtgärder som förhindrar tillgång till ett verk sin betydelse då det är möjligt att kombinera skydd mot användning och åtkomstskydd<sup>508</sup>. I upphovsrättsdirektivet anknyter man förbudet mot kringgående av tekniska åtgärder till gärningar som inte har upphovsmannens tillstånd.

Eftersom stadgandena om ett rättsligt skydd av tekniska åtgärder sker inom ramen för den upphovsrättsliga regleringen kan man utgå från att en teknisk åtgärd som skyddas inom ramen för denna lagstiftning skall ha beröring med de upphovsrättsliga intressena. Här kommer vi dock in på en av de svåra frågorna; hur långt sträcker sig upphovsrätten egentligen, speciellt med tanke på förhållandet mellan rättigheten att på basen av upphovsrätt neka nyttjande (de specifika ensamrätter varom stadgas i upphovsrättslagen) och rättsinnehavarens rättighet att förfoga över verksexemplaret på det sätt som möjliggörs av de tekniska åtgärderna och att även annars skydda sina intressen, t.ex. rättigheten att få betalt<sup>509</sup> för ett verk eller rättigheten att skydda icke-pekuniära intressen med hänvisning till upphovsmannens ideella rättigheter<sup>510</sup>?

Den här frågan går till djupet av den upphovsrättsliga problematiken. Man kan dock ifrågasätta huruvida direktivets avsikt varit att ta ställning till detta, eller om man närmast avsett att binda skyddet av tekniska åtgärder till upphovsrättsligt skyddade verk eller andra alster. I så fall specificerar hänvisningen till upphovsrätt mm. endast den *typ av innehåll* som en teknisk åtgärd skall anses gälla.

*Minimikravet* enligt upphovsrättsdirektivet verkar vara att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder på nationell nivå skall ha någon slags anknytning till de specifika ensamrätterna som tillhör upphovsrätten eller en närliggande rättighet eller en *sui generis*-rättighet. Samtidigt verkar det inte direkt finnas några hinder för ett mer omfattande skydd, där det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder inte exakt följer konturerna i den exklusiva ensamrätten. Med tanke på att direktivets avsikt har varit att harmonisera det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder finns det tvärtom anledning att förespråka en enhetlig och vid tolkning av skyddet av tekniska åtgärder.

En snäv tolkning av stadgandet kan förkastas av flera orsaker. För det första gäller det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder enligt artikel 6.3 i upphovsrättsdirektivet även *åtkomstkontroll*. Åtkomstkontroll i sin tur verkar hänvisa till den typ av kontroll över tillgång som avses i direktivet om villkorade tjänster<sup>511</sup>, och inte endast till rättigheten att överföra eller tillgängliggöra verk, varom stadgas i artikel 3 i direktivet.

För det andra utsträcker sig skyddet av tekniska åtgärder enligt artikel 6.4 stycke 3 i upphovsrättsdirektivet även till ”åtgärder som tillämpas vid genomförandet av frivilliga avtal”.

<sup>507</sup> Enligt DMCA § 1201 definieras termerna på följande sätt:

”(A) to ‘circumvent a technological measure’ means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner  
(B) a technological measure ‘effectively controls access to a work’ if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.”

<sup>508</sup> Reese, Will Merging Access Controls 2003, s. 619-665

<sup>509</sup> Betaltjänster skyddas dock hur som helst också genom direktivet om villkorad tillgång, se närmare kapitel IV.2.3.3 nedan.

<sup>510</sup> Frågan om skyddets anknytning till de ekonomiska rättigheterna har utgjort det centrala temat. Skyddets anknytning till upphovsmannens ideella rättigheter har dock sällan diskuterats.

<sup>511</sup> Artikel 2 i direktivet om villkorad tillgång 98/84/EG definierar vad som menas med skyddad tjänst och villkorad tillgång.

Det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder begränsas trots bestämmelsen i artikel 6.3 därmed inte till de explicita upphovsrättsligt skyddade nyttjanderättigheterna, utan rättsinnehavarna erbjuds en möjlighet att på en mera allmän nivå genom tekniska skyddsåtgärder skydda sina intressen.

Den juridiska indelningen i det upphovsrättsliga förfogandets positiva och negativa sida är till hjälp vid en tolkning av omfattningen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder enligt upphovsrättsdirektivet<sup>512</sup>. Den positiva förfoganderätten innebär att upphovsmannen har en frihet att förfoga över verket på vilket sätt vara månde. Den negativa förfoganderätten består av en legal rätt att neka andra att nyttja ett verk på basen av upphovsmannens lagstadgade ensamrätt. Den negativa förfoganderätten ter sig samtidigt alltså som inskränkning av en annans handlingsfrihet. Tekniska åtgärder kan anses utgöra ett uttryck för en positiv förfoganderätt (förfogandefrihet) som naturligtvis vid behov kan inskränkas genom lag.

Det ankommer dock i sista hand på EG-domstolen att avgöra huruvida definitionen av en effektiv teknisk åtgärd skall bindas till ”verket eller alstret” eller till den förfoganderätt som upphovsrättslagen erbjuder eller till bägge dessa kriterier. Med beaktande av vad som ovan anförts om tekniska åtgärder som ett uttryck för upphovsmannens positiva förfoganderätt eller förfogandefrihet torde det alltså krävas särskilda motiveringar för att inskränka en upphovsmans frihet att förfoga över verket eller alstret till den del sådant förfogande är möjligt med hjälp av DRM-system.

En ytterligare fråga är också om stadgandet kunde gälla verk vars skyddstid utgått. I dessa fall skyddas innehållet inte längre av en upphovsrätt eller därmed jämförbar rättighet. Frågan torde förbli akademisk, eftersom förbudet mot lagliga marknader för tjänster och produkter för kringgående av tekniska åtgärder i praktiken kommer att innebära att åtminstone vanliga slutanvändare inte har möjlighet att kringgå en teknisk åtgärd<sup>513</sup>. Frågans enda praktiska betydelse framkommer i de fall då man önskar tillgängliggöra innehåll i oskyddad form. Ifall kringgående av en teknisk åtgärd är tillåtet då skyddstiden utgått är det också tillåtet att tillgängliggöra innehållet i oskyddad form<sup>514</sup>.

I de nordiska länderna verkar man ha gått in för en snäv tolkning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder; Skyddet av tekniska åtgärder gäller endast handlingar som hör till upphovsmannens ensamrätt och berör endast ett i upphovsrättslagen skyddat verk eller alster<sup>515</sup>. Det här innebär att man anser att en teknisk åtgärd som skyddar något annat än en i upphovsrättslagen definierad förfoganderätt inte är en effektiv åtgärd.

Ett exempel på typfall där effektivitetspremissens snäva tolkning får en praktisk effekt är förhållandet till DVD-skivors regionkodning, som specifikt betraktats i de finska förarbetena till upphovsrättslagen. Enligt motiveringarna till § 50 a i RP 177/2002 (s. 119) utgör DVD-skivors regionkodning inte en effektiv teknisk åtgärd, eftersom den inte på något sätt hindrar spridning av verket, utan enbart hindrar att man tittar på verket i en annan region. I RP 28/2004 intar man ett försiktigare förhållningssätt, och

<sup>512</sup> Blomqvist, *Overdragelse av ophavsrettigheder* (1987), s. 84.

<sup>513</sup> De tekniska åtgärder som tillämpas är i princip likadana oberoende av huruvida skyddstiden för innehållet utgått eller inte.

<sup>514</sup> I praktiken är det hur som helst mycket riskfullt att kringgå en teknisk åtgärd, eftersom det finns risk för att delar av innehållet fortfarande erhåller skydd av något slag. Man bör här dessutom minnas att förbudet mot kringgående inte anknyts till upphovsrättsintrång. Det är alltså förbjudet att kringgå en teknisk åtgärd även i de fall då man inte i strid med upphovsrättens ensamrätt använder ett verk genom att framställa kopior därav eller genom att tillgängliggöra det för allmänheten.

<sup>515</sup> Schönning, *Tekniske skyddsåtgärder* (2005), s. 582. För Finlands del, se RP 28/2004. För Sveriges del Ds 2003:35 s. 329-349 samt RP 2004/05:110 s. 291. För Norges del, se Ot.prp.nr. 46 (2004-2005), s. 113.



specificerar att kringgående av en DVD-skivas regionkod inte får innebära kringgående av ett kopieringsskydd eller ett skydd mot tillgängliggörande för allmänheten.

Det finns alla skäl att vara försiktig med att exkludera skydd för DVD-skivors regionkoder från det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder. För det första ingår vanligen i regionkodningen också en funktion som hindrar kopiering av programmet och det är därför knappast möjligt att kunna kringgå en regionkod utan att samtidigt kringgå ett kopieringsskydd. För det andra kan man anse att regionkodning utgör åtkomstkontroll, som enligt upphovsrättsdirektivet tillhör stadgandets tillämpningsområde. Frågan om huruvida DVD-skivors regionkod utgör en effektiv teknisk åtgärd har inte ens ifrågasatts i amerikansk rätt, utan det verkar helt klart att man där godtar DVD-skivors regionkod som en effektiv teknisk åtgärd<sup>516</sup>. För det tredje skulle en snäv tolkning, som baserar sig på att tekniska åtgärder endast skyddas till den del upphovsrätten explicit omfattar det förfogande som den tekniska åtgärden avser, leda till att de flesta typer av tekniska åtgärder faller utanför stadgandets tillämpningsområde, eftersom de åtminstone till någon del styr gärningar som faller utanför den egendomsrätt (dvs. ensamrätt till mångfaldigande och tillgängliggörande av verk) som upphovsrättslagstiftningen erbjuder.

Vad jag här är ute efter är att direktivet kanske inte är avsett att ta ställning till exakt hur långt upphovsrätten skall sträcka sig - särskilt som direktivet på denna punkt är ambivalent<sup>517</sup> - utan till att anknyta det till innehåll ("verk eller andra alster") som skyddas av upphovsrätt eller en därmed jämförbar rättighet. Därmed skulle definitionen endast vara avsedd att exkludera material som inte är upphovsrättsligt skyddat på basen av att det inte uppfyller kriterierna för skydd, dvs. verkshöjd eller motsvarande. Stadgandet specificerar alltså att avsikten inte är att erbjuda skydd för t.ex. tekniska åtgärder i anknytning till banktjänster eller tekniska åtgärder till skydd för ett on-line auktionssystem.

Det faktum att upphovsrättsdirektivet verkar utgå från en vid tolkning av upphovsrättsliga intressen bör beaktas. Upprätthållandet av en balans mellan olika intressenters rättigheter och intressen gällande innehåll verkar förutsätta en analys av skyddsåtgärdernas effekter på den balans som får sitt uttryck i lagstiftningens informationspolitiska riktlinjer<sup>518</sup>. Trots att upphovsrättsdirektivet tillerkänner rättsinnehavaren en rätt att vidta åtgärder för att skydda en bredare skala av intressen än de snävt upphovsrättsliga (och framförallt de snävt ekonomiska rättigheter som tillhör upphovsrätten), kan man inte förespråka en så vid tolkning att alla tekniska åtgärder skall vara villkorslöst skyddade. Inte heller kan man vid den nationella implementeringen begränsa skyddet av tekniska åtgärder endast till nyttjande av de exklusiva rättigheterna enligt upphovsrättslagstiftningen. Det skulle i många fall vara svårt, för att inte säga omöjligt, att bedöma vad som sist och slutligen kan anses utgöra ett intresse som baserar sig på en sådan exklusiv rättighet. En begränsning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder på detta sätt skulle på ett oförsvarligt sätt inskränka möjligheterna att med hjälp av tekniska åtgärder skapa nya affärsmodeller.

Vidare kan de tekniska åtgärdernas *förhållande till den allmänna informations- och kommunika-*

<sup>516</sup> Jfr. Library of Congress final rule 2003 s. 62016 punkt 11, där man konstaterar att det inte finns någon anledning att tillåta konsumenter att kringgå DVD-skivors regionkoder. Ifall regionkoderna skulle ligga utanför DMCA:s tillämpningsområde skulle det inte vara förbjudet att kringgå åtkomstkontrollen på samma sätt som det enligt Library of Congress är tillåtet att kringgå åtkomstkontroll som hindrar tillgång till icke-upphovsrättsligt skyddade verk (*public domain works*).

<sup>517</sup> I direktivet anknyter man det upphovsrättsliga skyddet av tekniska åtgärder även till genomförande av avtal och inte endast till upphovsrätt. Dessutom exkluderar direktivet inte skydd av tekniska åtgärder avsedda att säkerställa även *ideella rättigheter* som hör till upphovsrätten.

<sup>518</sup> Lagstiftningens informationspolitiska linjer, dvs. de rättspolitiska linjerna gällande ekonomiska och andra intressen till information, är en rekonstruktion som baserar sig på lagstiftningen samt dess rationalitetsgrunder såsom rättskulturella, rätts-historiska och rättsekonomiska argument. Informationspolitiska riktlinjer är till exempel regleringen av balansen mellan upphovsrätt och yttrandefrihet eller intresset av tillgång till information vid rättegång.



tionsinfrastrukturen, inklusive vissa kommunikationsstandarder och –plattformar tillmätas betydelse. Ett kringgående som beror på att en teknisk åtgärd är oförenlig (inkompatibel) med exempelvis en kommunikationsstandard och som leder till att en teknisk åtgärd inte fungerar eller har avsedd effekt kan knappast läggas andra till last. En tillämpning som är baserad på en allmän kommunikationsstandard kan alltså näppeligen anses utgöra ett kringgående, trots att effekten kan vara att en teknisk åtgärd slutar fungera.

Det är också möjligt att tekniken som styr användningen av ett verk av misstag leder till att användning förhindras eller begränsas. Dyliga misstag räknas naturligtvis inte som en teknisk åtgärd<sup>519</sup>. I vissa fall kan det dock vara svårt för användaren att bedöma huruvida det är fråga om ett tekniskt fel i en produkt eller en teknisk åtgärd avsedd att förhindra eller begränsa nyttjande<sup>520</sup>.

Vilka andra krav som ställs för att en teknisk åtgärd skall anses vara effektiv avgörs *in casu*. Man kan endast förutse vissa tendenser i en framtida bedömning av detta slag. Aspekter som kan vara av betydelse är *den nyttjade teknikens kvalitet i förhållande till vid varje tidpunkt tillgänglig teknik (state of the art)*. En mycket primitiv och föråldrad teknisk skyddsmekanism kan i förhållande till tillgänglig teknik vara ineffektiv<sup>521</sup>.

Ett konkret exempel på frågan om den tekniska åtgärdens effektivitet är att man kunde kringgå kopieringsskyddet i Sonys CD-skivor genom att måla svart tusch i ytterkanten av CD-skivan<sup>522</sup>. Eftersom filtpennorna har ett lagligt användningsändamål kan de knappast anses utgöra ett förbjudet medel för kringgående. Däremot är användningen av filtpennan på ovan beskrivna sätt i avsikt att kringgå ett tekniskt skydd åtminstone i princip ett förbjudet kringgående. Fallet väcker dock frågan om en mycket *primitiv metod för kringgående* innebär att man per definition anser att skyddstekniken är för primitiv för att den skall erhålla rättsligt skydd<sup>523</sup>. Dessutom kan man fråga sig om skyddsfunktionen kan anses vara uppnådd *om det gått lång tid sedan teknikens svaghet blivit allmänt känt och man fortfarande använder samma teknik för att skydda verket*.

Frånvaron av en specificering av hur man bör bedöma vad en effektiv teknisk åtgärd är innebär att inga aspekter utesluts. Man bör alltså utgå ifrån en *helhetsbedömning*.

### 2.3.2. Problem i relation till överlappningen mellan skyddad information och tekniska åtgärder

I vissa fall kan det vara svårt att avgöra om villkor för användning av verk utgör information gällande rättighetsförvaltning eller en teknisk åtgärd. Detta är fallet då en teknisk åtgärd ge-

<sup>519</sup> Vesala, Technological Protection of Copyright (2004), s. 46.

<sup>520</sup> Jfr Library of Congress final rule 2003, s 62017, där man konstaterar att kopieringsskydd i vissa fall kan fela och förhindra tillgång till en CD-skiva. Detta är dock inte att räkna som en teknisk åtgärd. I beslutet uppmärksammar man särskilt att det inte alltid är klart att det är fråga om ett misstag, eftersom många CD-skivor innehåller en s.k. andra sekvens som gör det möjligt att spela skivan på en dator, men som samtidigt förhindrar kopiering och överföring av musiken t.ex. till ett fildelningsnätverk.

<sup>521</sup> Och omvänt kan man utgå ifrån att effektivitetskravet inte skall få leda till oskäliga krav på uppdatering av kostsam teknik. Vesala, Technological Protection of Copyright (2004), s. 44-45.

<sup>522</sup> CD Crack: Magic Marker Indeed. Reuters. Publicerad i Wired News, 20 Maj 2002. CD-skivorna innehöll data som förhindrade kopiering och återgivning på datorer i ett spår på skivans ytterkant. Genom att med svart filtpenna måla över säkerhetsspåret i skivan kan spåret inte avläsas och kopieringsskyddet kringgås därmed.

<sup>523</sup> I den norska propositionen ger man vissa exempel på vad som inte skall anses vara en effektiv teknisk åtgärd. Till dessa hör system som kan neutraliseras genom att använda en filtpenna eller genom att hålla ner en tangent medan man läser. Även system som förstör användarens spelare kan inte anses fungera i enlighet med sitt ändamål och täcks därför inte av stadgandet. Kommentar till artikel 53 a i Ot.prp.nr. 46 (2004-2005). Även den svenska propositionen utgår ifrån att en åtgärd som alltför enkelt kan kringgås inte är effektiv i lagens bemärkelse. Regeringens proposition 2004/05:110, s. 294.

nomförs genom programmering. Som exempel kan anges rättighetsförvaltningssystem där villkoren för nyttjande av verket utgör en integrerad del av verket och samtidigt styr användningen av verket. *Datorkoden kan då samtidigt ange villkoren för användning av verk och utgöra en teknisk åtgärd.* Att det rättsliga skyddet är överlappande torde inte i praktiken ha någon större betydelse, ifall påföljdsstadgandena vid den nationella implementeringen är anpassade till varandra.

Problemet med en överlappning mellan tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning gör sig också gällande i samband med digitala vattenstämplar, som samtidigt kan beskrivas som en teknisk åtgärd och som information. Digitala vattenstämplar genomförs vanligen med avancerad steganografisk teknik, ofta även i kombination med krypteringsteknik. De är avsedda att skydda verkets integritet, vilket är av intresse för rättsinnehavaren. De är därför i princip att räkna som en teknologisk åtgärd, eftersom de förhindrar manipulering av objektet. Samtidigt är digitala vattenstämplar till sin natur att klassificera som meta-information, som innehåller information gällande verket.

Digitala vattenstämplar kan försvinna då en fil konverteras till ett annat format<sup>524</sup>. Man ställs då inför frågan om en normal konvertering av en fil till ett annat format är ett kringgående av en *effektiv* teknisk åtgärd? Så torde inte vara fallet, med tanke på att en annan teknik för införlivning av en digital vattenstämpel med objektet inte skulle resultera i att vattenmärket försvinner<sup>525</sup>. Samtidigt ställs enligt artikel 7 inga särskilda kvalitets- eller effektivitetskrav på hur metainformation (information gällande rättighetsförvaltning) skall anknytas till verket. Potentiellt uppkommer därmed en situation där tröskeln för att bli dömd för kringgående av information gällande rättighetsförvaltning är lägre än för kringgående av tekniska åtgärder.

För att handskas med detta problem kunde man eventuellt utgå ifrån att effektivitetskravet i enlighet med upphovsrättsdirektivets artikel 6 kompenseras av medvetenhetskravet i artikel 7. Enligt artikel 7 krävs det nämligen att personen skall ha vetskap om att informationen försvinner.

Enligt 56 f § i kommittébetänkandet 2002:5, uppfylls rekvisiten för kränkning av elektronisk information om rättighetsförvaltning endast i de fall då kränkningen skett medvetet. Därutöver skulle det enligt det i kommittébetänkandet föreslagna stadgandet krävas att gärningen skett utan lov samt att personen varit medveten om att en kränkning av upphovsrätten därmed sker eller möjliggörs. I RP 177/2002 har stadgandet dock ändrats så att brottsrekvisitet uppfylls om någon uppsåtligt eller av grov oaktsamhet ändrar eller avlägsnar information gällande rättighetsförvaltning eller tillgängliggör ett verk vari sådan information ändrats eller avlägsnats och ifall han vetat eller borde ha vetat att gärningen orsakar, möjliggör, underlättar eller döljer intrång i en rättighet enligt upphovsrättslagen.

Orsaken till att kommittébetänkandets stadgande ändrats torde vara att kravet om medvetenhet skulle ha inneburit bevisföring om gärningsmannens subjektiva medvetenhetstillstånd. Man har istället utnyttjat den normala tekniken som hänvisar till en mer objektiv bedömning över vad en "normal person" borde ha vetat.

Samtidigt innebär dock stadgandet i RP 177/2002 en längre gående försiktighetsplikt. Hur långt denna försiktighetsplikt sträcker sig är inte klart. Täcker stadgandet även situationer, där man varit omed-

<sup>524</sup> Enligt Johnson et al., Information Hiding (2001), s. 10, 60, kan digitala vattenstämplar "kringgås" genom att konvertera en bildfil till ett "lossy format", t.ex. till det mycket allmänna JPEG-formatet. I dessa fall påverkar frånvaron av den digitala vattenstämpeln inte bildkvaliteten.

<sup>525</sup> S.k. transformeringsbaserade verktyg knyter den gömda informationen så nära samman med objektet att hela bilden förstörs ifall man försöker avlägsna den eller göra den funktionsoduglig, se Johson et al., Information Hiding (2001), s. 60.

veten om att en konvertering av en fil till ett annat filformat leder till att informationen försvinner?

Enligt finländsk rättsdoktrin kan omedvetet vållande vara straffbart ifall gärningsmannen har möjlighet, förmåga och skyldighet att märka riskerna i handlingen. Enligt Nuutila bör omedvetet vållande bedömas i två skeden. För det första bör man fråga sig vad gärningsmannen borde ha gjort för att förstå riskerna i sitt handlande. För det andra bör man fråga sig om gärningsmannen kunde eller skulle ha kunnat utföra de åtgärder som upptäckandet av riskfaktorerna skulle ha förutsatt.<sup>526</sup>

Gärningsmannens ansvar beror för det första på om gärningsmannen hade kunnat bete sig på något annat sätt. Han bör alltså ha haft en faktisk möjlighet att märka riskerna<sup>527</sup>. Riskerna med verksamheten kan också betraktas utgående från en processynvikel: verksamheten bör ordnas så att riskerna inte uppstår<sup>528</sup>. Dessutom kan den individuella förmågan och kapaciteten att uppskatta verksamhetens risker inverka. En som bedriver näringsverksamhet kan förutsättas ha större möjligheter och skyldigheter att uppskatta riskerna än en privatperson.

En ytterligare aspekt som borde beaktas är att ansvarsbestämmelserna inte borde leda till en otillbörlig försämring av verksamhetsmöjligheterna; en alltför långt gående försiktighetsplikt leder till att marknaderna inte kan fungera på grund av en ökad sannolikhet för att latent risker realiseras.

I det aktuella fallet har det säkert en viss betydelse hur allmänt känt det är att konvertering av en fil till ett annat filformat leder till att vattenstämpeln, och den information den innehåller, försvinner. Ansvar borde uppkomma endast ifall personen visste eller borde ha vetat att det fanns en vattenstämpel och att vattenstämpeln innehöll information om rättsinnehavare mm. samt att filformateringen leder till att vattenstämpeln och den information den innehåller försvinner.

Om det inte är allmänt känt att en gärning leder till att informationen försvinner, kan man knappast förutsätta att användaren skulle veta om det eller ha en skyldighet att ta reda på det. Allmänt taget torde man kunna beakta användarens individuella förutsättningar att uppskatta risken med sitt handlande. Därför skulle slutanvändare vanligen inte kunna åläggas en särskilt långt gående försiktighetsplikt.

Ifall rättsinnehavaren informerat användaren om riskerna med filformatering är situationen naturligtvis en annan. I en sådan situation kan det dock uppkomma konsumenträttsliga problem som gäller huruvida prestationen är felfri, ifall filformatet eller vattenstämpeln leder till att användaren inte kan tillägna sig innehållet på ett ändamålsenligt (och tillåtet) sätt.

### *2.3.3. Överlappande eller kompletterande stadganden i annan lagstiftning*

#### *2.3.3.1. Särskilda stadganden om skydd av tekniska hjälpmedel gällande datorprogram*

Ett europeiskt särdrag är att det finns skilda stadganden om tekniska åtgärder till skydd av datorprogram och av andra slags verk. Både WIPO:s Internetkonventioner och DMCA behandlar tekniska åtgärder till skydd av olika slags verk på likadant sätt. Upphovsrättsdirektivets stadganden om skydd av tekniska åtgärder gäller enligt direktivet inte datorprogram. Gällande datorprogram införde man ett särskilt skydd av tekniska åtgärder redan i

<sup>526</sup> Nuutila, *Rikosoikeudellinen huolimattomuus* (1996), s. 566 samt 569-580.

<sup>527</sup> *Ibidem*, s. 569.

<sup>528</sup> *Ibidem*, s. 572.

Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram (*datorprogramdirektivet*).

Man har inom EG dryftat huruvida olikheterna mellan datorprogramdirektivet och upphovsrättsdirektivet gällande omfattningen av skyddet av tekniska åtgärder leder till problem<sup>529</sup>. I datorprogramdirektivet förbjuds nämligen inte kringgående av tekniska åtgärder i sig, utan endast ”omsättning eller innehav för kommersiella ändamål av varje hjälpmedel vars enda syfte är att underlätta att en teknisk anordning som har anbringats för att skydda ett datorprogram avlägsnas eller kringgås utan tillstånd”<sup>530</sup>. I upphovsrättsdirektivet förbjuds även själva kringgåendet och erbjudandet av tjänster för kringgående.

Det verkar uppenbart att detta tudelade rättsliga skydd medför problem, eftersom skillnaden mellan datorprogram och andra verkstyper framhävs. Man kan vara tvungen att ta ställning till om en teknisk åtgärd avser att skydda datorprogrammet eller ett verkselement av annan verkstyp som ingår i verket. Det är nämligen inte alltid självklart huruvida ett verk klassificeras såsom ett datorprogram eller något annat slag av verk eller såsom ett alster som utgör föremål för en *sui generis* databasrätt. T.ex. har det varit oklart huruvida datorspel är att betrakta såsom ett datorprogram eller ett audiovisuellt verk<sup>531</sup>. Ifall verket som en helhet betraktat klassificeras som ett datorprogram, tillämpas stadgandena i datorprogramdirektivet, som erbjuder tekniska skyddsåtgärder ett mer begränsat rättsligt skydd än upphovsrättsdirektivet.

Dessutom uppstår en situation där tekniska åtgärder som består av ett datorprogram erhåller ett sämre rättsligt skydd (eftersom dekompiletering etc. är tillåtet) än tekniska åtgärder som genomförs genom någon annan teknik (t.ex. kryptering eller steganografi).

Då tekniska åtgärder kan ha utformningen av ett datorprogram, innebär stadgandet dels en begränsning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder som består av ett datorprogram och dels en begränsning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder som är avsedda att skydda datorprogram.

I Finland har bestämmelsen i datorprogramdirektivet genomförts genom ett straffstadgande i 56 c §, enligt vilket ”Den som i förvärvssyfte till allmänheten sprider eller innehar en anordning vars enda syfte är att olovligt avlägsna eller kringgå ett tekniskt hjälpmedel som skyddar datorprogram skall för *olovlig spridning av anordning för att avlägsna skydd* dömas till böter”<sup>532</sup>. I HD 2003:88 specificerade högsta domstolen att detta förbud inte gäller tillhandahållande av *tjänster* för avlägsnande av skydd. Fallet gällde bland annat frågan om huruvida spridning av installationsinstruktioner, utan vilka installation av programmet skulle ha varit omöjligt, stred mot straffstadgandet i FiURL 56 c §.

Upphovsrättsdirektivets stadganden om skydd av tekniska åtgärder gäller alltså inte datorprogram. *Däremot gäller upphovsrättsdirektivet nog sådana tekniska åtgärder som består av datorprogram,*

<sup>529</sup> Rapport från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och ekonomiska och sociala kommittén om genomförandet och effekterna av direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram. KOM(2000) 1999 slutlig, s. 18-19.

<sup>530</sup> Artikel 7.1 punkt c i direktiv 91/250/EEG.

<sup>531</sup> Salokannel, *Ownership of Rights in Audiovisual Productions* (1997), s. 76 ff, där man konstaterar att videospel normalt klassificeras som audiovisuella verk. I Finland har frågan berörts i UR 2001/15, som också berörde andra multimedieverk än datorspel. Upphovsrättsrådet ansåg att datorspelen var att betrakta som audiovisuella verk, inte datorprogram. I utlåtandet fäste upphovsrättsrådet vikt vid produktens generella eller huvudsakliga natur i förhållande till frågan om biblioteks utlåningsrätt. Man kom i UR 2001/15 fram till att trots att många multimedieverk innehöll datorprogram, kunde de inte klassificeras såsom sådana, utan var till sin huvudsakliga natur litterära verk, filmverk eller databaser. I ett tidigare utlåtande, UR 1992:3 ansåg upphovsrättsrådet att ett videospel skulle klassificeras som ett sammansatt verk.

<sup>532</sup> Lag om ändring av upphovsrättslagen 7.5.1993/418.

ifall datorprogrammet är avsett att skydda ett verk eller annat alster som hör till upphovsrättsdirektivets tillämpningsområde.

Enligt punkt 50 i ingressen i upphovsrättsdirektivet får direktivets stadganden om skydd av tekniska åtgärder inte hämma eller förhindra utveckling eller användning av några vägar för att kringgå en teknisk åtgärd som behövs för att möjliggöra handlingar som utförts i enlighet med bestämmelserna i artikel 5.3. eller artikel 6 datorprogramdirektivet. Dessa artiklar gäller rätten att undersöka ett datorprogramms funktion i syfte att utvärdera de idéer och principer som ligger bakom programmets olika detaljer samt dekompileering av datorprogram. Detta stadgande innebär ett rätt omfattande skydd för utforskandet av funktionsprinciperna i datorprogram.

### 2.3.3.2. Stadganden om villkorad tillgång

Betaltjänster regleras inte i WIPO:s Internetkonventioner. Med betaltjänster avses i första hand ett skydd av de så kallade svarta boxarna för tillgång till betal-TV. I Europa baserar sig betaltjänsternas skydd i första hand på direktivet om villkorade tjänster (98/84/EG)<sup>533</sup>. Syftet med direktivet är att tillnärma bestämmelserna i medlemsstaterna om åtgärder mot olaglig utrustning som ger obehörig tillgång till skyddade tjänster. Med skyddade tjänster avses TV- och radiosändningar samt informationssamhällets tjänster som *tillhandahålls mot ersättning* och är *föremål för villkorad tillgång*. Med villkorad tillgång avses i sin tur ”alla tekniska åtgärder och/eller arrangemang som gör att man kan få tillgång till en skyddad tjänst i tolkningsbar form först sedan man har blivit personligt godkänd som behörig”<sup>534</sup>.

Enligt artikel 4 i direktiv 98/84/EG skall medlemsstaterna förbjuda följande verksamheter;

- a) Tillverkning, import, distribution, försäljning, uthyrning eller innehav av olaglig utrustning i kommersiellt syfte.
- b) Installation, underhåll eller utbyte av olaglig utrustning i kommersiellt syfte.
- c) Marknadsföring av olaglig utrustning genom kommersiella meddelanden.

Är direktivet om villkorade tjänster överlappande med upphovsrättsdirektivet, eller utesluter de varandra? Enligt punkt 21 i ingressen till direktivet om villkorade tjänster skall direktivet inte påverka tillämpningen av nationella regler som förbjuder innehav av olaglig utrustning för privat bruk, tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler eller tillämpningen av gemenskapens regler om immateriella rättigheter. Enligt punkt 60 i ingressen till upphovsrättsdirektivet skall direktivets stadganden inte påverka nationella bestämmelser eller gemenskapsbestämmelser på andra områden, bl.a. gällande villkorad tillgång. Utgångspunkten torde alltså vara att de tillämpas parallellt.

Detta är också den officiellt antagna utgångspunkten. I förslaget till upphovsrättsdirektiv (KOM(97)628 slutlig) konstateras det att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder *kompletterar*

<sup>533</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv 98/84/EG av den 20 november 1998 om det rättsliga skyddet för tjänster som byggs på eller utgörs av villkorad tillgång. Jag känner inte till att man i USA skulle ha några andra specifika stadganden om skydd av betaltjänster än de som nämns i DMCA samt gällande kabel-TV i 47 U.S.C. § 553(a2) och gällande satellit-TV i 47 U.S.C. § 605(e)4. I de amerikanska förarbetena nämns de svarta boxarna explicit som tillhörande tillämpningsområdet för förbudet mot kringgående i DMCA. Commerce Committee Report 1998, s. 39-40.

<sup>534</sup> Direktiv 98/84/EG, art. 2.

det initiativ som redan föreslagits av kommissionen gällande skydd av tjänster med villkorad tillgång. Man specificerar dessutom att direktivet om villkorad tillgång är avsett att harmonisera skyddet av otillåtet *mottagande* av en tjänst med villkorad tillgång, medan upphovsrättsdirektivet är avsett att behandla otillåtet *utnyttjande* av ett skyddat verk eller av annat material. Med otillåtet utnyttjande avsåg man t.ex. otillåtet mångfaldigande och tillhandahållande eller otillåten utsändning via etern.

Både upphovsrättsdirektivet och direktivet om villkorad tillgång täcker tekniska åtgärder för *åtkomstkontroll*<sup>535</sup>, så till denna del verkar direktiven dock vara överlappande<sup>536</sup>. Upphovsrättsdirektivets stadganden avser att skydda upphovsrättsligt skyddat innehåll, medan direktivet om villkorade tjänster är avsett att skydda innehåll, oberoende av om det är fråga om upphovsrättsligt skyddat innehåll eller inte. Medan direktivet om villkorade tjänster endast gäller betaltjänster, täcker upphovsrättsdirektivet tjänster och produkter oberoende av om de erbjuds mot betalning. I praktiken torde en viss överlappning mellan direktiven inte innebära några problem, eftersom upphovsrättsdirektivets stadganden omfattar den förbjudna verksamhet som direktivet om villkorad tillgång gäller.

I Finland har direktivet om villkorad tillgång genomförts genom lag nr 1117/ 2001 om förbud mot vissa avkodningssystem. Enligt 3 § i lagen är det förbjudet att ”obehörigen innehå, använda, tillverka, importera, saluföra, hyra ut, distribuera, främja försäljningen av samt installera och underhålla avkodningssystem”. I lagen hänvisas inte, i motsats till direktivet, till något krav på kommersiellt syfte, men enligt lagens 4 § har inte kommunikationsverket rätt att genomföra kontroller på hemfridskyddade platser<sup>537</sup>. I strafflagen 38. kap 8 a § finns därutöver ett straffstadgande för avkodningssystemsbrott. För att bli dömd för avkodningssystemsbrott krävs antingen att verksamheten sker i förvärvssyfte eller är ägnad att orsaka den som tillhandahåller skyddade tjänster betydande men eller skada.

### 2.3.3.3. Övrig lagstiftning

Det är inte helt klart till vilken del DRM-system även skyddas genom övrig lagstiftning. Till exempel allmänna straffstadganden som gäller olaga intrång i informationssystem och olaga störning av informationssystemens funktioner kan eventuellt ha relevans i samband med vissa typer av DRM-system eller i samband med vissa funktioner i ett DRM-system<sup>538</sup>.

<sup>535</sup> Åtkomstkontrollen är endast sekundär i upphovsrättsdirektivet, eftersom det primära enligt art. 6.3. är att den tekniska åtgärden skall vara avsedd att förhindra eller begränsa handlingar som tillhör rättsinnehavarens rätt enligt upphovsrätt eller en närstående rättighet eller en *sui generis*-rättighet. Åtkomstkontroll anges närmast som ett exempel på det tekniska genomförandet av en skyddad teknisk åtgärd.

<sup>536</sup> Enligt Braun skulle de nordiska länderna ha velat exkludera åtkomstkontroll från tillämpningsområdet för skydd av tekniska åtgärder enligt art. 6.3. i upphovsrättsdirektivet, eftersom åtkomstkontroll inte gäller handlingar som tillhör ensamrätten i upphovsrätten eller de närstående rättigheterna. Braun, *The Interface* (2003), s. 496-503. Detta skulle onekligen delvis ha klarifierat förhållandet mellan upphovsrättsdirektivet och direktivet om villkorad tillgång. Man skall dock inte glömma att definitionen av informationssamhällets tjänster i direktivet om villkorad tillgång begränsar dess tillämpningsområde och att upphovsrättsdirektivet indirekt utvidgar skyddet för åtkomstkontroll även till bl.a. streamat innehåll (med den begränsningen att innehållet bör vara skyddat i upphovsrättslig bemärkelse).

<sup>537</sup> Enligt lagen skall kommunikationsverket kontrollera efterlevnaden av lagen.

<sup>538</sup> Jfr Europarådets konvention om datorrelaterad (högteknologisk) brottslighet *Convention on Cybercrime*, ETS No. 185, 23.11.2001.



Tabell 2. Jämförelse av de grundläggande skyddsstadgandena av tekniska åtgärder i WIPO:s konventioner, EU:s direktiv, finsk lag samt DMCA.

Specifisering av skyddsobjektet		Förbjuden verksamhet		Övrig verksamhet		Tillämpning-sområde	
WIPO:s Internet-konventioner	effektiv teknisk åtgärd	Ja	Nej	Ja	Nej	Gäller upphovsrättsligt skyddat innehåll	Gäller annat än upphovsrättsligt skyddat innehåll
<b>Upphovsrättsdirektivet</b>	effektiv teknisk åtgärd, dvs. 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 närliggande rättigheter eller av den rätt av sitt eget slag som föreskrivs i kapitel III i direktiv 96/9/EG	Ja	Nej	Ja	tillverkning, import, spridning, försäljning, uthyrning, marknadsföring i försäljnings- eller uthyringssyfte eller innehav i kommersiellt syfte av anordningar, produkter eller komponenter eller tillhandahållande av tjänster som 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	Ja	Nej
<b>Datorprogramdirektivet</b>	hjälpmedel	Nej	Nej	Nej	omsättning eller innehav för kommersiella ändamål av varje hjälpmedel vars enda syfte är att underlätta att en teknisk anordning som har anbringats för att skydda ett datorprogram avlägsnas eller kringgås	Ja (datorprogram)	Nej
<b>Direktivet om villkorad tillgång</b>	all utrustning eller programvara som utformats eller anpassats för att göra en skyddad tjänst tillgänglig i tolkningsbar form utan tjänsteleverantörens godkännande	Nej	Nej	Nej	a) Tillverkning, import, distribution, försäljning, uthyrning eller innehav av olaglig utrustning i kommersiellt syfte. b) Installation, underhåll eller utbyte av olaglig utrustning i kommersiellt syfte. c) Marknadsföring av olaglig utrustning genom kommersiella medelanden.	Ja	Ja
<b>FiURL (datorprogram)</b>	tekniskt hjälpmedel	Nej	Nej	Nej	Spridning till allmänheten eller innehav i förvärsyfte av en anordning vars enda syfte är att olovligt avlägsna eller kringgå ett tekniskt hjälpmedel	Ja (datorprogram)	Nej
<b>FiURL (andra verk)</b>	effektiv teknisk åtgärd	Ja	Ja	Ja	Motsvarar stadgandet i upphovsrättsdirektivet	Ja	Nej
<b>Lag om förbud mot vissa avkodningssystem</b>	avkodningssystem	Nej	Nej	Nej	obehörigt innehav, användning, tillverkning, import, saluföring, uthyrning, distribution, främjande av försäljningen samt installation och underhåll av avkodningssystem	Ja	Ja
<b>DMCA</b>	1) åtkomstskydd 2) effektiv teknisk åtgärd	1) Ja 2) Nej	1) Ja 2) Nej	1) Ja 2) Ja	1) och 2) Tillverkning, import, tillhandahållande eller tillgängliggörande för allmänheten av teknologi, produkt, tjänst, apparat, komponent eller del därav som a) huvudsakligen är avsedd för kringgående av teknologisk åtgärder som effektivt kontrollerar tillgång till ett verk eller en rättighet som tillhör upphovsmanen, b) har endast en begränsad användning eller ändamål annat än att kringgå teknologiska åtgärder eller en rättighet som tillhör upphovsmanen, eller c) marknadsförs av personer eller med dennes medgivande för att användas för kringgående.	1) Ja 2) Ja	a) Nej b) Nej



## 2.4. Vem erhåller det rättsliga skyddet?

Enligt WIPO:s Internetkonventioner bör tekniska åtgärder som påförts av *upphovsmän, utövande konstnärer och fonogramproducenter* rättsligt skyddas. Konventionens medlemsländer är alltså inte skyldiga att skydda tekniska åtgärder som påförts av andra än dessa parter. Det är dock ändamålsenligt att jämställa även andra rättsinnehavare med de i konventionen uppräknade rättsinnehavarna, varför man i upphovsrättsdirektivet verkar förutsätta att tekniska åtgärder installerade av vilken som helst upphovsrättslig rättsinnehavare bör skyddas<sup>539</sup>. Det finns dock inget i ingressen till upphovsrättsdirektivet som närmare behandlar frågan om vilken personkrets skyddet gäller.

Enligt *Braun* skulle vissa rättsinnehavargrupper med hänvisning till definitionen<sup>540</sup> i artikel 6.3 i upphovsrättsdirektivet ha försökt genomdriva en tolkning genom vilken tillämpning av tekniska åtgärder skulle kräva tillstånd av alla rättsinnehavare. Detta skulle alltså ha inneburit att man skapat en helt ny rättighet inom upphovsrätten; rätten att bestämma om huruvida ett verk skall skyddas genom tillämpning av tekniska åtgärder eller inte. Detta kan inte anses vara avsikten med stadgandet, utan den som innehar en upphovsrätt, antingen den ursprungliga upphovsmannen eller innehavaren av en närstående rättighet eller en rättighet av sitt slag eller den till vilken en dylik rättighet övergått, skall ha rätt att bestämma över huruvida verket skyddas genom tekniska åtgärder<sup>541</sup>. Detta hindrar inte upphovsmännen eller övriga rättsinnehavare att avtala om skydd av innehåll genom tekniska åtgärder inom ramen för ett licensavtal.

Vid den nationella implementeringen av direktivet har man i Finland utgått från ett skydd av tekniska åtgärder som påförts av ”*upphovsmannen eller någon annan med hans tillstånd*”<sup>542</sup>. På motsvarande sätt gäller skyddet av information gällande rättighetsförvaltning upphovsmannen eller någon annan som på hans vägnar eller med hans tillstånd installerat dylik information i verket<sup>543</sup>.

Stadgandets formulering gör inte helt klart huruvida man alltid bör begära upphovsmannens samtycke eller tillstånd för påförandet av en teknisk åtgärd. Om man dock med upphovsman jämställer innehavare av en närstående rättighet eller dem till vilken en rättighet övergått (vilket man bör göra), så kan man logiskt förklara utformningen av bestämmelsen utan att det skulle avvika från upphovsrättsdirektivets utformning. Definitionen kan nämligen motiveras med att det annars skulle råda ovisshet om huruvida det rättsliga skyddet skulle utsträcka sig till elektroniska rättighetsförvaltningstjänster som produceras, och varigenom verket och dess användning kontrolleras, av någon annan än den ursprungliga rättsinnehavaren. Dessutom är en specificering av skyddsobjektet också nödvändigt för att i ett senare skede kunna avgöra vem som har ansvar för att tillhandahålla verket i oskyddad form i de fall

<sup>539</sup> Artikel 6.3 i upphovsrättsdirektivet. DMCA:s stadganden gällande skyddet av tekniska åtgärder och åtkomstkontroll samt skydd av information gällande rättighetsförvaltning definierar inte vilken personkrets som erhåller skyddet. Eftersom DMCA inte specificerar vem som erhåller rättsligt skydd är det oklart om skyddet gäller var och en som påför ett verk en teknisk åtgärd.

<sup>540</sup> Enligt definitionen av tekniska åtgärder gäller skyddet av tekniska åtgärder ”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 upphovsrätt eller närstående rätt eller rätt av sitt eget slag.

<sup>541</sup> Braun, *The Interface* (2003), s. 496-503.

<sup>542</sup> FiURL 50 a §, RP 177/2002 och RP 28/2004.

<sup>543</sup> FiURL 50 d §, RP 177/2002 och RP 28/2004. I motiveringarna till stadgandet konstaterar man att § 50 d skall tolkas på samma sätt som § 50 a.

lagen förutsätter att verket tillhandahålls i oskyddad form<sup>544</sup>.

I amerikansk rättslitteratur har *Samuelson*<sup>545</sup> och *Tian*<sup>546</sup> påtalat det problematiska med att man i DMCA:s stadganden inte specificerar vem som erhåller det rättsliga skyddet. Detta kan potentiellt leda till att DMCA:s förbud mot kringgående utnyttjas för att försvåra utredning av upphovsrättsintrång. DRM-system kan ju användas för att skydda ett verk eller en databas i vilket ett verk inkluderats utan rättsinnehavarens tillstånd. Åtminstone i de nordiska länderna skulle det troligtvis anses vara obilligt att hänvisa till det rättsliga skyddet av DRM-system i ett sådant här fall. Hur som helst befäster den europeiska (och den finska) lagstiftningen principen om att det rättsliga skyddet av DRM-system bör ha ett samband med rättsinnehavarens på upphovsrättslagen baserade skydd.

### 3. BEGRÄNSNINGAR AV DET RÄTTSLIGA SKYDDET AV TEKNISKA ÅTGÄRDER

Inom rättslitteraturen har man under de senaste åren diskuterat frågan om hur absolut och fullständigt det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder är eller borde vara. På basen av texten i WIPO:s Internetkonventioner kan man utgå ifrån att skyddet av tekniska åtgärder var avsett att garantera upphovsrättens effektivitet. Man frågade sig därför om det är tillåtet att kringgå tekniska åtgärder till den del dessa omöjliggör användning av verk eller andra alster på andra sätt än det som explicit tillhör upphovsrätten i form av en rätt att kontrollera mångfaldigande, tillgängliggörande och spridning<sup>547</sup>. Denna fråga konkretiserades först i USA, som också var det första landet i världen att utarbeta en lagstiftning som motsvarar kraven i WIPO:s Internetkonventioner.

#### 3.1. DMCA: Rättighet att kringgå tekniska åtgärder i vissa fall

Diskussionerna om rättigheten att kringgå tekniska åtgärder i USA har baserat sig på möjligheten för Library of Congress att fatta beslut om undantag mot förbudet mot kringgående av tekniska åtgärder<sup>548</sup>, stadgandet om att viss verksamhet i enlighet med DMCA, § 1201 (d)-(j) inte skall anses utgöra ett brott mot förbudet att kringgå tekniska åtgärder, samt det allmänna stadgandet om att skyddet av tekniska åtgärder inte är avsett att påverka stadganden om rättigheter och undantag (inklusive *fair use*), ansvarsstadganden och yttrandefrihet<sup>549</sup>.

Av dessa undantagsgrunder är besluten av Library of Congress sekundära i förhållande till

<sup>544</sup> Detta kan vara fallet i samband med till exempel nationell arkivlagstiftning.

<sup>545</sup> Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy* (1999), s. 534.

<sup>546</sup> Tian, *Business and rights management* (2004), s. 448-449.

<sup>547</sup> Cohen, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help* (1998).

<sup>548</sup> DMCA, § 1201 (a)(1)(B)

<sup>549</sup> DMCA, § 1201 (c), speciellt punkt (1) som lyder: "Nothing in this section shall affect rights, remedies, limitations, or defenses to copyright infringement, including fair use, under this title."

de explicita undantagen från förbudet mot kringgående i DMCA § 1201 (d)-(j). Detta framkommer klart av bl.a. besluten fattade av Library of Congress<sup>550</sup>.

### 3.1.1. *Specifika lagstadgade undantag*

I DMCA § 1201 (d)-(j) uppräknas vissa specifika situationer, i vilka ett kringgående av tekniska åtgärder inte skall anses vara lagstridigt. Dessa gäller: 1) kringgående av åtkomstskydd för biblioteks-, arkiverings- eller undervisningsbruk i vissa fall, 2) kringgående av en teknisk åtgärd vid vissa typer av myndighetsverksamhet, inklusive förundersökning och tryggnad av säkerheten i myndigheters informationssystem, 3) undersökning av hur ett datorprogram fungerar (dekompilering), 4) krypteringsforskning, 5) kringgående av åtkomstskydd, då det är fråga om delar eller komponenter som är avsedda att hindra att minderåriga har tillgång till innehåll på Internet och då kringgåendet inte i sig utgör ett upphovsrättsintrång, 6) kringgående i avsikt att skydda den personliga integriteten i vissa fall, samt 7) säkerhetstestning under vissa förutsättningar. Ett ytterligare undantag finns i Section 402 i DMCA, som utgör Section 112(a) i USA:s upphovsrättslag. Enligt stadgandet bör rättsinnehavaren tillgängliggöra verket i oskyddad form, ifall detta är tekniskt möjligt och ekonomiskt rationellt. Om rättsinnehavaren inte erbjuder verket i oskyddad form skall 8) ett kringgående av tekniska åtgärder vid radio- och televisionssändningar för att framställa en efemär kopia behövlig för sändningen inte betraktas som ett förbudet kringgående av teknisk åtgärd.

Alla dessa undantag berättigar inte att kringgå alla ansvarsstadganden i DMCA. Ansvarsstadgandena kan indelas i

- A) Förbud mot kringgående av åtkomstkontroll
- B) Förbud mot tillverkning, import, marknadsföring och annat tillhandahållande av en teknologi, produkt, service, komponent eller del därav, som primärt är avsedd att användas för kringgående av en teknisk åtgärd som effektivt kontrollerar tillgång (*åtkomstkontroll*) till ett verk
- C) Förbud mot tillverkning, import, marknadsföring och annat tillhandahållande av en teknologi, produkt, service, komponent eller del därav, som primärt är avsedd att användas för kringgående av en teknisk åtgärd som effektivt skyddar *en till upphovsrättsinnehavaren hörande rättighet* till ett verk eller del därav.

Undantagen från ansvarsstadganden kan därmed med beaktande av DMCA:s tre ansvarsstadganden indelas på följande sätt<sup>551</sup>:

<sup>550</sup> Se t.ex. Library of Congress final rule 2003, s. 62017, där Library of Congress konstaterar att det inte finns något behov av ett ytterligare undantag för kringgående av åtkomstmekanism för datorprogram för att åstadkomma samverkansförmåga, eftersom detta redan beaktats i § 1201 (f).

<sup>551</sup> Indelningen baserar sig på Nimmer, A Riff on Fair Use (2000).

	A	B	C
1) Bibliotek, arkiv, undervisning	•		
2) Säkerhet och myndighetsverksamhet	•	•	•
3) Dekompilering <sup>1)</sup>	•	•	•
4) Krypteringsforskning <sup>1)</sup>	•	•	
5) Skydd av minderåriga	•	•	
6) Skydd av personlig integritet	•		
7) Säkerhetstestning	•	•	
8) Radio- och televisionsutsändning	•		

1) Stadgandena i DMCA innehåller specifika villkor för till vilken del undantaget skall tillämpas vid de olika förbuden.

Tabell 3. Undantag från ansvar enligt DMCA

Dessa specifika undantag utgör en ursäktande grund för kringgående av tekniska åtgärder.

Inom rättsdoktrinen har undantagens omfattning väckt diskussion. Till exempel undantaget gällande krypteringsforskning har ansetts vara så snävt utformat att det hindrar datasäkerhetsforskning<sup>552</sup>. Två därmed förknippade fall är *Felten*-fallet och *Skylarov*-fallet.

I *Felten*-fallet hade SDMI (Secure Digital Music Initiative) offentligt utmanat tekniska experter att testa SDMI:s teknologi. Med professor Felten i spetsen antog en forskargrupp denna utmaning. Då forskargruppen senare skulle presentera sina forskarrön vid en datasäkerhetskonferens hotade SDMI forskarna med att de skulle bli dragna inför rätta för kringgående av teknisk åtgärd i enlighet med DMCA. Motsvarande hot framfördes också till forskarnas arbetsgivare och konferensarrangören. Forskarna drog sig motvilligt ur konferensen, men har senare kunnat publicera delar av sin forskning vid en senare konferens.

Skylarov-fallet gällde en rysk vetenskapsman, som i juli 2001 greps vid en kongress i Las Vegas i USA då han presenterade forskningsresultat som berörde möjligheterna att kringgå det tekniska skyddssystemet i Adobes elektroniska bok (eBook reader). Skylarov frigavs i december 2001, efter att ha gått med på att vittna mot sin arbetsgivare, datateknologiföretaget Elcom<sup>553</sup>.

Också omfattningen av undantaget för dekompilering för att uppnå samverkansförmåga har prövats i domstol. I *Lexmark v Static Control* ansåg distriktsdomstolen först att produktion av ett datorchip som efterapade Lexmarks motsvarande datorchip som användes för att identifiera Lexmarks bläckpatroner utgjorde ett förbjudet kringgående av en teknisk åtgärd till skydd för ett datorprogram<sup>554</sup>.

Detta domslut åstadkom oro över att DMCA kunde användas för att motverka konkur-

<sup>552</sup> Samuelson, Towards More Sensible Anti-Circumvention Regulations (2001).

<sup>553</sup> US v. Dmitry Skylarov. Pretrial Diversion Agreement 2001. En bidragande orsak till att fallet tilldrog sig så mycket uppmärksamhet var fallets internationella anknytning; Skylarovs forskning, som ägt rum i Ryssland, stred inte mot rysk lag. Trots detta ansåg de amerikanska myndigheterna att han kunde åtalas för dessa gärningar enligt amerikansk lag. Elcom anklagas för att ha tillhandahållit (marketing and trafficking) en applikation för kringgående av tekniska åtgärder som ingår i Adobe Acrobats E-book, se US v. Elcom, Ltd, 203 F.Supp.2d 1111, 2002.

<sup>554</sup> Lexmark v. Static Control Components, 253 F.Supp.2d 943, 2003.

rens på helt andra marknader än de som skyddas av upphovsrätt. Datorchipet innehöll en funktion för elektroniskt ”handslag”, varmed bläckpatronen identifierades och som var avsedd att säkra att endast Lexmarks bläckpatroner kunde användas i en Lexmark-skrivare. Avsikten var att binda konsumenterna till Lexmark på sekundärmarknaden för bläckpatroner. Arrangemanget innebar också att Lexmark kunde sälja sina skrivare med förlust, eftersom vinsten togs ut från sekundärmarknaden för bläckpatroner.

Appellationsdomstolen nådde dock senare ett motsatt resultat i Lexmark-fallet<sup>555</sup> med motiveringen att datorchipet utvecklat av Static Control Components var nödvändigt för att uppnå samverkansförmåga, dvs. för att även bläckpatroner som inte var gjorda av Lexmark skulle kunna användas i Lexmark-skrivare. Domstolen ansåg därmed att kringgåendet var tillåtligt enligt § 1201 (f), det vill säga det utgjorde dekompileing i avsikt att uppnå samverkansförmåga. Dessutom ansåg man att det inte i detta fall över huvud taget var fråga om en teknisk åtgärd som påförts för att skydda upphovsrätt. Det var ju inte datorprogrammen i sig som exploaterades kommersiellt, utan datorprogrammen var avsedda att skydda Lexmarks marknader för bläckpatroner.

*Storagetek v Custom Hardware*<sup>556</sup> bekräftade tolkningen i Lexmark v Static Control. Det kan noteras att avtalet mellan försäljare och kund i amerikansk rätt är central för tolkningen av om kunden kan anses ha en rätt att kringgå en åtkomstmekanism. Då en kund köpt varan, och då kopiering av koden är en förutsättning för att varan skall kunna användas och dekompileing inte explicit utesluts, har man ansett att avtalet gällt till förmån för tredje part som reparerat varan. Bedömningen blir alltså betydligt svårare ifall försäljaren av en vara som innehåller funktionell programkod och en teknisk åtgärd som förhindrar tillgång till sådan programkod även påför avtalsvillkor som förbjuder dekompileing.

### 3.1.2. Undantag baserade på beslut av Library of Congress

Enligt § 1201 (a)(1)(B) i DMCA gäller förbudet mot kringgående av tekniska åtgärder som effektivt kontrollerar tillgång till ett upphovsrättsligt verk (*åtkomstkontroll*) inte *vissa klasser* av verk som *undantagits genom beslut av Library of Congress*<sup>557</sup>.

Av förarbetena<sup>558</sup> framkommer att undantag endast skall beviljas i de fall då tekniska åtgärder utgör ett väsentligt hinder (*substantial adverse effect*<sup>559</sup>) för tillåten användning (*noninfringing use*). Vid bedömningen av om en teknisk åtgärd hindrar tillåten användning bör man endast

<sup>555</sup> Lexmark v. Static Control Components, 387 F.3d 522, 2004.

<sup>556</sup> Storagetek v Custom Hardware, 421 F.3d 1307, 2005.

<sup>557</sup> Einhorn har påtalat vissa problem som gäller Library of Congress' befogenheter. För det första gäller undantagen endast vissa specifika klasser av verk, och undantag kan inte beviljas om man inte specificerar vilka klasser av verk undantaget gäller. Det torde dock stå klart att en åtkomstkontrollmekanism kan gälla olika klasser av verk och de negativa effekterna av att kringgående inte tillåts kan därmed också gälla olika klasser av verk. Dessutom krävs det att åtkomstkontrollen skall ha haft en klar, demonstrerad effekt på lagenligt användande. Enligt Einhorn borde man tillåta att man vid "demonstrated effects"-testet också skulle beakta framtida eller potentiell användning som borde vara tillåtligt. Undantagen beviljas endast för åtkomstkontrollmekanismer, inte kopieringsskydd. Einhorn påpekar att det på grund av den tekniska utvecklingen i allt högre grad är svårt att avgöra om det är fråga om en åtkomstkontrollmekanism eller ett kopieringsskydd, eftersom dessa är på väg att sammansmälta. Einhorn, Media, Technology and Copyright (2004), s. 64-65.

<sup>558</sup> Commerce Committee Report. 1998.

<sup>559</sup> Enligt Library of Congress final rule 2000, s. 64558 anses inte besvär (*mere inconvenience*) eller enstaka fall utgöra en betydande olägenhet (*substantial adverse affect*).

beakta urskiljbara, kontrollerbara och mätbara effekter. Meningen är också att intervensera endast i sådana situationer där marknaden inte själv förmår korrigera situationen<sup>560</sup>. Detta är fallet ifall det inte finns verksexemplar i oskyddad form tillgängliga på marknaden<sup>561</sup>.

Library of Congress skall enligt DMCA vart tredje år publicera en lista över klasser av upphovsrättsliga verk för vilka förbudet mot kringgående inte gäller. Det första beslutet av Library of Congress utkom den 27 oktober 2000, och de undantag som då beviljades var i kraft till 28 oktober 2003. Enligt beslutet gällde undantaget två klasser av verk; kompilationer bestående av listor över webbsidor blockerade av filtreringsprogram, samt litterära verk, inklusive datorprogram och databaser, som skyddas av åtkomstkontrollmekanismer som hindrar åtkomst på grund av ett tillfälligt eller permanent fel eller på grund av att det föräldrats<sup>562</sup>. *Bägge undantagen gäller alltså situationer där tekniska åtgärder hindrar korrigering av ett kvalitetsfel i produkten.*

Gällande det första undantaget konstaterades det att blockeringslistorna vanligen är krypterade. Behovet att kringgå denna kryptering baserade sig på att blockeringslistorna, som är upphovsrättsligt skyddade såsom kompilationer, bevisligen ofta felaktigt listar webbsidor som inte i verkligheten har ett sådant innehåll som filtreringsprogrammet är avsett att hindra tillgång till. Korrigering av eventuella fel i blockeringslistorna förutsätter därför att man har tillgång till listorna i okrypterad form. Dessutom hindrar krypteringen möjligheten att kritiserar dessa listor, varför krypteringen påverkar yttrandefriheten<sup>563</sup>.

Det andra undantaget gäller speciellt s.k. *dongles*, ett slags hårdvara som verkar tillsammans med datorprogram för att förhindra oauktoriserad tillgång till datorprogram. Dessa åtkomstkontrollmekanismer fungerar inte alltid som de borde och resulterar i att även auktoriserade användare inte har tillgång till datorprogrammet. I de fall då försäljaren vägrar att inom skälig tid reparera eller förnya åtkomstkontrollmekanismen, kräver att nya datorprogram istället köps eller då försäljaren slutat med sin verksamhet, anses det att användaren själv borde få skrida till åtgärder för att få tillgång till datorprogrammet.

I sitt andra beslut<sup>564</sup>, som var giltigt från den 28 oktober 2004 till den 27 oktober 2006 har Library of Congress begränsat de båda tidigare antagna undantagen och därutöver accepterat två nya undantag. Enligt beslutet skulle det vara tillåtet att kringgå en åtkomstmekanism för följande typer av verk:

- ▶ kompilationer bestående av listor över webbsidor blockerade av kommersiellt tillgängliga filtreringsprogram, dock inte listor över webbsidor som är avsedda att skydda datorer eller datanätverk från skador eller som är avsedda för filtrering av e-postmeddelanden,
- ▶ datorprogram som skyddas av åtkomstkontrollmekanismer (*dongles*) som hindrar tillgång pga. ett tillfälligt eller ett permanent fel eller på grund av att det föräldrats,
- ▶ datorprogram och videospel som distribuerats i ett format som föräldrats och

<sup>560</sup> Library of Congress final rule 2000, s. 64557-64558.

<sup>561</sup> Jfr här Library of Congress final rule 2003, s. 62016, där man konstaterar att ett i och för sig möjligt undantag från förbudet att kringgå åtkomstskydd inte kunde beviljas i brist på bevis för att det inte fanns tillgång till verksexemplar på marknaden som saknade dylikt åtkomstskydd.

<sup>562</sup> Library of Congress final rule 2000, s. 64562-64566.

<sup>563</sup> Library of Congress final rule 2000, s. 64564.

<sup>564</sup> Library of Congress final rule 2003, s. 62011-62018.



- som kräver det ursprungliga mediet eller hårdvaran för att fungera<sup>565</sup>, samt
- ▶ litterära verk distribuerade i e-bokformat, då alla existerande upplagor av e-boken påförts tekniska åtgärder som åsidosätter e-bokläsarnas uppläsningfunktion (*read-aloud functions*) och överföring till speciella format. Med speciella format avses här närmast överföring till blindskrift.

Såsom man i Library of Congress' beslut konstaterat, har förutsättningarna för att definiera vilka verk som skall undantas förbudet mot kringgående av åtkomstkontroll varit mycket snävt. I de allra flesta fall har Library of Congress varit tvungen att avslå ansökan om att undanta vissa kringgåenden därför att det inte varit fråga om någon specifik typ av verk, utan närmast berört den allmänna balansen mellan användarnas intresse av tillgång till verk och upphovsrättsinnehavarnas intresse av att hindra tillgång till verk. Library of Congress har till denna del konstaterat att de inte har behörighet att avgöra vad som är rätt balans mellan motstridiga intressen, utan att detta är en sak som bör avgöras av lagstiftaren.

Library of Congress' beslut från år 2003 innehåller några intressanta ställningstaganden och klargöranden. Man nekade undantag från förbudet att kringgå tekniska åtgärder för verk som är fria från upphovsrätt (verk där skyddstiden utgått eller som annars inte är skyddade), eftersom det enligt DMCA inte är förbjudet att kringgå åtkomstskydd på oskyddade verk<sup>566</sup>.

Vidare har man tagit ställning till huruvida det är tillåtet att kringgå skydd av DVD-regionkoder och där konstaterat att det finns olika sätt för konsumenter att erhålla tillgång till regionkodade DVD-filmer. Library of Congress utgår ifrån att det är klart förbjudet att kringgå DVD-regionkoder<sup>567</sup>. Library of Congress anser alltså att det kommer an på konsumenten att hitta ett medel som gör det möjligt för denna att erhålla tillgång till verket, t.ex genom att skaffa sig en DVD-spelare som kan avläsa regionkoden ifråga.

Library of Congress har också varit tvungen att ta ställning till om det borde vara tillåtet att kringgå en teknisk åtgärd för att göra DVD-filmer tillgängliga i Linux-baserade datorer. I detta fall ansåg Library of Congress att fördelarna med att tillåta kringgående (samverkansförmågan) är mindre än nackdelarna med tanke på risken för utökad piratism<sup>568</sup>.

Besluten av Library of Congress är sekundära i förhållande till de ovan i kapitel IV.3.1 citerade specifika lagstadgade undantagen. Vad gäller det lagstadgade undantaget av kringgående av åtkomstskydd, då det är fråga om delar eller komponenter som är avsedda att hindra att minderåriga har tillgång till innehåll på Internet, så kan man notera att det sammanfaller med det ovan citerade beslutet av Library of Congress. Man kan fråga sig vilket mervärde beslutet av Library of Congress medför, eftersom kringgående av åtkomstskydd i detta specifika fall

---

<sup>565</sup> Detta undantag föreslogs av The Internet Archive, ett på ideell basis fungerande bibliotek som samlar in webbsidor, datorprogram och annat digitalt material och arkiverar det. The Internet Archive påpekade behovet av att kunna insamla digitalt material och omvandla det till en form som är arkivbeständigt redan innan en applikation blivit föråldrat (och i praktiken obrukbart). Undantaget är avsett att möjliggöra kringgående av åtkomstkontroll för verk på CD-ROM-skivor eller disketter som gör att en digital kopia av ett verk inte är funktionsdugligt.

<sup>566</sup> Library of Congress final rule 2003, s. 62015. Detta uttalande kan ses som ett resultat av det allmänna stadgandet i DMCA § 1201 (c) om att skyddet av tekniska åtgärder inte är avsett att påverka stadganden om rättigheter och undantag (inklusive *fair use*), ansvarsstadganden och yttrandefrihet. Jämför detta med stadgandena i direktivet om villkorad tillgång 98/84/EG, enligt vilket det är förbjudet att kringgå mekanismer för åtkomstkontroll oberoende av om innehållet är upphovsrättsligt skyddat eller inte.

<sup>567</sup> Library of Congress final rule 2003, s. 62016. I Finland har man ansett att kringgående av DVD-regionkoder inte innebär ett kringgående av en teknisk åtgärd i upphovsrättslig bemärkelse, eftersom regionkoden inte ger uttryck för en rättighet skyddad av upphovsrätten. RP 28/2004.

<sup>568</sup> Library of Congress final rule 2003, s. 62017. Det här hindrar dock inte användare från att i specifika fall använda argument som teknisk samverkansförmåga eller ”den upphovsrättsliga balansen” som ett försvar vid åtal gällande kringgående av tekniska åtgärder, se kapitel IV.3.1.4 nedan.



redan beviljats av lagstiftaren. Library of Congress klargjorde i beslutet från år 2003 att man inte tillerkänner undantag som redan beaktats av lagstiftaren inom ramen för de specifika på lag baserade undantagen i DMCA 1201 § (d)-(j).

Det kan finnas två skäl till behovet av kompletterande stadganden i detta fall. Undantaget till förmån för skydd av minderåriga förutsätter att det är fråga om en applikation som är avsedd att hindra att minderåriga har tillgång till innehåll på Internet samt att kringgåendet inte i sig utgör ett upphovsrättsintrång. Ett kompletterande stadgande dvs. undantag beviljat av Library of Congress, kan alltså behövas ifall det är fråga om en applikation som inte är avsedd att hindra minderåriga från att komma åt innehåll eller ifall kringgåendet innebär ett upphovsrättsintrång, t.ex. genom att en kopia framställs eller innehållet görs tillgängligt för allmänheten.

Library of Congress' beslut innebär en positiv förhandstillåtelse av ett kringgående, medan de specifika lagstadgade undantagen i DMCA § 1201 (d)-(j) i normala fall endast är avsedda att användas som försvar mot åtal eller käromål som gäller kringgående av skyddsåtgärder. Denna tolkning omfattas av Nimmer, som också poängterar att en rättsinnehavare som anser att Library of Congress' beslut är felaktigt inte har någon möjlighet att stämna den som kringgår en teknisk åtgärd eller erbjuder medel för dylikt kringgående. I dylika fall är rättsinnehavaren först tvungen att bestrida lagligheten i Library of Congress' beslutsfattande (rule-making process) i förvaltningsprocessrättslig ordning<sup>569</sup>.

I sitt tredje beslut från år 2006, som gäller från den 27 november 2006 till den 27 oktober 2009 undantogs sex klasser av verk. Av dessa förnyades med vissa smärre förändringar tre av de undantag som beviljats år 2003. Det var endast undantaget som gällde kringgående av krypterade listor över webbsidor som ingår i filtreringsprogram som inte förnyades. Detta motiverades med att man inte framlagt bevis över behovet av undantaget utan nöjt sig med att hänvisa till det som framlagts år 2003. Då man dessutom inte kunnat påvisa att undantaget verkligen utnyttjas ansåg Library of Congress att undantaget uppenbarligen är onödigt. Undantaget som gällde datorprogram och videospel som distribuerats i ett format som föråldrats och som kräver det ursprungliga mediet eller hårdvaran för att fungera specificerades så att syftet med kringgåendet bör vara att möjliggöra exemplarframställning och användning för preservings- och arkiveringsändamål.<sup>570</sup>

Till de nya klasser av verk för vilket kringgående av en teknisk åtgärd godkändes hör *audiovisuella verk som ingår i en läroanstalts bibliotek och där avsikten med kringgåendet är att möjliggöra framställning av kompilerade delar av dessa verk för användning av lärare och elever i mediala studier eller filmundervisning på college- eller universitetsnivå*. I detta fall beaktade man att man för medial- och filmundervisning behöver ha tillgång till audiovisuella verk i ett högklassigt format, såsom DVD. Det faktum att verket finns tillgängligt utan kopieringsskydd i andra format med sämre kvalitet utgjorde alltså inte en faktor som åsidosatte behovet av att kringgå en teknisk åtgärd<sup>571</sup>. Detta undantag är onekligen det mest intressanta, eftersom man uttryckligen här gått in för att användarna kan kräva att få kringgå en teknisk åtgärd för ett visst format trots att det på marknaden finns exemplar av verket i format som inte skyddas genom en teknisk åtgärd.

<sup>569</sup> Nimmer, *A Riff on Fair Use* (2000), s. 698.

<sup>570</sup> Library of Congress final rule 2006, s. 68472-68480.

<sup>571</sup> *Ibidem*, s. 68473-68474.

Ett annat nytt undantag är för kringgående av *åtkomstkontrollmekanismer på mobiltelefoner avsedda att binda konsumenten till en viss teleoperator, ifall konsumenten önskar byta abonnemang till en annan operatör* efter utgången av den ursprungliga kontraktperioden. Man konstaterade att det i detta fall inte rörde sig om en mekanism avsedd att skydda ett upphovsrättsligt intresse utan om en mekanism som erbjuder en fördel för en tredjepart som använder förbudet mot kringgående i DMCA som ett medel att kontrollera hårdvaran.<sup>572</sup>

Dessutom antogs ett undantag för kringgående av en teknisk åtgärd som skyddar ett *musikverk eller ett audiovisuellt verk i samband med det, som distribueras i CD-format och som förorsakar eller utnyttjar datasäkerhetsbrister i syfte att i god tro testa, undersöka eller korrigera sådana säkerhetsbrister eller sårbarheter*. Detta undantag berör Sony's XCP-kopieringsskydd. Det intressanta i samband med detta undantag är att § 1201 (j) redan i sig undantar kringgående av tekniska åtgärder för ovan anförda syften. Trots detta ansåg man att det inte var helt klart att sagda stadgande är tillämpligt på fallet och för att ytterligare klargöra situationen befäste man alltså ifrågasättande undantag.<sup>573</sup>

De undantag från förbudet att kringgå tekniska åtgärder som kan beviljas på basen av DMCA § 1201 (a)(1)(b) är alltså mycket begränsade och specifika. Ur europeiskt och nordiskt perspektiv verkar beslutsfattandet mycket tungrovt. Det framgår dock av förarbetena att ändamålet varit att åstadkomma ett mer flexibelt system genom att ersätta lagstiftningsprocessen med denna administrativa beslutsprocess<sup>574</sup>.

Det är oklart vilka praktiska följder Library of Congress' beslut har haft och om man faktiskt har kringgått tekniska åtgärder i någon större mån för att få tillgång till verket i enlighet med de beviljade undantagen. Det är också oklart om man fortfarande anser att den beslutsfattningsprocess man vidtar är värd besväret och kostnaderna med beaktande av dess praktiska relevans.

### 3.1.3. Frågan om en allmän begränsning av skyddet av tekniska åtgärder

Enligt § 1201 (c) i DMCA skall skyddet av tekniska åtgärder inte påverka upphovsrättens balans<sup>575</sup>. Stadgandet har i USA väckt diskussion, och man har frågat sig dels huruvida skyddet av tekniska åtgärder ens i teorin möjliggör uppnåendet av balans mellan upphovsrättsinnehavarnas och användarnas intressen till information<sup>576</sup>, och dels vilka praktiska konsekvenser detta stadgande skulle kunna tänkas få. Det har bland annat spekulerats kring frågan om stadgandet i § 1201 (c), enligt vilket det rättsliga skyddet av DRM-system inte skall påverka upphovsrättens balans, inklusive tillämpningen av bl.a. *fair use*, innebär en självständig och självverkande tillåtelse att kringgå tekniska åtgärder för att kunna nyttja ett verk i enlighet

<sup>572</sup> Ibidem, s. 68476.

<sup>573</sup> Ibidem, s. 68477.

<sup>574</sup> Commerce Committee Report 1998, s. 36-37.

<sup>575</sup> Stadgandet lyder på följande sätt: "Nothing in this section shall affect rights, remedies, limitations, or defences to copyright infringement, including fair use, under this title."

<sup>576</sup> Nimmer förhåller sig reserverat till den nya "balans" mellan egendomsrätt och användarrättigheter som skyddet av tekniska åtgärder innebär. Nimmer, A Riff on Fair Use (2000).

med *fair use*<sup>577</sup>.

Det har dock påpekats att en dylik diskussion är irrelevant, eftersom intresset av kringgående av en teknisk åtgärd för ett *fair use*-ändamål inte är praktiskt genomförbart dels på grund av bristande tekniska kunskaper hos dem som skulle ha behov av att utföra ett dylikt kringgående<sup>578</sup> och dels därför att det skulle vara ekonomiskt irrationellt<sup>579</sup>. Det har också konstaterats att stadgandet är alltför allmänt för att kunna erbjuda en direkt tillåtelse till kringgående eller tillhandahållande av medel för kringgående, och att den därför snarast bör tolkas som en del av de mer specifika undantagen från förbuden i DMCA<sup>580</sup>.

DMCA förbjuder inte kringgående av en teknisk åtgärd då man lagligen erhållit tillgång till ett verk, däremot är det även i dessa fall förbjudet att erbjuda tjänster eller produkter för att den tekniska åtgärden skall kunna kringgåas. Avsikten med detta har varit att möjliggöra berättigad användning (*fair use*)<sup>581</sup>. Det är också tillåtet för en tredje part att nyttja innehåll som dekrypterats eller på annat sätt frilagts från tekniskt skydd i enlighet med *fair use*-stadgandena<sup>582</sup>.

Det är alltså endast förbjudet att kringgå *åtkomstkontrollmekanismer*. Domstolen lämnade i Elcom-fallet öppet om en åtkomstkontrollmekanism lagenligt kunde kringgåas ifall den utgör ett hinder för *fair use*<sup>583</sup>.

Fallet *Chamberlain v Skylink* berörde teknologi för automatisk garageportöppnare. Skylinks portöppnare kringgick en digital kod som Chamberlain använde i sin portöppnare med den följden att Skylinks portöppnare gick att använda i de portöppningssystem Chamberlain levererat till kunden. I *Chamberlain v Skylink*<sup>584</sup> konstaterade domstolen att skyddet mot kringgående av tekniska åtgärder i DMCA inte är avsett att medföra en ändring i den upphovsrättsliga balansen. Chamberlain skulle därmed vara skyldig att påvisa att de inte tillåtit användning av datorprogrammet i en situation där konsumenterna vanligen kan anta att dylikt tillstånd finns (fråga om sedvanligt bruk). Dessutom hade Chamberlain inte ens påstått att Skylinks produkt skulle ha gjort intrång i Chamberlains upphovsrätt eller förklarat hur Skylinks produkt möjliggjorde intrång i en rättighet skyddad av upphovsrätt<sup>585</sup>.

<sup>577</sup> Julie Cohen har argumenterat att tekniska åtgärder är att jämföra med standardavtalsvillkor, som bestäms och påförs av en part. Om rättsinnehavare inte har rätt att genom avtal frångå upphovsrättslagens konstitutionella begränsningar av upphovsrätten, bör detta även innebära att rättsinnehavarna inte kan ha en rätt att kringgå dessa begränsningar genom datorkod. Ifall så sker, borde det finnas en rättighet att kringgå tekniska åtgärder, eftersom det bör finnas en faktisk möjlighet att nyttja ett verk i enlighet med dessa begränsningar. Cohen, *Copyright and The Jurisprudence of Self-Help* (1998), s. 1138-1142. Cohen förklarar inte på vilket sätt tekniska åtgärder i praktiken skulle förhindra yttrandefriheten, vilket verkar vara den grundrättighet hon åsyftar.

<sup>578</sup> Stadgandena om förbud gällande kringgående av tekniska åtgärder i DMCA, liksom även i Upphovsrättsdirektivet, hindrar uppkomsten av en marknad för tjänster och varor för kringgående av tekniska åtgärder. Var och en som önskar kringgå en teknisk åtgärd skulle därför vara tvungen att inhämta tillräcklig kunskap genom egen forskning och själv utveckla behövlig teknik för ändamålet. Nimmer, *A Riff on Fair Use 2000*, s. 739-740.

<sup>579</sup> I *Davis, On Self-Enforcing Contracts* (1998) konstateras att den ekonomiska nyttan av *fair use*-användning vanligen underskrider kostnaderna för kringgående av tekniska åtgärder. Kringgående av tekniska åtgärder är därför endast lönsam då man strävar till att få tillgång till ett verk i ekonomiskt syfte.

<sup>580</sup> Nimmer, *A Riff on Fair Use* (2000).

<sup>581</sup> Judiciary Committee Report. 1998, s. 18.

<sup>582</sup> *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429, 2001.

<sup>583</sup> I *Elcom*-fallet konstaterade domstolen att det inte är förbjudet att kringgå tekniska åtgärder i *fair use*-syften. Tolkningen av stadgandet försvåras av att tillämpningen av *fair use* är beroende av marknadens och affärsmodellernas utveckling. *Fair use* är inget statiskt begrepp, utan tolkningen är beroende av en helhetsbedömning i varje specifikt fall.

<sup>584</sup> *The Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.* 381 F.3d 1178, 2004.

<sup>585</sup> "Chamberlain, however, has failed to show not only the requisite lack of authorization, but also the necessary fifth element of its claim, the critical nexus between access and protection. Chamberlain neither alleged copyright infringement nor explained how the access provided by the Model 39 transmitter facilitates the infringement of any right that the Copyright Act protects." (*kurs. författarens*) *The Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.* 381 F.3d 1178, 2004.

I *RealNetworks v Streambox*<sup>586</sup> förvägrades RealNetworks av domstolen ett interimistiskt förbud mot ett filkonverteringsprogram som möjliggjorde konvertering från RealMedia-format till andra format såsom WAV, RMA och MP3 uppenbarligen på den grund att det här var fråga om en omvandling av lagligen erhållet innehåll från ett format till ett annat. Däremot godkändes yrkandet på interimistiskt förbud gällande en applikation (Streambox VCR) som kringgår åtkomstkontroll och kopieringsskydd.

Det bör noteras att man i amerikansk rätt klart och tydligt erkänner att upphovsrätten begränsas av andra grundrättigheter<sup>587</sup>. Skyddet av tekniska åtgärder får därmed inte inkräkta på konstitutionella grundrättigheter. I *Universal v Corley*<sup>588</sup> samt i *Universal v Reimerdes*<sup>589</sup> konstaterar man dock att stadgandet i § 1201 (c) trots detta inte innebär att skyddet av tekniska åtgärder i DMCA bör tolkas snävt. Trots att svaranden varken hade producerat dekrypteringsprogrammet eller använt det för att kringgå en teknisk åtgärd kunde de därför dömas för brott mot skyddet av tekniska åtgärder i DMCA.

*Universal v Corley* gällde balansen mellan yttrandefrihet och skyddet av tekniska åtgärder. Mer konkret undersökte man huruvida skyddet av tekniska åtgärder hindrar yttrandefrihet gällande en datorkod för dekryptering av krypteringsskydd samt huruvida förbud mot publicering av dekrypteringskod och länkning till dylik kod otillbörligen (dvs. på ett oproportionellt och omotiverat sätt) inskränker yttrandefriheten. Fallet gällde publicering av en dekrypteringskod för friläggande av CSS-krypterade DVD-skivor på en Internet-sida för hackers, och länkning till andra sidor där dekrypteringskoden också fanns publicerad. Svaranden ansåg att publicering av koden inte kunde utgöra ett brott mot förbudet mot kringgående, eftersom dekryptering i vissa fall bör anses vara förenlig med DMCA samt *fair use*-principen.

Domstolen konstaterade att dekrypteringskoden (liksom även hyperlänkar) nog kunde anses utgöra ett "yttrande" enligt yttrandefrihetsstadgandena. Samtidigt har dock detta yttrande en funktionell sida, som inte skyddas av yttrandefrihetsstadgandena. Det är denna funktionella sida som förbudet mot kringgående enligt DMCA gäller. Domstolen ansåg att förbudet mot kringgående enligt DMCA inte otillbörligen inskränkte yttrandefriheten, eftersom avsikten måste anses ha varit att sprida datorkodens funktionella element och inte att uttrycka en åsikt. Hyperlänkning till en webbsida som innehöll DeCSS var alltså förbjudet då man kunde visa att svaranden visste att det fanns sådant material på webbsidan, vars tillhandahållande är illegalt och att avsikten varit att sprida denna teknologi med hjälp av hyperlänken. Trots att det i vissa fall kan anses förenligt med *fair use* att kringgå en teknisk åtgärd, konstaterade domstolen att det här inte var fråga om att svaranden strävat efter att nyttja ett verk i enlighet med *fair use*-stadgandet. Inget i det interimistiska förbud som utfärdats av distriktsdomstolen hindrade heller svaranden från att nyttja verket i enlighet med *fair use*.

I *DVD Copy Control Association v. Andrew Bunner*<sup>590</sup> nådde domstolen dock delvis en motsatt slutsats. Enligt domstolen utgjorde inte skyddet av affärshemligheter, liksom inte heller upphovsrätt, en tillräcklig orsak att inskränka yttrandefriheten. Man ansåg därför att det inte fanns skäl att förbjuda Bunner från att publicera hyperlänkar till Internetsidor där DVD-dekrypteringskoden fanns publicerad. Domstolen höll inte med DVD Copy Control Association att svaranden visste eller borde ha vetat att de missbrukat

<sup>586</sup> *RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc.* Not Reported in F.Supp.2d, 2000 WL 127311, 2000.

<sup>587</sup> Jfr. nedan diskussionen gällande RP177/2002, där man entydigt förespråkar att upphovsrättsens undantag, dvs. även de som gäller exempelvis rätten till en rättvis rättegång, skall tolkas snävt. Undantagens anknytning till grundrättigheter beaktas sålunda inte.

<sup>588</sup> *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429, 2001.

<sup>589</sup> *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F.Supp.2d 346, 2000.

<sup>590</sup> *DVD Copy Control Ass'n v. Bunner*, 113 Cal.Rptr.2d 338, 2001. Detta domslut kom senare att åsidosättas och *DVD Copy Control Ass'n* få ett interimistiskt förbud genom *DVD Copy Control Ass'n, Inc. v. Bunner*, 31 Cal.4th 864, 2003. Den senaste turen i denna process friar igen Bunner med motiveringen att det inte kan strida mot förbud mot spridning av affärshemlighet att länka till information som redan blivit allmänt känd. *DVD Copy Control Ass'n Inc. v. Bunner*, 116 Cal.App.4th 241, 2004.

konfidentiell privat egendom, erhållen på olaga sätt, genom att länka till dekrypteringsprogrammet, utan ansåg att länkning tillhör Internets grundstruktur och att den som upprätthåller en lista över hyperlänkar inte kan hållas ansvarig för innehållet på de sidor man länkar till. Domstolen utgick med andra ord ifrån att ett förbud mot publicering av dekoderprogrammet borde riktas till innehavarna av dylika webbsidor och inte till dem som möjligtvis skapar en hyperlänk till dessa sidor.

Man kan konstatera att frågan om huruvida det strider mot DMCA att länka till innehåll, med hjälp av vilken en teknisk åtgärd kan kringgå, inte verkar vara slutgiltigt avgjord. Utvecklingen av rättspraxis beror till denna del mycket på hur man allmänt kommer att förhålla sig till länkning till olagligt innehåll på Internet.

### 3.1.4. Slutsatser gällande balansen mellan rättigheter och intressen i förhållande till det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i DMCA

Användarnas rättigheter beaktas i den amerikanska upphovsrättslagen dels genom en allmän begränsning av skyddet av tekniska åtgärder och dels genom en undantagsstruktur med flera lager.

Enligt DMCA begränsas det absoluta rättsliga skyddet av tekniska åtgärder till åtgärder för *åtkomstkontroll*. I övriga fall har man i princip rätt att kringgå tekniska åtgärder för att kunna nyttja ett verk i enlighet med *fair use*. Rätten att kringgå en teknisk åtgärd har alltså gjorts beroende av att man har laglig tillgång till ett verk. Denna egenhandsrätt innehåller en uppenbar konflikt, eftersom bristen på lagliga marknader för tjänster och produkter för kringgående i vilket fall som helst i praktiken omöjliggör ett kringgående. Endast sådant ”kringgående” som kan göras utan att manipulera den tekniska skyddsmekanismen är därför möjlig.

Förbudet mot kringgående av åtkomstkontroll och förbudet mot tillhandahållande av medel för kringgående av åtkomstkontroll eller andra tekniska åtgärder begränsas genom en explicit undantagsstruktur, som dels består av ett förfarande där kringgående av åtkomstkontroll uttryckligen tillåts i vissa specifika fall för en viss tid, och dels av en lagstadgad tillåtelse att kringgå tekniska åtgärder i vissa situationer. Dessa situationer hänför sig till biblioteks-, arkiv- och undervisningsverksamhet, nationell säkerhet och myndighetsverksamhet, dekompileering, krypteringsforskning, skydd av minderåriga eller personlig integritet, säkerhetstestning eller radio- och televisionsutsändning. Dessa undantag baserar sig på en bedömning av i vilka situationer det kan finnas ett rationellt och välgrundat intresse att kringgå en teknisk åtgärd eller tillåta tillhandahållandet av medel för kringgående. Däremot är de inte direkt jämförbara med eller beroende av något upphovsrättsligt *fair use*-ändamål.

Skillnaden mellan förfarandet för explicita undantag av åtkomstkontroll genom beslut av Library of Congress och de övriga specifika undantagen från rättsligt skydd av tekniska åtgärder är att Library of Congress' beslut utgör en förhandstillåtelse medan de övriga undantagen utgör ett försvar mot anklagelser om brott mot det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder. I praktiken torde skillnaden endast innebära en lätt förskjutning av bevisbördan.

Frågan om huruvida DMCA:s stadgande om att skyddet av tekniska åtgärder inte skall påverka upphovsrättens balans skulle ha någon praktiskt betydelse som ett argument för begränsning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder lämnas här öppen. Såsom Nimmer har poängterat kunde detta stadgande få betydelse ifall man visar att en teknisk åtgärd på ett avgörande sätt påverkar samhällets tillgång till innehåll. Stadgandet kan därför få betydelse i

vissa extrema eller oförutsedda situationer<sup>591</sup>. I varje fall kopplar den det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder till kravet om att skyddet av upphovsrätt bör utformas i överensstämmelse med samhällets bästa<sup>592</sup> och möjliggör en viss flexibilitet då omfattningen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder bedöms.

### 3.2. Från ”egenhandsrätten” i DMCA till statsintervention i upphovsrättsdirektivet

Inom EU räckte det förvånansvärt länge innan man noterade den amerikanska diskussionen kring de problem som ett absolut skydd av tekniska åtgärder för med sig. Varken grönboken eller förslaget till upphovsrättsdirektiv KOM(97)628 berörde problematiken. Först i samband med Rådets gemensamma ståndpunkt om upphovsrättsdirektivet (1997/359(COD)) framlade man planer på nya stadganden som beaktar behoven av att i vissa fall kunna kringgå tekniska åtgärder. Enligt upphovsrättsdirektivet kan medlemsländerna ha en positiv skyldighet att sörja för tillämpligheten av upphovsrättsliga inskränkningar i vissa fall. Utgångspunkten är att rättsinnehavaren på frivillig väg bör se till att användarna kan utnyttja vissa av upphovsrättens inskränkningar<sup>593</sup>. Endast ifall detta inte sker, bör myndigheterna ha möjlighet, och i vissa fall även skyldighet, att ingripa.

Det bör särskilt beaktas att medlemsstaterna enligt artikel 6.4 stycke 4 i upphovsrättsdirektivet inte tillåts ingripa för att säkerställa upphovsrättsliga inskränkningar då det är fråga om tekniska åtgärder visavi ”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”, dvs. verk som utgör föremål för e-handel.

Av följande tabell framgår i vilka fall medlemsländerna bör eller får vidta åtgärder för att garantera att tekniska åtgärder inte inverkar på möjligheten att nyttja ett verk i enlighet med inskränkningen eller undantaget:

<sup>591</sup> Nimmer, A Riff on Fair Use (2000).

<sup>592</sup> Detta utgör en tolkning av innehållet i USA:s konstitution, artikel 1, punkt 8: The Congress shall have Power .... to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.

<sup>593</sup> Vilka undantag detta gäller har definierats i artikel 6.4 stycke 1 i upphovsrättsdirektivet. Av direktivet framgår inte varför medlemsländerna ålagts eller tillåtits garantera just dessa undantag och inte de andra. Är det fråga om att vissa undantag anses vara viktigare än andra? Eller är indelningen baserad på ett antagande om vilka undantag de tekniska åtgärderna kan omintetgöra? I brist på närmare information om parlamentets bevekelsegrunder torde man kunna utgå ifrån att indelningen baserat sig på en uppfattning om vilka undantag som kan omintetgöras genom tekniska åtgärder.



Undantag och inskränkningar <sup>1</sup> (art. 5)	Skyldighet att garantera inskränkings tillämplighet	Tillstånd att garantera inskränkings tillämplighet
Mångfaldigande utan självständig ekonomisk betydelse (Art. 5.1.)		
Fotokopiering (Art. 5.2.a)	•	
Privatkopiering (Art. 5.2.b)		•
Mångfaldigande i bibliotek, utbildningsanstalter, museer eller arkiv (Art. 5.2.c)	•	
Efemära upptagningar i radio- och televisionsverksamhet (Art. 5.2.d)	•	
Time-shifting-upptagning vid socialinrättningar (Art. 5.2.e)	•	
Användning i illustrativt syfte inom undervisning eller vetenskaplig forskning (Art. 5.3.a)	•	
Användning för personer med funktionshinder (Art. 5.3.b)	•	
Undantag för nyhetsspridning (Art. 5.3.c)		
Citaträtten (Art. 5.3.d)		
Allmän säkerhet, korrekt genomförande eller rapportering av administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande (Art. 5.3.e)	•	
Användning av politiska tal eller utdrag ur offentliga föreläsningar för informationssyfte (Art. 5.3.f)		
Användning under religiösa eller officiella högtidligheter (Art. 5.3.g)		
Användning av stadigvarande arkitektoniska eller andra verk på allmän plats (Art. 5.3.h)		
Inkluderande av verk av underordnad betydelse i annat material (Art. 5.3.i)		
Användning i utställningskataloger o.dyl (5.3.j)		
Användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte (Art. 5.3.k)		
Användning i samband med demonstration eller reparation av utrustning (Art. 5.3.l)		
Användning av bl.a. ritningar för rekonstruktion av byggnad (Art. 5.3.m)		
Tillgängliggörande i terminal i bibliotek, arkiv etc. av samlingar som inte omfattas av köpe- eller licensvillkor (Art. 5.3.n)		
Generalklausul gällande vidmakthållandet av smärre undantag och inskränkningar gällande analoga verk.		

1) För en mer exakt beskrivning av undantagets eller inskränkningens omfattning, se ifrågavarande stadgande i upphovsrättsdirektivet.

Tabell 4. Skyldighet och tillstånd att garantera inskränkings tillämplighet enligt upphovsrättsdirektivet.

Nedan diskuteras närmare vilka krav denna skyldighet ställer på medlemsstaterna samt vilket utrymme för skönsmässig bedömning som lämnas till den nationella lagstiftaren.



### 3.2.1. Varför skyddas endast vissa inskränkningar?

Det råder stor ovisshet kring orsakerna till att man i upphovsrättsdirektivet dels gör skillnad på varför endast vissa inskränkningar skyddas mot tekniska åtgärder<sup>594</sup>. Spekulationer om att det skulle avspegla ett behov att skydda speciellt viktiga samhällseliga eller grundlagsbaserade intressen stöds inte av det faktum att flera inskränkningar som baserar sig på skyddet av yttrandefrihet inte inkluderas. Det här gäller speciellt citaträtten, som har ansetts vara en obligatorisk inskränkning enligt WCT, och vars effektivitet därmed bör garanteras också vid tillämpning av tekniska åtgärder<sup>595</sup>.

Alternativt kan man anta att det i detta fall är möjligt att identifiera de potentiella användarna, som kan göra sin rätt gällande. Inte heller detta verkar erbjuda en tillfredsställande förklaring, eftersom t.ex. nyhetsrapportering inte ingår i de inskränkningar som bör garanteras samtidigt som t.ex. fotokopiering (som kan utövas av vem som helst) nog ingår i listan i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4<sup>596</sup>.

*Mest troligt torde det vara att det uttryckliga skyddet av vissa inskränkningar baserar sig på en uppfattning om vilka inskränkningar som i praktiken kan omintetgöras av tekniska åtgärder.* Inskränkningar som baserar sig på yttrandefrihet anses inte hotade, eftersom tekniska åtgärder hindrar tillgång till ett exemplar av ett verk, inte verket i sig<sup>597</sup>. De inskränkningar som inkluderas i listan över dem som skyddas mot tekniska åtgärder är sådana som förutsätter att ett visst verksexemplar skall kunna användas. Uppfattningen om att man primärt haft mekanismer för kopieringsskydd i tankarna framgår tydligt; de flesta ”skyddade” inskränkningar berör mångfaldigande.

Det särskilda skydd av tillämpligheten av vissa av upphovsrättens inskränkningar varom stadgas i artikel 6.4 stycke 1 i upphovsrättsdirektivet kan på goda grunder kritiseras. Dels förblir det oklart varför man ställer inskränkningarna i olikvärdig position, dels är det oklart huruvida stadgandet är uttömmande och hindrar medlemsstaterna från att införa ytterligare begränsningar av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder då dessa hindrar utnyttjande i enlighet med upphovsrättens inskränkningar eller på basis av att skyddet av tekniska åtgärder strider mot andra skyddsvärda intressen<sup>598</sup>.

### 3.2.2. E-handelsklausulen

Enligt artikel 6.4 stycke 4 i upphovsrättsdirektivet skall det specifika skyddet av undantag mot tekniska åtgärder inte gälla ”verk eller andra alster som gjorts tillgängliga för allmänheten i enlighet med överenskomna avtalsvillkor på ett sätt som gör att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer”. (Vi talar i det följande om ”verk

<sup>594</sup> Dusollier, *Tipping the Scale* (2003), s. 473.

<sup>595</sup> WIPO Study on Limitations and Exceptions (2003), s. 81-84, där man också anser att detta kriterium antingen kan uppfyllas genom att det finns en mekanism genom vilken man kan lägga rättsinnehavaren att möjliggöra nyttjandet av citaträtten eller genom att verket även finns tillgängligt i analog form.

<sup>596</sup> Dusollier, *Tipping the Scale* (2003) s. 473.

<sup>597</sup> Jfr. här även Norges proposition Ot.prp.nr. 46 (2004-2005), s. 124 där man sluter sig till att direktivets lista över inskränkningar som skall beaktas är uttömmande och att citaträtten kan nyttjas trots tekniska åtgärder, eftersom det är möjligt att skriva om en passage eller att fotografera eller filma av en skärm där verket återges. Detta ger vid handen att man inte beaktat den idag aktuella utvecklingen som möjliggör att tappa till det analoga hålet. Se även Sveriges proposition RP 2004/05:110, s. 316-317.

<sup>598</sup> Den senare aspekten dryftas närmare i kapitel IV.3.2.3 nedan. På ett allmänt plan kan man också konstatera att utvecklingen av DRM-system förändrar den ”hotbild” som kan ses med tanke på möjligheterna att använda ett verk i enlighet med en inskränkning. Detta gäller såsom ovan sagts särskilt med tanke på möjligheten att tappa till det analoga hålet, vilket tidigare har ansetts omöjligt.

som utgör föremål för e-handel”).

Tillämpningsområdet för detta stadgande samt dess relation till upphovsrättens inskränkningar har utgjort föremål för stor ovisshet. Framförallt är det frågan om huruvida e-handels klausulen verkligen är avsedd att möjliggöra ett kringgående av upphovsrättens inskränkningar som är oklar. Dessutom är det oklart vilka slags verk stadgandet skall tillämpas på, och hur det förhåller sig till ”informationssamhällets tjänster”, som är ett vedertaget begrepp inom gemenskapsrätten.

Upphovsrättsdirektivets stadganden om verk som utgör föremål för e-handel innehåller det centrala i begreppet ”informationssamhällets tjänst”, såsom definierat i det s.k. transparensdirektivet 98/34/EG<sup>599</sup>. Man bör dock beakta att definitionen av de tjänster som avses i upphovsrättsdirektivet skiljer sig från definitionen i transparensdirektivet. Upphovsrättsdirektivet förutsätter inte explicit, till skillnad från transparensdirektivet, att tjänsten erbjuds *på elektronisk väg* eller att tjänsten *normalt erbjuds mot ersättning* eller ens att tjänsten erbjuds på *distans*. Dessa villkor kan dock anses ingå implicit i upphovsrättsdirektivets stadgande. Istället för kravet i transparensdirektivet om att tjänsten bör vara tillgänglig på användarens begäran, stadgas i upphovsrättsdirektivet att tjänsten bör vara tillgänglig från en plats och vid en tidpunkt som personerna själva väljer.

Av upphovsrättsdirektivets stadganden framgår inte varför man inte talar om ”informationssamhällets tjänster”. Kanske försökte man undvika de problem som tolkningen av definitionen föranlett. Genom att bortlämna mindre viktiga förutsättningar, såsom ”distans” och ”normalt mot ersättning”, slipper man vissa av de tolkningsproblem som definitionen av ”informationssamhällets tjänster” föranlett.<sup>600</sup> Det förblir hur som helst oklart om man skall tolka stadgandet i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 4 som synonymt med definitionen av ”informationssamhällets tjänst” i transparensdirektivet.

Radio- och televisionsprogram utgör enligt artikel 1 i transparensdirektivet inte ”informationssamhällets tjänst”. Detta kan vara en viktig anledning till att man valt att formulera en egen definition i upphovsrättsdirektivet. Informationssamhällets tjänst har nämligen inte ansetts täcka s.k. ”push”-teknologi<sup>601</sup>, eftersom tillgängliggörandet i dessa fall inte kan anses ske på ”användarens begäran”. Däremot är en tjänst som erbjuds med hjälp av push-teknologi nog tillgänglig ”från en plats och vid en tidpunkt som personerna själva väljer”.

Punkt 18 i ingressen till direktivet om elektronisk handel (2000/31/EG) innehåller yt-

<sup>599</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter samt ändringen av detta direktiv genom Europaparlamentets och Rådes direktiv 98/48/EG av den 20 juli 1998. Enligt direktivet är en informationssamhällets tjänst “any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services”.

<sup>600</sup> Harrington, *Information Society Services* (2001).

<sup>601</sup> *Ibidem* (2001), s. 178.

terligare begränsningar av begreppet informationssamhällets tjänst<sup>602</sup>. Med beaktande av att upphovsrättsdirektivet uttryckligen valt att inte använda begreppet informationssamhällets tjänst är dessa begränsningar inte direkt tillämpliga på det begrepp som används i upphovsrättsdirektivet. Det torde vara uppenbart att den variant av informationssamhällets tjänster eller ”on-line verk” som avses i upphovsrättsdirektivet inte omfattar leverans av en fysisk vara<sup>603</sup>.

Enligt punkt 53 i ingressen till upphovsrättsdirektivet gäller stadgandet i artikel 6.4 stycke 4 endast verk som är tillgängliga *interaktivt* och *on-line*. Det är oklart huruvida dessa premisser kräver att verkets användning hela tiden sker on-line (dvs. att det finns en kontinuerlig kontakt över nätverket med tjänsteleverantören) samt när interaktivitetspremissen anses uppfylld. Uppenbarligen anses en normal hemsida på Internet nog vara tillgänglig on-line men inte uppfylla kravet på interaktivitet. En multimedial databas levererad på en diskett kan troligtvis uppfattas som ett interaktivt verk, men inte som ett verk tillgängligt on-line. Däremot torde det inte finnas något hinder för att begreppet tillämpas på verk som används off-line men där en on-line-kontakt i något skede skett. Då skulle begreppet omfatta verk som laddats ner från Internet och används off-line, t.ex. på en mobil handdator (Personal Digital Assistant), eller ett verk som levererats ”i fysisk form”, t.ex. på en diskett, men där en on-line kontakt sker vid varje användning (eller kanske t.o.m. endast då konsumenten första gången ”öppnar” innehållet).

Oklarheten om vad som föranlett den europeiska lagstiftaren att göra skillnad mellan olika upphovsrättsliga inskränkningar mäter sig bara med den fundamentala oklarhet som den så kallade e-handelsklausulen i artikel 6.4 stycke 4 föranleder. Kanske ansåg man att avtalsfriheten till förmån för rättsinnehavaren<sup>604</sup> inte förutsätter eller ens möjliggör ett stadgande

<sup>602</sup> I punkt 18 i ingressen till direktivet om elektronisk handel (2000/31/EG) stadgas följande: ”Informationssamhällets tjänster omfattar en mängd näringsverksamheter som bedrivs online. Dessa verksamheter kan särskilt bestå i försäljning av varor online. Sådana verksamheter som själva leveransen av varor eller tillhandahållandet av offinetjänster omfattas inte. Informations-samhällets tjänster begränsas inte enbart till tjänster som föranleder avtal online utan gäller även tjänster, i den mån de utgör näringsverksamhet, som inte betalas av de som mottar dem, exempelvis tillhandahållande av information eller kommersiella meddelanden online eller tillhandahållande av sökmöjligheter samt åtkomst till och hämtning av data. Informationssamhällets tjänster omfattar också tjänster som avser vidarebefordran av information via kommunikationsnät, genom att tillhandahålla tillgång till kommunikationsnät eller genom att fungera som värdtjänst för information från tjänstemottagaren. Sändnings-verksamhet för television enligt direktiv 89/552/EEG och radiosändningar hör inte till informationssamhällets tjänster eftersom de inte tillhandahålls på individuell begäran. Andra tjänster som sänds från en punkt till en annan, som video på beställning eller tillhandahållande av kommersiella meddelanden via e-post, hör däremot till informationssamhällets tjänster. Användning av e-post eller motsvarande personliga meddelanden till exempel av fysiska personer som inte agerar inom ramen för sin handels-, närings- eller yrkesverksamhet, inbegripet användningen av dessa för att ingå avtal mellan sådana personer, hör inte till informationssamhällets tjänster. Avtalsförhållandet mellan en anställd och hans arbetsgivare hör inte till informationssamhällets tjänster. Verksamhet som genom sin själva beskaffenhet inte går att bedriva på distans och med elektroniska medel, t.ex. lagstadgad revision av ett företags redovisning eller läkarutlåtande som kräver fysisk undersökning av en patient, hör inte till informationssamhällets tjänster.”

<sup>603</sup> Jfr. även punkt 18 i ingressen till direktivet om elektronisk handel, enligt vilket informationssamhällets tjänst kan innefatta försäljning av *varor* on-line. På basen av tolkningen av informationssamhällets tjänst i punkt 18 i ingressen till direktivet om e-handel kan man möjligtvis motivera en motsatt åsikt, dvs. att artikel 6.4 stycke 4 i upphovsrättsdirektivet skulle kunna gälla försäljning av varor. Traditionellt anses det hur som helst inte uppkomma ett avtalsförhållande mellan upphovsrättsinnehavaren och köparen vid handel med fysiska varor. ”Avtalsvillkor” kan därför inte ”överenskommas” mellan parterna, såsom upphovsrättsdirektivet förutsätter. Även denna premiss kan dock uppfyllas i och med de utökade möjligheterna att påföra avtal i den digitala miljön, t.ex. genom att en registreringsmekanism eller någon annan *on-line*-kontakt är en förutsättning för att ta varan i bruk.

<sup>604</sup> I Finland har man vanligen ansett att de upphovsrättsliga undantagen och inskränkningarna fritt kan inskränkas genom avtal. Rättsläget gällande huruvida upphovsrättens undantag och inskränkningar kan kringgås till användarnas nackdel genom avtal är rätt oklart. I Frankrike verkar undantagen och inskränkningarna, till den del det finns sådana, vara klart dispositiva, medan man i länder som Tyskland förhåller sig mer återhållsamt till möjligheten att kringgå alla undantag och inskränkningar genom avtal. Guibault, Copyright Limitations and Contracts (2002), s. 214-230.

som tryggar tillämpligheten av upphovsrättens undantag och inskränkningar<sup>605</sup>. Det skulle ur denna synvinkel vara ologiskt att poängtera skyddet av möjligheten att nyttja ett verk i enlighet med en upphovsrättslig inskränkning då det är fråga om verk som utgör föremål för e-handel, då samma skydd inte erhålls vid licensering av verk i andra fall.

Artikel 6.4 stycke 4 kan presumeras bygga på ett antagande om att avtal är det optimala regleringsinstrumentet<sup>606</sup>. *Ett dylikt antagande beaktar inte skillnader i avtalsparternas styrkeförhållande eller eventuella externaliteter*<sup>607</sup>. En sådan externalitet kan till exempel bestå av att innehållet binds till ett format som inte är tillgängligt för kommande generationer. På grund av att ett bibliotek eller ett arkiv inte har rätt att framställa kopior av ett verk som tillgängliggörs i enlighet med artikel 6.4 stycke 4 (eller omvandla det till ett annat format), kan stadgandet leda till att dylikt innehåll inte kan bevaras för kommande generationer<sup>608</sup>.

Upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 4 leder till uppenbara rättspolitiska problem, eftersom stadgandet på en rätt konstgjord väg gör skillnad mellan verk som är tillgängliga över Internet och sådana som inte är det; Varför skulle verk eller andra alster som utgör föremål för e-handel åtnjuta ett större upphovsrättsligt skydd än sådana som inte tillgängliggörs på detta sätt?<sup>609</sup>

En mycket central punkt i artikel 6.4 stycke 4 kommer att bestå i tolkningen av vad som menas med ett avtal. Med beaktande av att DRM-system kan ge uttryck för eller rentav ersätta ömsesidiga avtal är det ytterst relevant huruvida de anses utgöra ett avtal eller en viljeförklaring som rättsligt skyddas såsom tillhörande den upphovsrättsliga förfoganderätten. Avtalsrättsligt sett är den kritiska punkten frågan om förutsättningarna för att ett giltigt avtal skall ha ansetts uppkomma. Denna fråga har i den digitala miljön redan diskuterats i samband med så kallade shrinkwrap- eller clickwrap-licenser<sup>610</sup>. Diskussionen får ytterligare dimensioner dels genom möjligheterna att differentiera licenser genom inprogrammeringen av licensvillkoren på ett sätt som är permanent knutet till verksexemplaren och därmed lösgöra licensvillkoren från det rättighetspråk som lagen baserar sig på och dels genom möjligheterna att ensidigt

<sup>605</sup> Ibidem, s. 219.

<sup>606</sup> Frågan om huruvida avtal utgör det bästa regleringsinstrumentet är en omfattande diskussion som inte uttömmande kan behandlas inom ramen för denna avhandling. Motpoler i denna diskussion är "avregleringslinjen", som i USA innehar ett relativt stort stöd och som innebär en minimering av statlig reglering, och "överregleringslinjen", som framhåller att det mest rättvisa resultatet erhålls genom demokratisk statlig reglering. Enligt "avregleringslinjen" är privata avtal det bästa sättet att nå en optimal balans mellan olika aktörers intressen. Man har på basen av detta ibland framhållit att det exempelvis inte finns någon orsak till konsumentskyddsrettslig reglering. "Överregleringslinjen" ser statlig reglering som ett ur samhällets synvinkel bättre alternativ, eftersom privata aktörer tenderar att utnyttja sin eventuella starkare ställning samt inte bryr sig om samhällets bästa utan endast om en maximering av sin egen vinst eller sin egen nytta.

<sup>607</sup> Med externaliteter avses positiva eller negativa effekter utanför avtalsförhållandet. Denna effekt kan beröra tertius eller mera diffusa rättssubjekt såsom "kommande generationer". Rahnasto, *How to Leverage* (2001), s. 86 ff.

<sup>608</sup> Situationen uppstår alltså ifall licensavtalet inte tillåter dylik användning och en teknisk åtgärd utgör hinder för kopiering eller övrig preservering av verket. Man kan i detta sammanhang även notera Library of Congress beslut att tillåta kringgående av åtkomstkontroll för säkerställandet av tillgång till datorprogram och videospel som distribuerats i ett format som föräldrats. Library of Congress Final Rule 2003.

<sup>609</sup> En bidragande orsak till detta problem är att det skydd upphovsrättsdirektivet erbjuder definierats på ett sätt som kommer att omfatta så gott som all e-handel med innehåll i de moderna informationsnätverken och inte bara tillgång till vissa tjänster som förutsätter abonnemang, vilket var det som primärt avsågs då begreppet "informationssamhällets tjänster" utarbetades i Europaparlamentets och Rådets direktiv 98/48/EG av den 20 juli 1998 om ändring av direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter. Begreppet informationssamhällets tjänster baserar sig dels på att det finns ett avtal mellan användaren och tjänsteleverantören samt dels på att det är fråga om vederlagsbelagda tjänster. Upphovsrättsdirektivet tillämpar ett mer omfattande begrepp som inte förutsätter att verket eller alstret tillhandahålls mot vederlag.

<sup>610</sup> Shrinkwrap och clickwrap-licenser torde vara bindande såvida köparen vetat om villkoren samt haft tillfälle att bekanta sig med villkoren innan överlåtelsen. Vedenkannas, Tietokoneohjelman luovutuksen luonne (2002), s. 871. På ett allmänt plan regleras avtal som ingås på elektronisk väg i avsnitt 3 av direktivet om elektronisk handel 2000/31/EG.

styra användning och påföra självhjälpsfunktioner inom ramen för DRM-system.

Avgörande för den upphovsrättsliga eller informationsrättsliga balansen är dessutom huruvida villkor som strider mot grundläggande samhällsliga intressen eller grundrättigheter erhåller rättsligt skydd eller ogiltigförklaras. Såsom artikel 6.4 stycke 4 är utformad låter det som om Europaparlamentet skulle anse att vilka villkor som helst bör vara giltiga, och att den nationella lagstiftaren inte får begränsa tillämpligheten av ett villkor till nackdel för upphovsrättsinnehavaren. Till exempel inskränkningen enligt artikel 5.3 punkt e i upphovsrättsdirektivet till fördel för användning av ett verk i den allmänna säkerhetens intresse eller för att garantera ett korrekt genomförande eller en korrekt rapportering av ett administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande varken bör eller får därmed garanteras ifall verket utgör föremål för e-handel i enlighet med stadgandet i artikel 6.4 stycke 4 (sic). Detta verkar dock gå stick i stäv med punkt 51 i ingressen, enligt vilken tillämpligheten av det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder inte påverkar allmän ordning, enligt artikel 5, eller allmän säkerhet. Det här verkar leda till slutsatsen att man på nationell nivå nog får införa en allmän begränsning av tekniska åtgärder, t.ex. stadga om att en teknisk åtgärd inte får strida mot allmän ordning eller allmän säkerhet, men inte kringgå en teknisk åtgärd för att tillse att innehåll kan utnyttjas i enlighet med det upphovsrättsliga undantaget i artikel 5.3 punkt e ifall en teknisk åtgärd omöjliggör användning i enlighet med undantaget och verket tillgängliggjorts på det sätt som avses i artikel 6.4 stycke 4.

Man bör dock beakta att Europaparlamentet inte i klartext tagit ställning till frågan om eventuella konflikter mellan grundläggande rättigheter och skyddet av tekniska åtgärder eller till frågan om avtalsvilkors giltighet. Det verkar uppenbart att det till gemenskapsrätten hörande skyddet av de mänskliga rättigheterna inom gemenskapsrätten går före ett eventuellt skydd av tekniska åtgärder eller upphovsrätt. Man måste därför vara mycket försiktig med att övertolka den avtalsfrihet som artikel 6.4 stycke 4 verkar inkludera.

Om man utgår ifrån att Europaparlamentet knappast kan ha haft för avsikt att tillåta att grundläggande mänskliga rättigheter såsom rätten till en rättvis rättegång skulle kunna kringgå genom avtal måste man ta till en nödtolkning; För att förhindra att stadgandet i artikel 6.4 stycke 4 i upphovsrättsdirektivet skulle leda till en degradering av mänskliga rättigheter eller andra grundläggande intressen<sup>611</sup> bör man utgå ifrån att direktivet inte är avsett att avgöra konflikterna mellan upphovsrätt och mänskliga rättigheter eller samhällsliga intressen som ligger utanför upphovsrättens kärnområde. Man skulle alltså i den nationella lagstiftningen med vissa begränsningar kunna avgöra förutsättningarna för ett avtalsvilkors giltighet.

En korrekt implementering av direktivet förutsätter att medlemsstaterna avstår från åtgärder som äventyrar fullföljandet av direktivets målsättningar<sup>612</sup>. Därför torde man inte kunna åsidosätta den europeiska lagstiftarens vilja att möjliggöra åsidosättande av upphovsrättens undantag och inskränkningar genom avtal i enlighet med stadgandet i artikel 6.4 stycke 4 i upphovsrättsdirektivet. Det torde dock vara möjligt att på nationell nivå tolka stadgandet snävt så att avtalsfriheten inte omöjliggör användning av ett verk exempelvis som bevis vid en rättegång. Ifall ett villkor anses vara ogiltigt skulle förutsättningarna i artikel 6.4 stycke 4

<sup>611</sup> Det torde finnas skäl att ogiltigförklara även sådana villkor som strider mot fri konkurrens eller annars utgör ett missbruk av upphovsrätten.

<sup>612</sup> Joutsamo et al. *Eurooppaoikeus* (2002), s. 33. Om tolkningen av ”korrekt implementering” av direktiv och den nationella lagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning, se Prechal, *Directives in European Community Law* (1995), s. 35-60.

inte uppfyllas, och medlemsstaterna skulle därmed i enlighet med nationell lag kunna skrida till åtgärder för att trygga användarens rättmätiga intressen.

### *3.2.3. Utrymme för medlemsstaternas skönsmässiga bedömning gällande begränsningar av skyddet för tekniska åtgärder*

Hur stort är medlemsländernas utrymme för skönsmässig bedömning vid genomförandet av upphovsrättsdirektivets stadganden om skydd av DRM-system? Till vilken del styr upphovsrättsdirektivet medlemsländernas informationsrättsliga politik? Kan medlemsländerna självständigt ställa tilläggskrav för att ett rättsligt skydd av tekniska åtgärder skall beviljas, eller för att begränsa det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder? I brist på gemenskapsrättsliga avgöranden som gäller genomförandet av upphovsrättsdirektivet kan dessa frågor besvaras endast på en elementär nivå.

Det är här på sin plats att kort beskriva grunderna för kompetensfördelningen mellan EG och medlemsstaterna till den del det gäller upphovsrättslig reglering. EG:s lagstiftningskompetens gällande upphovsrätten baserar sig på syftet att upprätta en inre marknad och få den att fungera<sup>613</sup>. Då omfattningen av gemenskapens lagstiftningskompetens bedöms bör man även beakta att medlemsstaterna har uteslutande lagstiftningskompetens då det gäller kulturpolitik enligt artikel 151 (f.d. artikel 128) i EU-fördraget. Denna omständighet kommer därför att styra den gemenskapsrättsliga retoriken.

Av punkt 2 i ingressen till upphovsrättsdirektivet framkommer att man på gemenskapsnivå kommit överens om en politik för att främja informationssamhällets utveckling i Europa och att upphovsrätten och de närstående rättigheterna är av stor betydelse i detta sammanhang. Även andra politiska linjedragningar på gemenskapsnivå, såsom sysselsättnings- och handelspolitiska linjedragningar, styr den nationella lagstiftningsverksamheten<sup>614</sup>.

Den nationella lagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning är beroende av direktivets formulering samt därtill hörande tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen. Utmärkande för direktiv är att en gemensam målsättning fastslås, medan åtgärder för att nå denna målsättning kan bestämmas av den nationella lagstiftaren<sup>615</sup>. På de punkter direktivet tiger gäller alltså, att den nationella lagstiftaren har ett visst utrymme för bedömning, men att användningen av denna prövorätt rätt långt styrs genom de politiska linjedragningarna på gemenskapsnivå.

Ifråga om begränsningarna av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder bör man alltså fråga sig om den nationella lagstiftaren har rätt att försvaga det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder på andra grunder än de som framkommer i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1 och artikel 6.4 stycke 2. Direktivet harmoniserar skyddet av tekniska åtgärder visavi vissa ”användarrättigheter” tillåtna inom ramen för upphovsrätten. Direktivets ordalydelse möjliggör inte begränsningar av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder till fördel för andra upphovsrättsliga inskränkningar än de som nämns i artikel 6.4 stycke 1 och 2. Däremot stadgas

<sup>613</sup> Detta framkommer av hänvisningarna till gemenskapsfördraget i ingressen till upphovsrättsdirektivet samt i punkterna 1-7 i ingressen.

<sup>614</sup> Gemenskapspolitikens styrningsverkan baserar sig på lojalitetsprincipen i gemenskapsfördragets artikel 10 (f.d. artikel 5). Enligt lojalitetsprincipen är medlemsstaterna skyldiga att medverka till uppfyllandet av gemenskapens målsättningar samt särskilt att avstå från åtgärder som äventyrar fullföljandet av dessa målsättningar. Joutsamo et. al., Eurooppaoikeus (2000), s. 33.

<sup>615</sup> Prechal, Directives in European Community Law (1995), s. 44 ff.



där inte om förhållandet mellan skyddet av tekniska åtgärder i förhållande till andra användarintressen eller i förhållande till viktiga samhälliga intressen. Eftersom det inte framgår av upphovsrättsdirektivet huruvida medlemsländerna kan begränsa det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder *i förhållande till andra intressen än de som berör upphovsrättens undantag*, är det inte uteslutet att dylika begränsningar tillåts<sup>616</sup>.

I det aktuella fallet bör man avgöra om regleringen av tekniska åtgärder faller inom ramen för upphovsrättsdirektivets tillämpningsområde. Om så inte är fallet har medlemsstaterna behörighet att reglera frågan. Den nationella lagstiftningen får dock inte oimintetgöra direktivets tillämpning, utan lagstadgandena bör stå i proportion till de intressen de är avsedda att skydda. Av direktivet framkommer inte att de begränsningar av det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder som ingår i artikel 6.4 stycke 1 skulle vara uttömmande. Ytterligare begränsningar av det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder bör dock beakta ändamålet med det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder. Eventuella ytterligare begränsningar får alltså inte på ett omotiverat och oproportionellt sätt äventyra de upphovsrättsliga intressen som anknyter till verket. Däremot finns det inget i direktivet som hindrar att andra intressen beaktas.

Tvärtom förutses i ingressen till upphovsrättsdirektivet ett flertal begränsningar. Enligt direktivet bör man vid utformningen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder beakta följande intressen:

- ▶ den elektroniska utrustningens normala funktion eller den tekniska utvecklingen av denna får inte hindras (punkt 48)
- ▶ ingen skyldighet att utforma varor eller tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder (punkt 48)
- ▶ kryptografisk forskning får ej hindras (punkt 48)
- ▶ proportionalitetsprincipen bör beaktas så att skyddet inte medför förbud mot sådana anordningar eller verksamheter som har något annat kommersiellt betydelsefullt syfte eller användningsområde än att kringgå tekniskt skydd (punkt 48)
- ▶ möjligheten att kringgå tekniska åtgärder för att utforska ett datorprogramms funktioner i syfte att utröna de idéer och principer som ligger bakom programmetts olika detaljer samt för dekompilering i enlighet med datorprogramdirektivets artiklar 5.3 och 6 (punkt 50)
- ▶ allmän ordning eller allmän säkerhet (punkt 51)
- ▶ kompatibilitet och interoperabilitet mellan datasystem (punkt 54)
- ▶ persondataskydd (punkt 57)

Faktum är att inget hindrar gemenskapen från att anamma rättsprinciper som inskränker rättsinnehavarens skydd av tekniska åtgärder. Enligt punkt 13 i ingressen i upphovsrättsdirektivet är det yttersta syftet (med skyddet av tekniska åtgärder) att ”säkerställa tillämpningen av i lag fastlagda principer och garantier”<sup>617</sup>. Upphovsrättsdirektivet ger alltså i princip

<sup>616</sup> Om omfattningen av det skönsmässiga bedömningsutrymmet vid implementering av gemenskapsrättsliga direktiv, speciellt med beaktande av olika typer av stadganden som direktiv kan innehålla se Prechal, *Directives in European Community Law* (1995), speciellt s. 35-60.

<sup>617</sup> Ingresspunkt 13 i upphovsrättsdirektivet.



sin erkänsla till balansen i förefintliga upphovsrättsliga regimer, en balans som kan variera från land till land.

Vid en tillämpning av upphovsrättsdirektivet bör man beakta även annan gemenskapsrätt. Det är inte otänkbart att stadganden anammade inom ramen för tredje pelaren om säkerheten på det europeiska området i praktiken kan komma att begränsa det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder med hänvisning till tryggnad av allmän ordning eller allmän säkerhet inom gemenskapen. Det är också helt klart att grundläggande mänskliga rättigheter bör beaktas såväl vid genomförande och tolkning av gemenskapsrätt som inom ramen för den nationella rättsordningen.

### 3.2.4. Utrymme för medlemsstaternas skönsmässiga bedömning vid införande av upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1

I upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1 fastslås att medlemsstaterna bör trygga tillämpligheten av vissa undantag och inskränkningar. Hur medlemsstaterna skall gå till väga för att uppfylla denna skyldighet bestäms inte. Enligt direktivet bör man i första hand försöka få rättsinnehavarna att på frivillig väg tillse tillämpligheten av dessa undantag och inskränkningar. Först i andra hand får och bör medlemsstaterna vidta åtgärder för att trygga vissa användarintressen i enlighet med artikel 6.4 stycke 1. Enligt ingresspunkt 51 skall medlemsstaterna ha beredskap att trygga tillämpligheten av upphovsrättens undantag och inskränkningar i sista hand ”genom att ändra en genomförd teknisk åtgärd eller på något annat sätt”.

Stadgandet ger i princip medlemsstaterna ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom man utgår från att även andra åtgärder än en ändring av en teknisk åtgärd kan räcka för att trygga möjligheten att utnyttja ett undantag eller inskränkning enligt upphovsrättslagen. Trots detta är det uppenbart att medlemsstaterna har en skyldighet att tillse att tillämpligheten av upphovsrättens undantag och inskränkningar är *effektiva*<sup>618</sup>.

Nackdelen med att upphovsrättsdirektivet ger medlemsländerna så fria händer vid implementeringen av en mekanism för att tillgodose av användarnas intressen, är att det finns en uppenbar risk för att det skapas olika och till varandra dåligt anpassade nationella lösningar<sup>619</sup>, vilket i sin tur kan utgöra ett hinder för handeln på EU:s inre marknad. Direktivets stadganden om en uppföljning av tillämpningen av direktivet, och speciellt stadgandet i artikel 12.3 om inrättandet av en kontaktkommitté är avsedd att minimera denna risk. Uppföljningsförfarandet i artikel 12 medför också att gemenskapens beslutsfattande organ vid behov och i tillräckligt rask takt kan vidta åtgärder för att korrigera eventuella brister och snedvridningar som uppstår vid genomförandet och tillämpningen av direktivet.

<sup>618</sup> Effektivitetsprincipen utgår från att användaren alltså skall ha tillräckliga rättsliga medel för att göra sin rättighet gällande. Direktivet säger inget om vilka medel som är tillräckliga för att göra rättigheten effektiv, men europeiska domstolen kan i ett enskilt fall bedöma huruvida de rättsmedel som står till buds uppfyller effektivitetskravet och därmed utgör en riktig implementering av direktivet. Dock bör man därvid beakta medlemsstaternas processuella privatautonomi.

<sup>619</sup> I Dusollier, *Tipping the Scale* (2003), påpekas också att det finns en stor risk för att det uppstår nationella lösningar som inte är anpassade till varandra och leder till nya hinder för den inre marknaden.

### 3.2.5. Om utrymmet för en utvidgning av skyddet av tekniska åtgärder enligt upphovsrättsdirektivet

Det är inte enbart då det gäller en begränsning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder som medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning. Enligt punkt 49 i ingressen till upphovsrättsdirektivet har medlemsstaterna rättighet att påföra nationella bestämmelser som även förbjuder inte enbart kommersiellt utan även privat innehav av anordningar, produkter eller komponenter för kringgående av tekniska åtgärder<sup>620</sup>.

Stadgandet i artikel 6.4 stycke 4 om att artikel 6.4 stycke 1 som tryggar vissa användarintressen inte tillämpas då e-handelsklausulen blir tillämplig (dvs. då det gäller 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), erbjuder medlemsstaterna en möjlighet till ett mycket långtgående skydd av tekniska åtgärder. Det här beror dels på hur man tolkar tillämpningsområdet för stadgandet, dvs. när ett verk eller annat alster har ”gjorts tillgängligt 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”, samt särskilt hur omfattande avtalsfrihet som tillerkänns parterna.

Medlemsländernas möjlighet att erkänna en omfattande avtalsfrihet begränsas dock av stadgandena om förbud mot missbruk av dominerande ställning i EG-fördragets artikel 82 (f.d. artikel 86)<sup>621</sup>. Gemenskapsrätten möjliggör inte heller att grundläggande friheter och rättigheter åsidosätts genom avtal<sup>622</sup>. Även den europeiska människorättskonventionen leder till denna tolkning. Europeiska människorättsdomstolen kan skrida till åtgärder för att säkra de grundläggande rättigheterna enligt konventionen. Denna möjlighet begränsas dock av det faktum att medlemsstaterna erbjuds ett visst skönsmässigt bedömningsutrymme. Det är dock troligt att ett rättsligt skydd av avtal som i praktiken omöjliggör t.ex. framläggande av bevis i en rättegång skulle anses strida mot rätten till en rättvis rättegång<sup>623</sup>.

Den uttömmande listan över undantag i artikel 5.2 i upphovsrättsdirektivet begränsar möjligheten att införa nya undantag i de nationella upphovsrättsregimerna. Däremot är inget land tvunget att införa nya undantag som nämns i listan. Då medlemsstaterna enligt stadgandet i artikel 6.4 stycke 1 bör garantera tillämpligheten av vissa undantag och inskränkningar, i de fall då detta hindras av tekniska åtgärder, uppkommer frågan om huruvida denna skyldighet uppstår även då den nationella upphovsrättslagstiftningen inte tillerkänner ett dylikt undantag eller inskränkning.

Det verkar som om Europaparlamentet inte uppmärksammat konflikten mellan stadgandena i artikel 5 och artikel 6.4 stycke 1 i upphovsrättsdirektivet. Medlemsstaterna har enligt

<sup>620</sup> Enligt artikel 6.2. skall medlemsstaterna förbjuda tillverkning, import etc. i *kommersiellt* syfte av anordningar, produkter, komponenter eller tjänster för kringgående av tekniska åtgärder.

<sup>621</sup> Gemenskapsrättens doktriner om missbruk av immaterialrätter analyseras djupgående i Govaere, *The Use and Abuse* (1996) samt Eklöf, *Upphovsrätt i konkurrens* (2005).

<sup>622</sup> Skyddet av de grundläggande mänskliga rättigheterna och beaktandet av Europeiska människorättskonventionen bekräfts genom artikel 6 i EU:s grundfördrag; Fördraget om Europeiska union (konsoliderad Nice version). Om utvecklingen av skyddet av mänskliga rättigheter i EG-rätten, se Neuwahl, *The Treaty of European Union* (1995).

<sup>623</sup> Artikel 6 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

direktivet ingen skyldighet att i den nationella upphovsrättslagstiftningen införa undantagen och inskränkningarna i artikel 5.2 och 5.3. Samtidigt åläggs medlemsländerna enligt artikel 6 i direktivet att garantera tillämpligheten av vissa av dessa undantag och inskränningar. Vid implementeringen av artikel 6.4 stycke 1 i Frankrike har man tolkat stadgandet så att det inte är obligatoriskt för landet att införa nya undantag och inskränningar, och att landet därför inte heller är tvunget att vidta åtgärder för att garantera tillämpligheten av de inskränningar och undantag som nämns i artikel 6.4 stycke 1.<sup>624</sup>

Man kan ifrågasätta riktigheten i denna tolkning. I mån av möjlighet borde direktivets stadganden tolkas så att de inte utesluter varandra. Både stadgandet om undantagens och inskränkningarnas villkorlighet och uttömlighet i artikel 5 och stadgandet gällande kvalitetskrav på tekniska åtgärder i artikel 6.4 stycke 1 är i princip lika bindande.

Det torde inte vara helt omöjligt att tolka stadgandet i artikel 6.4 stycke 1 separat från artikel 5 i upphovsrättsdirektivet och därmed på ett jämlikt sätt beakta de intressen som ligger bakom stadgandena. Medlemsstaterna skulle då inte vara skyldiga att införa nya inskränningar eller undantag visavi upphovsrätten, men nog visavi tekniska åtgärder. Ett land skulle alltså *inte ha rätt att erbjuda rättsligt skydd för tekniska åtgärder som omöjliggör en sådan användning av ett verk som enligt artikel 6.4 stycke 1 åtnjuter särskilt skydd mot tillämpningen av tekniska åtgärder.*

Ifall man accepterar olika krav på tekniska åtgärder i olika länder i strid med ett direktivs uttryckliga stadganden leder detta till hinder för en enhetlig inre marknad för tekniska åtgärder och upphovsrättsliga verk. Man bör därmed i detta hänseende skilja på regleringen (och begränsningar) av *upphovsrätten* från regleringen av de *tekniska åtgärderna*.<sup>625</sup>

Av det ovan framförda framkommer alltså att det ter sig som om det i praktiken är möjligt att erbjuda tekniska åtgärder ett mer omfattande skydd än vad som framkommer av upphovsrättsdirektivet, eftersom medlemsländerna inte är skyldiga att införa nya inskränningar på basen av upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1. Å andra sidan är det möjligt att göra en annan tolkning ifall artikel 6.4 stycke 1 anses beröra endast frågan huruvida en teknisk åtgärd skall erhålla rättsligt skydd och avsikten är att åstadkomma en harmoniserad inre marknad för DRM-tjänster och –produkter. Det är alltså osäkert om en utvidgning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder är möjlig på grund av att en inskränkning som enligt 6.4 stycke 1 skall garanteras inte erkänns av ifrågavarande land. Detta är en fråga som i sista hand kommer att avgöras av EG-domstolen.

### 3.2.6. Den nationella implementeringen av upphovsrättsdirektivets stadganden om skydd av tekniska åtgärder

#### 3.2.6.1. Genomförande av de allmänna stadgandena om skydd av tekniska åtgärder

I det följande betraktas implementeringen av upphovsrättsdirektivets stadganden om det

<sup>624</sup> Det statliga organ som handhade genomförandet av upphovsrättsdirektivet, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, konstaterar i sina mötesprotokoll av den 4 april 2002, s. 11 samt av den 20 december 2001, s. 9 att direktivet inte kräver att nya inskränningar av upphovsrätten införs, utan tillämpligheten av de upphovsrättsliga inskränkningarna bör garanteras endast för gällande inskränningar. Denna tolkning får stöd av Dusollier, *Tipping the Scale* (2003). Hon påpekar dock att stadgandet i artikel 6.4 stycke 1 som påför medlemsstaterna en skyldighet att garantera dylikt nyttjande ter sig synnerligen ologiskt mot bakgrunden av undantagens frivillighet.

<sup>625</sup> Med denna tolkning försöker jag dock inte skylta över att man vid utarbetandet av direktivet knappast har upptäckt och tänkt igenom denna konfliktsituation.

rättsliga skyddet av tekniska åtgärder särskilt i de nordiska länderna<sup>626</sup>. Direktivet har i Finland genomförts genom lag 14.10.2005/821, som trädde ikraft 1.1.2006. I Sverige har direktivet genomförts genom lag 2005:359, som trädde ikraft 1.7.2005. I Norge har direktivet genomförts genom lag 2005:97, som trädde ikraft 1.7.2005 och i Danmark genom lag 1051 av den 17.12.2002, som trädde ikraft 22.2.2002<sup>627</sup>.

Det verkar som om de flesta länder rätt slaviskt skulle ha implementerat direktivets grundläggande stadganden om ett förbud mot kringgående av tekniska åtgärder och tillhandahållande av tjänster och produkter som möjliggör kringgående. Såsom ovan konstaterats har medlemsländerna heller knappt något utrymme för skönsmässig bedömning. Med beaktande av att medlemsländernas rättsordningar i huvudsak inte tidigare innehållit stadganden om förbud mot kringgående av tekniska åtgärder<sup>628</sup> finns heller inga etablerade definitioner eller rättskulturella egenheter som man haft intresse av att bevara.

Såsom ovan i kapitel 2.3.1 redan konstaterats har man dock i de nordiska länderna gått in för en snäv tolkning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder och explicit bundit detta skydd inte endast till i upphovsrättslagen skyddade verk eller alster utan även endast till sådana rättigheter som skyddas i upphovsrättslagen. Direktivets förhållande till upphovsmännens ideella intressen har inte närmare diskuterats vid genomförandet av upphovsrättsdirektivet i de nordiska länderna<sup>629</sup>.

Det är särskilt i samband med genomförandet av direktivets stadganden gällande proceduren för att göra gällande inskränkningarna i enlighet med artikel 6.4 stycke 1 samt frågan om man går in för att skydda den ”frivilliga” inskränkingen för privatkopiering som medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning. Dessutom kan de begränsningar av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder som man utgår ifrån eller som tillåts enligt upphovsrättsdirektivets ingress innebära att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder genomförs på litet olika sätt.

### 3.2.6.2. Genomförande av upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1

När det gäller genomförandet av inskränkningarna i stadgandena om tekniska skyddsåtgärder är det särskilt intressant att jämföra argumentationen i Norge med de andra nordiska länderna. Särskilt Norge verkar åtminstone tidigare ha utgått från att det är allt annat än självklart att upphovsrättens inskränkingar kan tolkas snävt<sup>630</sup>, medan man till exempel i Finland har utgått ifrån att inskränkningarna skall tolkas snävt och fritt kan inskränkas genom avtal<sup>631</sup>. I Sverige har man igen ansett att inskränkningarnas tolkning beror på omständigheterna och att man alltså inte kategoriskt kan rekommendera vare sig en snäv eller en vid

<sup>626</sup> En begränsning av genomgången till i främsta hand de nordiska länderna beror helt enkelt på arbetsekonomiska orsaker. Med tanke på avhandlingens språk och rättskulturella bakgrund är det naturligt att begränsa framställningen till de nordiska länderna. Situationen i andra länder tas med till den del detta har ansetts särskilt relevant och information om rättsläget varit tillgänglig.

<sup>627</sup> Man kan notera att Danmark och Grekland var de enda länderna som implementerade direktivet inom utsatt tid.

<sup>628</sup> Sådana stadganden har dock redan tidigare implementerats i samband med förbudet mot omsättning och innehav av medel för kringgående av tekniska åtgärder enligt datorprogramdirektivet 91/250/EEG.

<sup>629</sup> Jfr. Finland; Kommittébetänkande 2002:5 och RP 28/2004, Sverige; Ds 2003:35 och RP 2004/05:110 samt Norge; Ot.prp. nr. 46 (2004-2005). Det danska lagförslaget 2002/1 LSF 19 tar inte direkt ställning till spörsmålet.

<sup>630</sup> Enligt Stray, *Opphavsretten* (1989), s. 105 betraktas upphovsrättens inskränkingar enligt norsk rätt som jämstarka med det upphovsrättsliga skyddet. Stortingskommittén ska enligt denne ha uttalat att inskränkingarna bygger på en lika säker och självständig grund som upphovsmannens egen rätt.

<sup>631</sup> Ännu i RP 177/2002 konstateras enahanda att upphovsrättens inskränkingar skall betraktas som undantag i rättslig bemärkelse och därmed tolkas snävt.

tolkning<sup>632</sup>. De nordiska ländernas linjer verkar dock under senare tid ha närmat sig varandra vad gäller förhållningssättet till upphovsrättens inskränkningar. Bland annat hade man i RP 28/2004 slopat den snäva tolkningsrekommendationen av upphovsrättens inskränkningar. Även i rättslitteraturen har balansen mellan upphovsrätt och andra grundrättigheter fått allt större uppmärksamhet<sup>633</sup>.

Lagtekniskt sett har man på litet olika sätt genomfört bestämmelsen om att upphovsrättsliga inskränkningar i enlighet med upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1 bör göras tillämpliga även då tekniska åtgärder används. I motsats till Danmark, Finland och Norge har man i Sverige indelat inskränkningarna i två kategorier, i den första kategorin undantas rättsligt skydd för tekniska åtgärder helt och i den andra kategorin stadgas om att den som enligt en inskränkning skall ha rätt att kringgå en teknisk åtgärd skall ha en möjlighet att göra denna rätt gällande.

En jämförelse av de inskränkningar som beaktas ger också vid handen att det finns både likheter och skillnader. Den största skillnaden gäller säkerligen den svenska kategoriindelningen, där skyddet av tekniska åtgärder helt enkelt inte gäller vid tillhandahållande av allmänna handlingar eller vid användning i rättsvårdens eller den allmänna säkerhetens intresse enligt SvURL 52 c §. Man bör dock nämna att ett exemplar som utgör en allmän handling och som bör tillhandahållas enligt norsk offentlighetslagstiftning bör vara försett med nödvändig information för att kringgå eventuella tekniska åtgärder för framställning av exemplar<sup>634</sup>.

Gemensamt för de nordiska länderna är att någon inskränkning för fotokopiering inte beaktas. Lagtekniskt är denna inskränkning i de nordiska länderna genomförd genom en avtalslicensbestämmelse som inte kvalificerar som inskränkning enligt upphovsrättsdirektivet. Det verkar inte som om man i de nordiska förarbetena närmare diskuterat orsaken till att man inte infört något lagstadgat skydd av möjligheten att framställa exemplar genom fotokopiering. Å andra sidan omöjliggör inte de DRM-system som idag används fotokopiering.

Svensk upphovsrättslag verkar inte innehålla någon time-shifting rättighet. Någon inskränkning har därför inte heller till denna del beaktats.

En märkbar skillnad mellan de nordiska lösningarna är att man i Norge och Danmark stadgat om att inskränkning till förmån för offentligt framförande vid undervisning skall vara tillåten. Motsvarande inskränkning finns i svensk och finsk upphovsrättslagstiftning men man har inte ansett det nödvändigt att införa en bestämmelse till skydd för dessa undantag. I Danmark har man till och med omfattat inskränkning för offentligt framförande vid gudstjänst och allmännyttiga tillställningar. Detta verkar överskrida det som enligt upphovsrättsdirektivets stadganden är tillåtet<sup>635</sup>. Skillnaden i förhållningssättet till offentlig framföring i undervisningsverksamhet mellan å ena sidan Danmark och Norge och å andra sidan Finland och Sverige kan förklaras av att det är oklart huruvida det finns tekniska åtgärder som skulle kunna förhindra offentlig framföring i undervisningsverksamhet, ifall användaren (läro-

<sup>632</sup> Levin & Koktvedgaard, *Lärobok i immaterialrätt* (2004).

<sup>633</sup> Koillinen & Lavapuro, *Tekijänoikeudet tietoyhteiskunnassa perusoikeusnäkökulmasta* (2002), Mylly, *Tekijänoikeuden ideologiat ja myytit* (2004). Jfr. även Oesch, *Tekijänoikeudet ja perusoikeusnäkökulma* (2005), s. 365, som till och med går ett steg längre och anser att grundrättigheterna har företräde framom upphovsrätten i en konkret konfliktsituation.

<sup>634</sup> Ändsverksloven 53 b § 3. mom.

<sup>635</sup> Undantag till förmån för religiösa syften stadgas om i upphovsrättsdirektivets artikel 5.3.g, och denna inskränkning får enligt direktivet inte beaktas vid det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder.

anstalten) har lovlig tillgång till verket. Saken har inte närmare dryftats varken i det norska<sup>636</sup> eller det danska<sup>637</sup> lagförslaget.

I det följande företas i tabellform en jämförelse mellan de inskränkningar som i de nordiska lagarna bör beaktas vid genomförandet av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i jämförelse med de inskränkningar som nämns i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1. Till den del inskränkningen skiljer sig från det som stadgas i upphovsrättsdirektivet anges stadgandets centrala tillämpningsområde med motsvarande paragrafhänvisning inom parentes.

---

<sup>636</sup> Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 123 ff.

<sup>637</sup> 2002/1 LSF 19, detaljmotiveringar till 75 d §.



Upphovsrättsdirektivet art. 6.4 st. 1		Finland	Sverige	Norge	Danmark
Fotokopiering (Art. 5.2.a)					
Mångfaldigande i bibliotek, utbildningsanstalter, museer eller arkiv (Art. 5.2.c)	Exemplarframsällning på arkiv, bibliotek och museer (16, 16 a-16 c)	Exemplarframsällning på arkiv och bibliotek (16)	Exemplarframsällning på arkiv, bibliotek, museer och undervisnings- och forskningsinstitutioner konservnings- och säkringsändamål och andra särskilda ändamål (16)	Exemplarframsällning på arkiv, bibliotek, museer och undervisnings- och forskningsinstitutioner konservnings- och säkringsändamål och andra särskilda ändamål (16)	Exemplarframsällning på arkiv, bibliotek och museer (16)
Ejeförda upptagningar i radio- och televisionssamsambet (Art. 5.2.d)	Framsällning av exemplar för användning i egna utskänningar högst fyra gånger under ett års tid (25 L2)	(26 c)	(31)	(31)	(31)
Time-shifting-upptagning vid socialrättigheter (Art. 5.2.e)	(15)		(15)	(15)	(15)
Användning i illustrativ syfte inom undervisning eller vetenskaplig forskning (Art. 5.3.a)	Exemplarframsällning för prov som ingår i studentexamen eller liknande prov (14.3)		Exemplarframsällning för bruk vid offentlig examen (13 a)	Exemplarframsällning för bruk vid offentlig examen (13 a)	Exemplarframsällning för samlingsverk avsedda för undervisning (18.1-2)
Användning för personer med funktionshinder (Art. 5.3.b)	(17)	(17)	För funktionshandlade på annat sätt än genom ljudupptagning framsända exemplar av litterär, vetenskapligt eller musikverk (17)	För funktionshandlade på annat sätt än genom ljudupptagning framsända exemplar av litterär, vetenskapligt eller musikverk (17)	Framförande i undervisning, guds tjänst eller allmännyttigt verksamhet (21.1-2)
Allmän säkerhet, korrekt genomförande eller rapportering av administrativt, parlamentarskt eller rättsligt förfarande (Art. 5.3.c)	För rättsvärd och allmän säkerhet (25 d.2)	Skylder av tekniska åtgärder gäller ej vid tillhandahållande av allmänna handlingar eller vid användning i rättsvärdens eller den allmänna säkerhetens intresse (52 c)	Vissa bibliotek och inrättningar har rätt att på basen av tvångslagens framsända exemplar av litterära eller vetenskapliga verk (17 a)	Vissa bibliotek och inrättningar har rätt att på basen av tvångslagens framsända exemplar av litterära eller vetenskapliga verk (17 a)	Atergivning av konstverk i kritiska och vetenskapliga framsällningar (23.1)
			(26-28)	(26-28)	Gäller ej ljudupptagningar av litterära verk eller musikverk (17.1-3)

Tabell 5. Inskränkningar som enligt nordisk rätt bör beaktas då tekniska åtgärder påförs.

I de fall rättsinnehavaren inte på frivillig väg möjliggör nyttjande i enlighet med en inskränkning skall medlemsländerna vidta åtgärder för att en användare skall kunna göra gällande sin rätt. Vad gäller proceduren för att göra sin rätt gällande stadgas i Sverige om ett domstolsförfarande, medan man i Norge tyr sig till en särskilt inrättad nämnd. I Danmark avgörs saken av upphovsrättslicensnämnden på samma sätt som vid avtalslicensärenden. Enligt finsk rätt avgörs saken genom skiljeförfarande på samma sätt som vid avtalslicensärenden. Enligt FiURL 54 § avgörs ärendet av Helsingfors tingsrätt ifall en part motsätter sig skiljeförfarande. På motsvarande sätt kan saken i Norge även avgöras av domstol.

Enligt dansk rätt har användare rätt att kringgå en teknisk åtgärd ifall upphovsmannen inte inom fyra veckor från det upphovsrättslicensnämnden fällt sitt avgörande erbjuder användaren möjlighet att använda verket i enlighet med inskränkningen (ophavsretsloven 75 d §). Enligt norsk rätt kan nämnden besluta om att användaren inom en viss tid har rätt att kringgå teknisk åtgärd ifall rättsinnehavaren inte har möjliggjort användning i enlighet med en inskränkning (ändsverksloven 53 b §). I svensk rätt finns ett vitesförfarande (SvURL 52 f).

Enligt norsk och dansk rätt kan användaren således tillerkännas rätt att kringgå en teknisk åtgärd, medan motsvarande förfarande inte finns i svensk eller finsk rätt. Det är okänt om en svensk eller finsk domstol eller skiljemannaförfarande kan tillåta att användaren kringgår en teknisk åtgärd på eget bevåg. Den finsk-svenska modellen kan vara problematisk vid de tillfällen då det är omöjligt att identifiera eller komma i kontakt med den instans som påfört en teknisk åtgärd eller ens innehavaren av upphovsrätt<sup>638</sup>. Å andra sidan är det oklart huruvida en sådan tillåtelse ens har någon praktisk betydelse, eftersom det är förbjudet att tillhandahålla tjänster och produkter för kringgående. Något undantag från detta förbud har inte införts i lagen.

En annan nackdel med de här anförda lösningarna är att det inte är uppenbart att den som i verkligheten lider men av en teknisk åtgärd har rätt att föra talan. De användare som definieras i lagen utgörs vanligen av institutioner såsom bibliotek, undervisningsanstalter och arkiv. De personer som nyttjar dessa institutioners service eller annars agerar inom ramen för dessa institutioners verksamhetsområde och som negativt drabbas av tekniska åtgärder har enligt lagen inte rätt att föra talan å institutionens vägnar.

Ätminstone vad gäller den finska skiljemannalösningen kan man ifrågasätta om förfarandet är lämpligt för processer som involverar mycket små ekonomiska intressen eller privata konsumenter. Upphovsrättslagens skiljemannaförfarande har nämligen framförallt varit avsett för processer som involverar jämbördiga parter, inte konsumenter. Det är dessutom oklart huruvida skiljemannaförfarandet är lämpligt för att avgöra tvister som inte baserar sig på något avtalsförhållande.

Eftersom de ekonomiska intressena av ett nyttjande i ett enskilt fall kan vara litet och kostnaderna för att bevaka de egna intressena därför överskrider värdet av nyttjandet, är det inte sagt att man är beredd att skrida till åtgärder för att bevaka sina intressen. Detta är ett gemensamt problem för alla sådana processer som är kostsamma för användarna. I viss mån torde dock konsumentskyddsmyndigheterna kunna handha sådana problem som vanliga konsumenter stöter på<sup>639</sup>. Det är kanske närmast små och medelstora företag som kan

<sup>638</sup> Här kan man notera att den som påför en teknisk åtgärd enligt tysk rätt är skyldig att ange sina kontaktppgifter, UrhG 95d.

<sup>639</sup> Konsumentskyddsmyndigheterna har dock inte befogenhet att å konsumenters vägnar inleda ett skiljemannaförfarande enligt FiURL eller föra deras talan i ett sådant förfarande.

tänkas stå i en position där man inte i praktiken kommer att ha möjlighet att göra sina rättigheter gällande.

Medlemsstaterna har enligt gemenskapsrätten en processuell privatautonomi. Enligt EG-rätt kan en processuell regel, trots medlemsstaternas processuella privatautonomi, konstateras strida mot gemenskapsrätt. Denna princip fastslogs i *Codifis*-fallet<sup>640</sup>, där ett nationellt stadgande om en preklusionsfrist ansågs strida mot konsumentskyddsdirektivet, eftersom en preklusion skulle leda till att konsumenten inte kan åtnjuta det skydd som inrättats genom direktivet<sup>641</sup>. Det här innebär att man bör vara ytterst uppmärksam på om de förutsedda förfarandena innebär en verklig möjlighet för användarna att göra gällande sina rättigheter. Det faktum att inget undantag stadgats till förmån för tjänster och produkter som tillhandahålls för att möjliggöra ett kringgående i enlighet med domstolens/nämndens/skiljemännens beslut kan innebära att användarna inte i praktiken kan utnyttja en tillåtelse att kringgå en teknisk skyddsåtgärd.

I det här sammanhanget kan det också vara intressant att jämföra med det ursprungliga förslaget till genomförande av direktivet i Belgien. Det som har haft en stor inverkan på diskussionerna i Belgien är att man där utgått ifrån att upphovsrättens inskränkningar är obligatoriska och endast i mycket begränsad mån kan inskränkas genom avtal. Det belgiska lagförslaget från år 2002<sup>642</sup> baserade sig i motsats till den nordiska modellen på *förhandskontroll* av möjligheten att nyttja ett verk i enlighet med de stadgade inskränkningarna. Enligt artikel 7.2 skulle rättsinnehavarna ha varit skyldiga att meddela ministeriet vilka frivilliga åtgärder som vidtagits för att göra de möjligt att använda ett verk i enlighet med inskränkningarna. Ifall så icke skedde skulle ”kungen” (*le roi*) ha haft rätt att vidta behövliga åtgärder för att trygga möjligheten att dra nytta av inskränkningarna. Av motiveringen till artikel 7.2. framkommer att man med frivilliga åtgärder i första hand avser avtal, på basen av vilka lagens inskränkningar kan utnyttjas. Med ”behövliga åtgärder” avses författningar (*arrêté royal*) som reglerar avtalsförhållandet mellan rättsinnehavare och nyttjare. Dessa författningar skall endast gälla rättsinnehavare som inte på frivillig väg erbjudit användarna möjlighet att nyttja ett verk i enlighet med de upphovsrättsliga inskränkningarna. Detta förslag accepterades inte och man införde slutligen i belgisk rätt en liknande ordning som den som finns i de nordiska länderna<sup>643</sup>.

På ett allmänt plan kan man dock konstatera att modellen i det belgiska förslaget med proaktiv förhandsgranskning verkar tungrodd, men å andra sidan effektivare ur användarsynpunkt än den nordiska modellen med retroaktiv granskning. Den belgiska modellen kräver att de som utarbetar DRM-system måste fundera på användaraspekterna i förväg. Å andra sidan minskar risken för att man utvecklar ”olagliga” system, dvs. system som inte uppfyller de fastslagna kraven, och som därför måste korrigeras eller som kontinuerligt blir föremål för ett domstols-, nämnde- eller skiljemannaförfarande.

*Den retroaktiva granskningen innebär att kostnaderna för att vidmakthålla användarrättigheter ökar, eftersom varje användare enskilt är tvungen att göra sin rätt gällande.* Eftersom användarrät-

<sup>640</sup> Mål C-473/00 av den 21 November 2002.

<sup>641</sup> Mål C-473/00, punkt 36.

<sup>642</sup> Proposition de loi modifiant la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information 2-704/4, Sénat de Belgique, 18 Oct. 2002.

<sup>643</sup> Om genomförandet av direktivets bestämmelser i Belgien, se Dusollier, Droit d'auteur et protection des œuvres (2005).

tigheterna vanligen inte har ett kommersiellt värde utan består av uteblivna möjligheter, är det mycket liten chans att det skall finnas incitament att påbörja skiljemannaförfarande eller andra rättsliga förfaranden. Detta igen innebär en social kostnad.

För dem som tillhandahåller DRM-system innebär den retroaktiva kontrollen också en större osäkerhet om huruvida tillämpningen i tillräcklig mån tillgodoser upphovsrättslagstiftningens krav. På grund av detta torde de som utvecklar DRM-system ha ökade incitament att hellre skapa och införa interaktiva system som skyddas av stadgandena i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 4 och där några användarrättigheter inte behöver beaktas. Detta gäller särskilt ifall villkor som genomförs på basen av ett interaktivt system anses vara giltiga enligt nationell rätt. Detta är en fråga som man inte har behandlat vid den nationella implementeringen av upphovsrättsdirektivet.

*Eftersom en teknisk åtgärd troligen inverkar menligt på möjligheterna att dra nytta av en upphovsrättslig inskränkning för alla i en viss kategori av användare verkar det därför som om det skulle vara mer ändamålsenligt med ett system där en rättsinnehavare kan åläggas att tillgängliggöra ett verk på ett sätt som möjliggör användning i enlighet med en inskränkning på allmän nivå, dvs. i förhållande till alla i en viss kategori av användare. För detta ändamål behövs dock någon form av kontinuerlig marknadsövervakning.*

Med tanke på kommunikationsverkets uppgifter att övervaka marknaderna för dekoder-system enligt finsk lagstiftning<sup>644</sup>, kunde det vara en naturlig lösning att ålägga kommunikationsverket en skyldighet att övervaka marknaderna för DRM-system på en bredare nivå. Kommunikationsverket kunde erhålla befogenheter att ålägga DRM-systemproducenter, -importörer eller rättsinnehavare som använder DRM-tjänster och produkter en skyldighet att se till att systemen möjliggör viss användning i enlighet med lagen.

Detta är också en modell som man infört i Frankrike. Man har där för ändamålet inrättat ett organ, *l'Autorité de régulation des mesures techniques*, som har till uppgift att övervaka att tekniska åtgärder inte inskränker användares rättigheter att använda ett verk i enlighet med de upphovsrättsliga inskränkningar som nämns. Dessutom kan användare vända sig till organet för att göra sin rätt gällande och myndigheten kan, ifall konflikten inte löses genom medling, ålägga rättsinnehavaren att göra det möjligt för användaren att dra nytta av inskränkningen<sup>645</sup>.

Man bör också nämna att samma myndighet har en annan uppgift, som kan sägas vara dess primära uppgift, och det är att övervaka och främja DRM-systems interoperabilitet. Med tanke på användares intresse kan denna uppgift komma att vara viktigare än den övervakning av tekniska åtgärder som organet gör på basen av ovan beskrivna stadgande<sup>646</sup>.

Dessutom är den som tillgängliggör, publicerar eller importerar programvara som kan användas för att behandla skyddade verk skyldig att till datasäkerhetsmyndigheterna (*le service de l'Etat chargé de la sécurité des systèmes d'information*) inlämna programvarans specifikationer och källkoder<sup>647</sup>. Stadgandet verkar ha som primärt mål att undvika datasäkerhetsrisker som kan uppstå på grund av tekniska åtgärder och framförallt undvika användning av sådan programvara i samhällets kritiska datasystem.

<sup>644</sup> Lag 1117/2001 om förbud mot vissa avkodningssystem.

<sup>645</sup> Artikel 16 i LOI n° 2006-961.

<sup>646</sup> Artikel 14 i i LOI n° 2006-961.

<sup>647</sup> Artikel 15 i LOI n° 2006-961.

### 3.2.6.3. Genomförande av upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 2

Inget av de nordiska länderna har i detta skede fastnat för att garantera möjligheterna att framställa kopior för privat bruk i enlighet med upphovsrättsdirektivets stadgande i artikel 6.4 stycke 2. Man har här velat vänta och se hur marknaden utvecklas. I de flesta fall har man klart uttryckt att detta är en fråga som det kan finnas skäl att återkomma till.

De flesta länderna har låtit bli att utnyttja möjligheten att införa ett undantag från skyddet av tekniska åtgärder för att säkra möjligheten att framställa kopior för privat bruk. Av de europeiska länderna verkar Spanien och Frankrike dock gå in för denna lösning<sup>648</sup>. I Frankrike har man förutsett en rätt flexibel lösning, där man inte i lagstiftningen slår fast hur många kopior en privat person skall kunna framställa av ett verk, men där en statlig myndighet med beaktande av både rättsinnehavares och användares intressen för olika verkstyper kan slå fast minimiantalet kopior som bör kunna framställas<sup>649</sup>. Syftet verkar vara att på detta sätt kunna tillmötesgå både rättsinnehavarnas och användarnas intressen.

### 3.2.6.4. Genomförande av e-handelsklausulen

E-handelsklausulen i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 4 innehåller mycket litet utrymme för skönsmässig bedömning. Det är närmast fråga om till vilken del villkor skall anses vara giltiga i nationell rätt och på vilket sätt upphovsrättens balans skall återspeglas även på inomkontraktuella situationer där den nationella lagstiftaren kan formulera egna lösningar.

De nordiska lagstiftarna har inte närmare diskuterat till vilken del avtalsvillkor som inskränker användarens rättigheter enligt upphovsrättslagen skall vara giltiga. Inte heller diskuterar man skillnaden eller likheten mellan villkor som genomförs genom ömsesidiga avtal, standardvillkor eller tekniska åtgärder. Överlag verkar detta vara en fråga som har åsidosatts vid den nationella implementeringen i de europeiska länderna<sup>650</sup>.

När det gäller balansen mellan rättsinnehavare och användare kan man få en viss ledning i allmänna utlåtanden. Av de nordiska länderna är det den norska propositionen som klarast tagit ställning till förhållandet mellan legalt skydd av upphovsrätt (upphovsrättens ensamrätter) och avtalsmässigt skydd; enligt propositionen kan man genom avtalsmässigt skydd utsträcka det rättsliga skyddet av DRM-system även till sådant som inte tillhör upphovsrättens ensamrätt enligt lagen<sup>651</sup>.

### 3.2.6.5. Övrigt

Såsom ovan i kapitel IV.3.2 redan konstaterats innehåller ingressen i upphovsrättsdirektivet ett flertal allmänna begränsningar av upphovsrättsdirektivet.

<sup>648</sup> LEY 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril samt LOI n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. J.O n° 178 du 3 août 2006 page 11529 texte n° 1.

<sup>649</sup> Artikel L-331-8 i franska upphovsrättslagen. L'Autorité de régulation des mesures techniques är en särskilt inrättad myndighet för övervakning av användning av tekniska åtgärder.

<sup>650</sup> Enligt tysk rätt är det i och för sig förbjudet även på avtalsrättslig väg att kringgå det obligatoriska skyddet för vissa i upphovsrättslagen skyddade inskränkningar i upphovsrätten, UrhG § 95b (1). Samtidigt stadgas dock i samband med e-handelsklausulen i UrhG § 95b (3) att detta inte gäller i de fall ett verk eller annat alster görs tillgängligt för allmänheten på 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.

<sup>651</sup> Ot.prp.nr. 46 (2004-2005), s. 116-117.

Enligt direktivet bör man vid utformningen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder beakta följande intressen:

- ▶ den elektroniska utrustningens normala funktion eller den tekniska utvecklingen av denna får inte hindras (punkt 48)
- ▶ ingen skyldighet att utforma varor eller tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder (punkt 48)
- ▶ kryptografisk forskning får ej hindras (punkt 48)
- ▶ proportionalitetsprincipen bör beaktas så att skyddet inte medför förbud mot sådana anordningar eller verksamheter som har något annat kommersiellt betydelsefullt syfte eller användningsområde än att kringgå tekniskt skydd (punkt 48)
- ▶ möjligheten att kringgå tekniska åtgärder för att utforska ett datorprogramms funktioner i syfte att utröna de idéer och principer som ligger bakom programmets olika detaljer samt för dekompilering i enlighet med datorprogramdirektivets artiklar 5.3 och 6 (punkt 50)
- ▶ allmän ordning eller allmän säkerhet (punkt 51)
- ▶ kompatibilitet och interoperabilitet mellan datasystem (punkt 54)
- ▶ persondataskyddet (punkt 57)

Av dessa har man i de nordiska rättsordningarna ansett att begränsningen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder för *kryptografisk forskning* har krävt explicit införande i lagen<sup>652</sup>. I den finska lagen talar man förutom om kryptografisk forskning även om *undervisning*. Gällande rätt i de andra nordiska länderna torde dock vad jag förstår inbegripa undervisning i forskningsbegreppet.

I övrigt kan man konstatera att den svenska lagens lösning i SvURL 52 c § med ett brett undantag från skyddet av tekniska åtgärder till förmån för tillhandahållande av allmän handling, rättsvård eller allmän säkerhet har stöd i direktivets ingress.

Frågan om kompatibilitet och interoperabilitet har inte vid den nordiska implementeringen tilldragit sig någon uppmärksamhet. I Frankrike har saken fått desto större betydelse och utgjort ett viktigt skäl till att genomförandet av lagen i Frankrike dröjt. Det är framförallt turerna kring iTunes DRM-skyddade system som fått känslorna att svalla i Frankrike. Resultatet är dock att Frankrike har den mest progressiva nationella lagen då det gäller beaktandet av interoperabilitetshänsyn. Den nordiska lösningen med att tillåta kringgående av tekniska åtgärder för att kunna se eller lyssna på ett verk innebär till viss del att interoperabilitetshänsyn i praktiken kommer att beaktas<sup>653</sup>. Det märkliga är bara att man inte i lagförslagen närmare dryftat hur man har tänkt sig att en privatperson skulle kunna kringgå en teknisk åtgärd för dessa syften i brist på lättillgängliga och förmånliga tjänster och produkter för kringgående av tekniska åtgärder.

Frågan om rättighet att korrigerera fel i vara hör nära samman med interoperabilitetsfrågan.

<sup>652</sup> FiURL 50 a § 3. mom., SvURL 52 c §, norska åndsverkloven 53 a § 3. mom., danska ophavsretsloven 75 c § Stk. 6.

<sup>653</sup> FiURL 50 a § 3. mom., SvURL 52 d § 2. mom., norska åndsverkloven 53 a § 3. mom. I åndsverkloven använder man uttrycket användares möjligheter att "tillägna sig" verket. I den danska lagen har detta inte explicit intagits i lagen, men nämnts i lagförslaget. Orsaken till denna begränsning har inte varit interoperabilitetshänsyn i sig utan närmast en strävan att anknypa det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder till upphovsmannens (ekonomiska) förfoganderätt. Se även Schönning, Tekniska skyddsåtgärder (2005).



Ett motsvarande undantag från skyddet av tekniska åtgärder återfinns i amerikansk rätt och gäller korrigerande av krypterade databaser över webbsidor som skall blockeras genom filteringsprogram<sup>654</sup>. Eftersom det där är fråga om en verksamhet med ett viss *kommersiellt värde* kunde det i dessa fall nog tänkas att en lösning som baserar sig på en tillåtelse att kringgå en teknisk åtgärd fungerar.

En fråga som man kunde ha förväntat sig skulle väcka en del debatt är den allmänna proportionalitetsprincipen. En sådan diskussion hade dock krävt att man närmare dryftar upphovsrättens syfte och dessutom upphovsrättens förhållande till andra rättmätiga intressen. I detta samband hade man också varit tvungen att dryfta frågan om eventuella rättsmissbruk i samband med nyttjande av tekniska åtgärder.

Situationen i Frankrike verkar vara den motsatta. Den franska lagen inför följande stadgande i Art. L. 331-5; ”*Les mesures techniques ne peuvent s’opposer au libre usage de l’oeuvre ou de l’objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent code, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits.*”. (De tekniska åtgärderna får inte hindra fri användning av det skyddade verket eller objektet inom ramen för de rättigheter som förutses i denna lag samt i enlighet med de rättigheter som ges av rättsinnehavarna). Stadgandet utgår alltså ifrån en uttrycklig önskan om att vidmakthålla den balans mellan upphovsmannens rättigheter och användarens friheter som lagen innehållit. Det är sen en annan sak om detta på det praktiska planet är möjligt. Stadgandet torde dock utgöra en säkerhetsventil som domstolarna kan använda i de fall då användningen av tekniska åtgärder verkar innebära ett rättsmissbruk (chikan).

### 3.3. Vissa slutsatser gällande lagstiftningen om det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i DMCA och upphovsrättsdirektivet

En jämförelse mellan upphovsrättsdirektivet och DMCA avslöjar vissa grundläggande skillnader gällande regleringen av tekniska åtgärder. Medan DMCA inte förbjuder kringgående av tekniska åtgärder vars avsikt är att skydda till upphovsrätten hörande rättigheter, utan endast tekniska åtgärder för åtkomstskydd, förbjuder upphovsrättsdirektivet i princip allt kringgående av tekniska åtgärder.

Man kan notera att det inte verkar ha förekommit någon kritik mot att DMCA:s förbud mot kringgående av skydd endast gäller åtkomstkontroll men inte andra typer av tekniska åtgärder som skyddar en till upphovsmannen hörande rättighet. Man verkar inte heller närmare ha ifrågasatt huruvida stadgandena i DMCA uppfyller de internationella åtaganden som ett medlemsland har i enlighet med WIPO:s Internetkonventioner, som kräver att man i nationell rätt inför ett förbud mot kringgående av tekniska åtgärder till skydd för de rättigheter som hör till upphovsrätten.

Eftersom kringgående av tekniska åtgärder till skydd för till upphovsrätten hörande rättigheter i princip är tillåten enligt DMCA, anses det att möjligheten att använda ett verk i

<sup>654</sup> DMCA § 1201 (a)(1)(B) och § 1201 (h). Saken behandlas närmare ovan i kapitel 1.4.1.

enlighet med *fair use* är tryggad<sup>655</sup>. Vad gäller åtkomstkontroll beviljar Library of Congress dispens från förbudet mot kringgående av tekniska åtgärder till skydd för åtkomstkontroll i vissa specifika fall för tre år åt gången. Fördelen med denna process är att man på sätt och vis får ett förhandsbesked om tillåtligheten av kringgående.

Enligt den europeiska modellen tryggas tillämpningen av vissa inskränkningar och undantag då det finns risk att tekniska åtgärder omöjliggör dylik användning. Problemet med den europeiska lagstiftningen är dess svårighet att handskas med intressen som inte blivit uttryckta genom inskränkningar eller undantag till upphovsrätten. Själva direktivet förutser inte några möjligheter att på förhand få besked om huruvida en handling innebär ett förbjudet kringgående av en teknisk åtgärd. Detta hindrar dock inte att en möjlighet att erhålla förhandsbesked skulle vara omöjlig att införa på nationell nivå. Då upphovsrättsrådet i Finland avger utlåtanden om upphovsrättslagens tillämpning, torde detta även gälla frågan om vad som anses utgöra en effektiv teknisk åtgärd eller information gällande rättighetsförvaltning och huruvida en gärning skulle innebära ett förbjudet kringgående av en teknisk åtgärd eller förbjuden ändring eller avlägsnande av information gällande rättighetsförvaltning.

Den europeiska lagstiftningen har i hög grad påverkats av den amerikanska rättsutvecklingen. Den kritik mot möjligheten att utnyttja friheten att kringgå tekniska åtgärder enligt amerikansk rätt samt den i Europa allt högljuddare kritiken mot ett absolut skydd av tekniska åtgärder<sup>656</sup>, kan anses ha resulterat i den gemenskapsrättsliga lösning genom vilken man försöker garantera möjligheten att dra nytta av vissa av upphovsrättens undantag.

Den modell upphovsrättsdirektivet skapar har vissa fördelar framom den amerikanska. För det första förblir det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder starkt, eftersom man upprätthåller ett generellt förbud mot kringgående. Dessutom är det svårt att se hur en rättighet att kringgå tekniska åtgärder enligt DMCA i praktiken skulle kunna utövas i brist på lagliga marknader för tjänster och produkter som erbjuder medel för kringgående.

För det andra är upphovsrättsdirektivets lösning mera marknadstillvänd genom att man primärt söker jämka eventuella motstridiga intressen på frivillig väg. Myndigheterna har rätt att ingripa endast i de fall då detta misslyckas. I dessa fall skall myndigheterna ha tillräckliga befogenheter att garantera möjligheterna att nyttja ett upphovsrättsligt undantag. Direktivet kräver därför att myndigheterna skall ha en viss beredskap att kringgå tekniska åtgärder. Jämfört med DMCA:s rättighet för enskilda att kringgå tekniska åtgärder till skydd av till upphovsrätten hörande rättigheter erbjuder detta förfarande en viss trygghet för rättsinnehavarna. Myndighetsverksamhet och myndigheters beslutsfattande underställs nämligen långt gående lagbundenhets- och offentlighetskrav.

Direktivet verkar förespråka flexibla lösningar där marknadens funktion beaktas, utan att för den skull åsidosätta ”användarnas” rättmätiga intressen. Direktivet verkar sträva efter att undvika en inflexibel och trög tvingande reglering och istället understöda marknadsaktörernas

---

<sup>655</sup> Denna frihet att kringgå tekniska åtgärder har dock i praktiken en mycket liten betydelse i brist på lagliga marknader för tjänster och produkter som möjliggör kringgående. Det amerikanska tänkandet torde basera sig på att ett dylikt kringgående kan göras med konventionella medel, t.ex. genom att fotografera en datorskärm eller liknande. Både det amerikanska och det europeiska tänkandet baserar sig på att tekniska åtgärder sällan, om ens någonsin, förmår hindra användande på ett sätt som kan strida mot de grundläggande principerna och värderingarna på vilken *droit d'auteur*-systemets inskränkningar och undantag eller *copyright*-systemets *fair use* baserar sig.

<sup>656</sup> I rättslitteraturen framfördes på bred front kritik mot förslaget till skydd av tekniska åtgärder i upphovsrättsdirektivet, se Vinje, *Copyright imperilled?* (1999), Hugenholtz, *Code as Code* (1999), Dusollier, *Electrifying the Fence* (1999), Koelman, *A Hard Nut to Crack* (2000).

strävanden efter att åstadkomma gemensamma etiska regler och standarder för DRM-system. Kort sagt möjliggör direktivet samtidigt strategier för att uppnå en optimal informationspolitisk lösning, där både privata och offentliga informationsrättsliga och informationsekonomiska bevekelsegrunder beaktas. Dyliga lösningar förutsätter dock naturligtvis uppbackning i den nationella lagstiftningen. Faktum är att de nationella lagstiftarna inte till fullo verkar ha uppfattat den fingervisning upphovsrättsdirektivet ger i denna sak. I Frankrike finns ändå ett samrådsförfarande där konsumentskyddsmyndigheterna och övriga intressenter hörs för att avgöra hur tekniska åtgärder bör utformas för att rättigheten att framställa kopior för privat bruk inte skall omintetgöras<sup>657</sup>. Vid implementeringen i de nordiska länderna har man inte beaktat behovet av och möjligheterna att främja en god praxis inom innehållsindustrin visavi tillämpningen av licensvillkor och tekniska åtgärder.

Det faktum att direktivet lämnat öppet hur användarrättigheterna (dvs. inskränkningar i upphovsrätten till användarnas fördel) skall garanteras har kanske verkat logiskt i den situation man befann sig då direktivet stadgades. Man skall komma ihåg att stadgandet om att vissa användarrättigheter bör garanteras infördes först i ett mycket sent skede.

Med tanke på att det i regel inte är obligatoriskt för medlemsstaterna att införa de i direktivet nämnda undantagen och inskränkningarna, är det konstigt att medlemsstaterna enligt artikel 6.4 stycke 1 i direktivet har en skyldighet att tillse att tekniska åtgärder inte hindrar tillämpligheten av de där nämnda upphovsrättsliga undantagen och inskränkningarna.

Problemet blir ännu tydligare då man betraktar den nationella implementeringen av upphovsrättsdirektivet. Det finns länder såsom Frankrike med mycket få inskränkningar i upphovsrätten, medan andra länder såsom de nordiska länderna har infört de flesta av de inskränkningar som upphovsrättsdirektivet förutser och som enligt artikel 6.4 stycke 1 bör garanteras vid användning av tekniska åtgärder. Det här innebär i princip att ett DRM-system som uppfyller kraven enligt fransk lag högst troligen strider mot nationell rätt i till exempel de nordiska länderna.

Vid den nationella implementeringen har många länder gått in för något slag av domstols- eller därmed jämförbar process för att garantera inskränkningarna enligt upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1. Man kan på goda grunder ifrågasätta om detta är effektivt och om implementeringen av stadgandet uppfyller gemenskapsrättens krav på effektivitet<sup>658</sup>. Problemet med ett domstolsförfarande (eller motsvarande) är att det inte alltid är uppenbart att rättsinnehavaren och/eller den som kontrollerar verkets tillgängliggörande kan spåras och nås. Dessutom är användarintresset i ekonomiskt värde mätt i enskilda fall vanligtvis så litet att användarna *prima facie* knappast har intresse av att föra saken till domstol. Kostnaderna för ett sådant förfarande kan därför komma att vida överskrida nyttan i det enskilda fallet. Det verkar därför mer rationellt och kostnadseffektivt med en annan typ av intervention, där rättsinnehavaren kan åläggas att möjliggöra nyttjande i enlighet med en upphovsrättslig inskränkning för *alla* i den berörda kategorin av användare (och inte endast enskilt i enskilda fall). Ett sådant system har införts i Frankrike och Storbritannien<sup>659</sup>.

<sup>657</sup> Artikel 16 (L. 331-9) i LOI n° 2006-961 du 1er août 2006.

<sup>658</sup> Om medlemsländerna processuella privatautonomi och frågan om rättsliga stadgandens effektivitet, se närmare ovan i kapitel IV.3.2.6.2.

<sup>659</sup> Fransk lag utgår ifrån att myndigheten för övervakning av tekniska åtgärder (Autorité de régulation des mesures techniques) har befogenhet att övervaka både interoperabilitetsaspekter och möjligheterna att dra nytta av de inskränkningar vars tillämplighet enligt lagen garanteras. Artikel 14 och 16 i LOI n° 2006-961 du 1er août 2006. För Storbritanniens del, se artikel 296ZE i The Copyright and Related Rights Regulations 2003.

Upphovsrättsdirektivet beaktar behovet av att begränsa det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder inte enbart visavi vissa upphovsrättsliga inskränkningar utan också på ett mer allmänt plan i enlighet med proportionalitetsprincipen. Det är just tillämpningen av denna proportionalitetsprincip som erbjuder det europeiska regelverket tillräcklig flexibilitet för att beakta olika privata och samhälleliga intressen. Samtidigt ger proportionalitetsprincipen ett visst utrymme för skönmässig bedömning på nationell nivå. De exempel på tillämpning av proportionalitetsprincipen som finns i ingressen till upphovsrättsdirektivet är alltså inte uttömmande<sup>660</sup>.

DMCA:s närmaste motsvarighet till den allmänna proportionalitetsprincipen i upphovsrättsdirektivet står att finna i stadgandet i DMCA § 1201 (c) om att inget i DMCA skall tolkas så att det rubbar balansen (mellan olika rättigheter och skyldigheter) i den amerikanska upphovsrättslagstiftningen. Detta stadgande binder omfattningen av skyddet av tekniska åtgärder till omfattningen av upphovsrätt. Därutöver finns det stora likheter mellan begränsningarna av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder enligt DMCA och enligt upphovsrättsdirektivet. Det här gäller speciellt rättigheten att bedriva kryptografisk forskning, undersöka datorprogramms funktioner för att uppnå samverkansförmåga samt begränsningar av skyddet av tekniska åtgärder till fördel för allmän ordning och allmän säkerhet. En betydande skillnad är dock frånvaron i upphovsrättsdirektivet av en hänvisning till behovet av att tillåta säkerhetstestning. Inget i direktivet torde dock ställa hinder för att beakta även detta intresse i den nationella lagstiftningen förutsatt att proportionalitetsprincipen beaktas.

Upphovsrättsdirektivets sätt att betrakta de upphovsrättsliga inskränkningarna och undantagen skilt från den allmänna proportionalitetsprincipen och de intressen som framförs i ingressen och som berättigar till en begränsning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder är svårtydligt. De exempel på intressen som i konkreta fall kan ge upphov till en begränsning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i enlighet med proportionalitetsprincipen faller normalt inom ramen för medlemsstaternas lagstiftningskompetens. Därför har man antagligen inte ansett sig kunna påföra medlemsstaterna skyldigheter att tillgodose dessa intressen, även om man i ingressen räknat upp några sådana intressen som det inom ramen för den nationella implementeringen kan vara skäl att beakta (och som därmed inte skall kunna anses strida mot direktivets stadganden). Det är därför intressant att notera att offentlighetsintresset i Sverige har tillgodosetts genom att helt undanta rättsligt skydd för tekniska åtgärder i sådana fall, medan man i de övriga nordiska länderna fastnat för en formulering som innebär att offentlighetsintresset skall beaktas på samma sätt som övriga inskränkningar i upphovsrätten.

I olika länder har man dessutom i olika grad beaktat olika intressen. Alla nordiska länder har i själva lagtexten undantagit kryptografisk forskning (och undervisning) från tillämpningsområdet för tekniska åtgärder. Så är inte nödvändigtvis fallet i alla andra EG-länder<sup>661</sup>. Samtidigt har man vid implementeringen av upphovsrättsdirektivet i de nordiska länderna inte i någon större mån beaktat interoperabilitetshänsyn eller datasäkerhetshänsyn, medan

<sup>660</sup> Man kunde till exempel tänka sig att det på basen av *proportionalitetsprincipen* skulle vara befogat att begränsa det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder, så att det inte gäller åtgärder behövliga för att göra det möjligt att se eller lyssna på ett verk. Att döma av förarbetena till lagändringarna har man dock inte vid den nationella implementeringen i de nordiska länderna åtminstone explicit motiverat detta stadgande med proportionalitetsprincipen.

<sup>661</sup> Till exempel fransk lag verkar inte innehålla något sådant undantag. Å andra sidan har man i Frankrike specificerat att protokoll, format, metod för kryptografi, steganografi eller andra transformeringar inte i sig utgör en teknisk åtgärd. Artikel 13 (L-331-5) i LOI n° 2006-961 du 1er août 2006.

detta är en aspekt som i den franska lagen fått stort utrymme<sup>662</sup>.

E-handelsklausulen verkar ha genomförts på ett snarlikt sätt i de medlemsländers lagstiftning som här analyserats<sup>663</sup>. I inget fall har man närmare behandlat frågan om avtalsvilkors giltighet och huruvida man på avtalsrättslig väg skall ha en rättighet eller en möjlighet att substantiellt utöka det rättsliga skyddet till nackdel för olika användargrupperns legitima intressen. Inte heller har man diskuterat frågan om den stora skillnaden mellan *inter partes* och *erga omnes* skydd av rättsinnehavarens rättsställning är motiverad med beaktande av upphovsrättslagstiftningens målsättningar.

## 4. DRM-SYSTEMS INVERKAN PÅ RISKFÖRDELNING OCH KOMPENSATIONSBELOPP

Möjligheterna att skydda upphovsrättsliga intressen genom påförande av elektroniska rättighets-hanteringssystem leder till ett flertal frågor som gäller dess inverkan på riskfördelningen mellan parterna. Den riskfördelning som avses här gäller fördelning av risken för upphovsrättsintrång med därtill hörande straff- och civilrättsliga påföljder. Riskfördelningen är allt annat än klar i många fall.

Riskfördelning på det sätt termen används här motsvarar i stort det som Pöyhönen benämner riskpositioner (fi. *riskipositio*), som gäller i förhållande till olika intressenter (fi. *intressitaho*). Enligt Pöyhönen är det oriktigt att tala om fullständiga subjektiva rättigheter, utan en rättighet innebär samtidigt ett ansvar (mot andra individer, och i sista hand samhället, inklusive ”kommande generationer”), man kan alltså tala om rättsskyldigheter (fi. *oikeusvelvollisuus*). Uppkomsten eller upprätthållandet av en rättighet kan därför förutsätta en ansvarsposition och ålägga rättsinnehavaren positiva handlingsförpliktelser, till exempel en informationsplikt<sup>664</sup>.

På allmän nivå har bl.a. Calabresi behandlat äganderättsstadganden, ansvarsstadganden och oöverlåtbara rättigheter som överlappande och parallella berättiganden eller fördelar (*entitlements*), som alla kan ha distributiva effekter<sup>665</sup>. Riskfördelningen utgör alltså en aspekt på rättsliga förhållanden, som ur rättsteknisk synvinkel kan uttryckas på olika sätt.

I det följande betraktas speciellt DRM-systemens inverkan på beräkning av kompensation samt frågan om riskfördelningen mellan rättsinnehavare, användare och aktörer i nyckelposition<sup>666</sup>. Den förra frågan regleras i någon mån av upphovsrättsdirektivet, medan den senare frågan har lämnats öppen. Det är dock motiverat att betrakta DRM-systems inverkan på riskfördelningen mellan rättsinnehavare, tjänsteleverantörer och användare med tanke på de senaste årens rättsutveckling, som bl.a. berört tjänsteleverantörers skyldighet att filtrera innehåll för att sälla bort upphovsrättsligt skyddat material som tillhandahålls utan rätts-

<sup>662</sup> Se artiklarna 14-16 i LOI n° 2006-961 du 1er août 2006.

<sup>663</sup> I detta avseende har jag förutom de nordiska länderna även granskat situationen i Storbritannien och Frankrike.

<sup>664</sup> Pöyhönen, Uusi varallisuus-oikeus (2000), s. 177 ff.

<sup>665</sup> Calabresi, Remarks (1997) samt Calabresi & Melamed, Property Rules, Liability Rules (1972).

<sup>666</sup> I detta fall närmast tjänsteleverantörer för Internet-tjänster och elektronikproducenter.

innehavarens tillstånd. Gällande elektroniska rättighetshanteringssystem i förhållande till riskfördelningen mellan rättsinnehavare, tjänsteleverantörer och användare, kan man konstatera att tillämpning av DRM-system minskar risken för intrång i upphovsrätt, och det är därför relevant att analysera vem som borde bära ansvaret (och kostnaderna) för att minska risken för intrång.

Vad gäller DRM-systems inverkan på beräkning av kompensation för nyttjande, kan man inledningsvis konstatera att elektroniska rättighetshanteringssystem kan påverka till exempel möjligheten att framställa kopior för privat bruk, vilket utgör föremål för specifika ersättningsystem (en. *levy*), dvs. avgift för lagringsmedel. Till den del elektroniska rättighetshanteringssystem påverkar möjligheterna att framställa kopior stadgar upphovsrättsdirektivet om att DRM-system skall beaktas vid införandet av dylika ersättningsystem.

Frågan om riskfördelning har i bägge fall kopplingar till formuleringen av upphovsrättens incitamentsystem och frågan om ett effektivt nyttjande av samhällets informationsresurser och regleringen av samhällets kommunikationsmiljö.

## 4.1. DRM-systems inverkan på rättsinnehavarens rätt till kompensation för nyttjande

### 4.1.1. Upphovsrättsdirektivets regim för privatkopiering och effekten av DRM-system på ersättning för privatkopiering

Enligt artikel 5.2 första stycket b i upphovsrättsdirektivet bör man beakta användning av tekniska åtgärder då man bestämmer om *rimlig kompensation* (*fair compensation*) för privatkopiering. Stadgandet påvisar att lagstiftaren tillerkänner DRM-system rättslig betydelse. I artikeln sägs inget om hur användningen av tekniska åtgärder skall beaktas.

Tidigare användes uttrycket skälig ersättning (*equitable remuneration*) Det tycks finnas delade åsikter om ändringen i terminologin haft för avsikt att ändra rättsläget. Enligt Hugenholtz et al. kunde skälig ersättning utgå även i de fall då rättsinnehavaren inte led någon skada, medan rimlig kompensation endast är avsedd att ersätta rättsinnehavaren för eventuell skada (utebliven inkomst)<sup>667</sup>.

I ingresspunkt 35 i upphovsrättsdirektivet fastslås att man ”vid fastställande av formen, de närmare bestämmelserna om och den eventuella nivån på denna rimliga kompensation bör beakta de särskilda förhållandena i varje enskilt fall.”

I RP 28/2004 utgår man ifrån att ändringen i terminologin endast varit av teknisk natur och inte varit avsedd att ändra ersättningens natur. I RP 28/2004 anser man att ingresspunkt 35 endast berör utdelningen av den uttagna avgiften till rättsinnehavarna. Det är oklart på vad man i RP 28/2004 baserar sin tolkning, och det verkar således uppenbart att propositionens tolkning av ingresspunkt 35 är alltför snäv.

Artikel 5.2 första stycket b i upphovsrättsdirektivet specificeras ytterligare genom punkt

<sup>667</sup>Hughenoltz et al., *The Future of Levies* (2003). Se även Dusollier, *Droit d’auteur et protection des œuvres* (2005), s. 424-425, enligt vilken uttrycket rimlig kompensation anammades för att tillmötesgå Storbritannien, som inte ville införa någon regim för pekuniär ersättning för privatkopiering.



39 i ingressen till upphovsrättsdirektivet<sup>668</sup>. Enligt ingresspunkt 39 skall den tekniska och ekonomiska utvecklingen beaktas vid tillämpningen av undantaget eller inskränkningen för privatkopiering. Man skall därmed beakta *vilka möjligheter det finns för privatkopiering samt vilka alternativa ersättningsystem som finns att tillgå*. Tillämpningen av undantaget eller inskränkningen skall alltså stå i proportion till dess effekter för marknaderna för verk och andra skyddade alster. Upphovsrättsdirektivet tillåter därmed undantag eller inskränkningar i upphovsrätten för privatkopiering. Dessa undantag eller inskränkningar får dock inte leda till att tekniska åtgärder inte kan tillämpas eller att de med hänvisning till förefintligheten av ett ersättnings-system förbjuds.

Stadgandet påvisar också att det finns ett *samband mellan omfattningen av ett undantag eller inskränkning och möjligheten att kontrollera och styra användning genom påförande av tekniska åtgärder*. Man har alltså ansett att möjligheten att kontrollera användning redan i sig kan leda till att en inskränkning av upphovsrätten inte tillämpas och att den därav följande ändringen av balansen mellan rättsinnehavarens och användarens rättigheter och friheter har stöd i lagen.

Stadgandet i artikel 5.2 första stycket b begränsar beaktandet av tekniska åtgärder endast till privatkopiering, inte kopiering inom näringsverksamhet eller för kommersiellt bruk. I ingresspunkt 35 i upphovsrättsdirektivet begränsar man sig dock inte endast till privatkopiering, utan ingresspunkten gäller tillämpningen av undantag eller inskränkningar i allmänhet. Enligt ingresspunkten bör rättsinnehavaren vid tillämpningen av vissa undantag eller inskränkningar få skälig ersättning för användning. Vid fastställandet av formen, de närmare bestämmelserna om och den eventuella nivån på den rimliga compensationen bör de särskilda förhållandena i varje enskilt fall beaktas. Enligt ingresspunkten bör man beakta åtminstone följande faktorer; *den eventuella skadan för rättsinnehavarna, huruvida särskild licensavgift betalats samt utsträckningen av användningen av tekniska åtgärder*.

För att förstå privatkopieringsproblematiken och uppkomsten av den sk. kassettagiften för privatkopiering kan det vara intressant att belysa bakgrunden och uppkomsten av detta ersättningssystem.

I Finland har undantaget för privatkopiering baserat sig dels på att man ansett att det skulle vara oskäligt att man på basen av upphovsrätten ingriper i privatlivets område och dels på att det skulle vara omöjligt att kontrollera vad som sker i den privata sfären<sup>669</sup>. Kassettagiften har däremot motiverats med att privatkopieringen hade blivit så omfattande, att den utgjorde ett hot mot fonogramproducenterna och de upphovsmän samt utövande konstnärer som får en ansevärd del av sin inkomst från inspelning av framträdanden. Man räknade dessutom med att privatkopieringen skulle leda till ett bortfall från konsumtion av levande musik, vilket ytterligare motiverade införandet av en kassettagift. Genom kassettagiften skulle fonogramproducenterna kompenseras för det bortfall av inkomster som privatkopieringen ledde till samt upphovsmännen och de utövande konstnärerna för motsvarande bortfall i inkomster från ersättning för

<sup>668</sup> Ingresspunkt 39 i upphovsrättsdirektivet lyder på följande sätt; "När medlemsstaterna tillämpar undantaget eller inskränkningen för privatkopiering bör de vederbörligen beakta den tekniska och ekonomiska utvecklingen, särskilt i fråga om digital privatkopiering och ersättningsystem, när effektiva tekniska skyddsåtgärder finns att tillgå. Sådana undantag eller inskränkningar bör inte hindra användningen av tekniska åtgärder eller att de genomdrivs för att hindra kringgående".

<sup>669</sup> Se kommittébetänkande 5/1953, s. 53, där man bl.a. konstaterar att "det vore kränkande för den allmänna rättskänslan om upphovsmannen finge ingripa på privatlivets område i obegränsad utsträckning, t.ex. genom att förbjuda den, som lånat ett diktverk, att för eget bruk avskrika en enstaka dikt eller ägaren av en porträttmålning att avfotografera målningen för egen eller sina vänners räkning".

inspelning av skivor samt för ett beräknat bortfall i inkomster från liveuppträdanden<sup>670</sup>.

I Tyskland verkar uppkomsten av ett avgiftssystem för medier avsedda för kopiering och lagring av information ha litet annan bakgrund. Historiskt sett lär avgiftssystemet där ha uppkommit som en följd av en rad rättsfall avgjorda av högsta domstolen i Tyskland, där tillverkare och distributörer av inspelningsapparater fälldes för medhjälp till upphovsrättsintrång.<sup>671</sup>

Motiveringarna verkar alltså basera sig på att de privata användarna är huvudgärningsmän och de som erbjuder medlen för olovlig framställning av kopior gjorde sig skyldiga till medhjälp. Genom avgiften kunde man dels tillmötesgå rättsinnehavarnas intressen att erhålla ersättning för användningen av deras verk och dels undvika en situation där så gott som alla privatpersoner samt alla producenter och distributörer av inspelningsapparater och lagringsmedel skulle utmålans som brottslingar. Det skulle också vara mycket svårt att säkerställa skyddet av upphovsrätten i ett sådant läge. Dessutom skulle det ha förutsatt en möjlighet att utföra kontroll på hemfridsskyddade platser för insamling av bevis.

Ur rättsekonomisk synvinkel justifieras avgiftssystemet dels med att *kopiorna inte utgör absoluta substitut* och dels med att *transaktionskostnaderna för licensering av privatkopiering* förutsätter en alternativ modell. Teorin om att kopiorna inte utgör absoluta substitut baserar sig dels på att kopiorna till sin kvalitet inte helt motsvarar originalet<sup>672</sup> och dels på att framställningen av en kopia inte nödvändigtvis innebär att konsumenten skulle låta bli att köpa ett original eller att konsumenten skulle köpa ett original ifall privatkopiering skulle vara omöjligt. I ju högre grad kopiorna utgör substitut till införskaffning av originalverket, desto större anledning att införa ett alternativt ersättningsystem.

Ifall kopieringen inte i nämnvärd grad påverkar marknaderna för upphovsrättsliga verk skulle det inte finnas skäl att upprätta ett avgiftssystem för dylik användning. Inget land har till exempel ett avgiftssystem för pennor eller papper, med hjälp av vilka man naturligtvis kan framställa kopior. Dels beror det här på att pennor och papper huvudsakligen används i annat syfte än att framställa kopior, dels på att framställningen av kopior för hand knappast har någon nämnvärd inverkan på marknaderna för upphovsrättsliga verk<sup>673</sup>. I ju högre grad privatkopieringen beräknas påverka marknaderna för upphovsrättsligt skyddade verk och alster, desto större borde avgiften till rättsinnehavarna vara.

Transaktionskostnadsargumentet baserar sig på att de indirekta kostnaderna för att licensera verket, dvs. kostnaderna för konsumenterna att söka reda på rättsinnehavarna och förhandla fram en licens, överskrider nyttan för konsumenten. Transaktionskostnadsargumentet

<sup>670</sup> Komiteamietintö 1982:63, s. 28-31. Av intresse i detta sammanhang är dessutom yttrandet på s. 30 i kommittébetänkandet om att ideallsituationen skulle vara att framställningen av privatkopior inte skulle ersätta köp av lagligt framställda och distribuerade verksexemplar genom normala distributionskanaler.

<sup>671</sup> Hugenholtz et al., *The Future of Levies* (2003).

<sup>672</sup> Redan i ett tidigt skede framhöll man den goda kvaliteten på kopiorna, se komiteamietintö 1982:63: "Nykyäikaisten kromioksidinauhojen ja kohinanvaimennusjärjestelmien ansiosta kaiuttimista tulevan äänen laatu ei enää riipu siitä, onko kyseessä valmiina ostettu äänite vai kotona itse kopioitu." och "Käyttökerrat voivat nousta tuhansin äänen laadun heikkenemättä ja päällekkäisäänityksiä voidaan tehdä lähes loputtomiin". De digitala kopiorna anses vanligen till sin kvalitet motsvara originalet. Trots att kopieringskvaliteten har förbättrats har dock lagringsmedlens samt övrig infrastrukturens kvalitet delvis försämrats. Moderna digitala lagringsmedel blir snabbare obrukbara dels på grund av att den tekniska utvecklingen leder till att lagringsformat snabbt blir föråldrade och dels på grund av att lagringsunderlaget helt enkelt förstörs. Dagens CD-skivor och disketter är betydligt mindre hållbara än vanligt papper. Enligt Kolehmainen, Halvat cd-levyt pilaantuvat parissa vuodessa, *Tietoviikko* 10.1.2006 håller de i många fall endast några år. Det här innebär också att behovet av säkerhetskopior ökar, och detta ökar naturligtvis antalet kopieringshändelser.

<sup>673</sup> Detta har påpekats av Hugenholtz et al., *The Future of Levies* (2003). I rapporten har man ingående undersökt vilka typer av ersättningsystem som finns för vilka medier samt nivån på ersättningen i följande länder: Spanien, Nederländerna, Italien, Tyskland, Frankrike, Belgien.

baserar sig också på att kostnaderna för övervakning och säkerställande av det upphovsrättsliga skyddet skulle överskrida nyttan för rättsinnehavarna. Det skulle alltså inte vara samhälls- eller optimalt att kräva att privatpersonerna skulle skaffa en licens för användningen, eftersom kostnaderna för processen skulle överskrida nyttan för rättsinnehavarna. Möjligheterna att sänka transaktionskostnaderna borde alltså i princip inverka på omfattningen av inskränkningen av privatkopiering. Ifall man med hjälp av DRM-system kan licensera användning på konsumentnivå, så finns det ingen anledning att upprätthålla ett undantag från upphovsrätten för privatkopiering<sup>674</sup>.

Substituts- och transaktionskostnadsargumentet är allmänna justificationsteorier för avgiftssystemet. Ingresspunkt 35 och 39 verkar dock uppmana den nationella lagstiftaren att på ett mer omfattande sätt beakta den tekniska omgivningen och utvecklingen samt ekonomiska hänseenden. Det finns flera saker man kunde beakta vid bedömningen av huruvida privatkopieringen innebär förfång för rättsinnehavaren;

- ▶ *Direkta licenser.* Till den del konsumenten direkt licenserat innehåll finns det ingen anledning till ytterligare kompensation av rättsinnehavaren. Olika typer av elektroniska rättighetsförvaltningsystem kan användas för detta ändamål. Även då det är tillgängliggöraren som svarar för licensavgiften skall detta beaktas vid fastställandet av en rättighet till ersättning för privatkopiering. I den digitala miljön är det vanligt att konsumenten inte erhåller en fysisk kopia av ett verk, utan att konsumenten själv är skyldig att lagra verket i fysisk form (tangible form) på ett lagringsmedel av något slag. Vanligen innebär detta att konsumenten betalar för tillgång till det skyddade verket eller alstret och att hon betalar en gång till i form av en avgift på kopieringsmedlet (som är inbakat i priset på kopieringsmedlet) då hon lagrar verket. Ur rättsinnehavarnas synvinkel är ju situationen vanligen den att avgiften för tillhandahållande av innehåll i ett format som konsumenten kan lagra på ett lagringsmedium är högre än avgiften för streamat innehåll (som inte direkt kan lagras). Rättsinnehavarna kräver alltså betalt för både tillgängliggörande till offentligheten och framställning av kopior av den som tillgängliggör innehållet och dessutom kompensation för framställningen av en kopia igen via avgiften för privatkopiering. Till den del man inom en sektor alltså licenserar tillgängliggörande på dylika villkor skulle man inte vara berättigad till kompensation för privatkopiering.
- ▶ *Indirekta licenser (implicita licenser).* Till de specifika licenserna hör även situationer där det är fråga om en indirekt licens och då det skyddade verket eller alstret är tillgängligt på sådana villkor att det fritt får laddas ned. Detta kan det vara fråga om t.ex. gällande mycket innehåll som lagligen tillgängliggjorts över Internet. Ifall verket förses med tekniska åtgärder som dock tillåter privat kopiering helt eller delvis (det finns olika möjligheter för hur privatkopieringen kan begränsas) är det fråga om en dylik implicit licens, eftersom rättsinnehavaren valt att inte göra sin rätt gällande.

---

<sup>674</sup> Det här skulle naturligtvis förutsätta att en licensering av användning inte strider mot konsumentens integritetsskydd. DRM-system utvecklas allt mer i en riktning som möjliggör licensering för privat användning utan att integritetsskyddet kränks, se Koelman & Bygrave, *Privacy, Data Protection and Copyright* (2000), s. 59-123.

- ▶ I vissa fall kan privatkopieringen inte heller i övrigt anses skada rättsinnehavarens intressen. Detta gäller även sådana situationer då läran om implicerade licenser inte direkt kan tillämpas<sup>675</sup>. Detta kan vara fallet då det finns flera rättsinnehavare och någon rättsinnehavare (vanligen en fysisk person, dvs. en upphovsman eller en artist) inte gett sitt medgivande till en affärsmodell som minskar dennes inkomster genom att ersättningen för privatkopiering uteblir, men där tillämpningen av en teknisk åtgärd eller licensavtal delvis begränsar privatkopiering<sup>676</sup>. Det är också möjligt att tillämpningen av tekniska åtgärder i dessa fall inte anses utesluta rättigheten till ersättning men att tillämpningen av tekniska åtgärder kan motivera en reducering av avgiften på lagringsmedel.

Hugenholtz *et al.* konstaterar att en bokstavstolkning av stadgandet om effekten av tekniska åtgärder på rätten till ersättning för privatkopiering skulle innebära att endast sådana rättsinnehavare som inte tillämpat eller låtit tillämpa DRM-system skulle ha rätt till kompensation<sup>677</sup>. Det skulle dock i praktiken vara rätt svårt att administrera ett privatkopieringssystem som baserar sig på denna princip. I praktiken återstår därför enligt Hugenholtz *et al.* två alternativ; beaktandet av den *faktiska* nivån på tillämpning av DRM-system eller av den *beräknade* nivån på tillämpning av DRM-system<sup>678</sup>. Hugenholtz *et al.* anser att det senare alternativet borde tillämpas bland annat därför att det finns goda skäl att ge incitament för påförandet av DRM-system. Det här skulle i praktiken innebära att nivån på ersättning för privatkopiering skulle minska i takt med tillgängligheten av tekniska åtgärder<sup>679</sup> ägnade att skydda rättsinnehavarens intressen.

Det finns inget explicit stadgande i direktivet som skulle påbjuda medlemsländerna att beakta *tillgängligheten* av tekniska åtgärder då de fastställer ersättning för privatkopiering eller omfattningen av undantaget för privatkopiering. Samtidigt exkluderas denna aspekt inte heller.

I kommissionens meddelande gällande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter på den inre marknaden (KOM/2004/261stluttig) anser kommissionen att den omfattande spridningen av DRM-system som ett sätt att ge rimlig ersättning slutligen kan göra de befintliga ersättningssystemen (t.ex. avgifter för att kompensera för privata kopior) överflödiga och därigenom motivera att de gradvis avvecklas. Trots att man härmed inte tar ställning till *på vilket sätt* DRM-system borde beaktas vid beräkning av ersättning för privatkopiering, och speciellt inte huruvida man borde beakta den faktiska nivån på tillämpningen av DRM eller möjligheterna att nyttja DRM-system, är det ett klart ställningstagande *emot* ett system där rättsinnehavarna dels ersätts på basen av licensering med hjälp av DRM-system och *dessutom* erhåller ersättning genom en avgift för lagringsmedel.

<sup>675</sup> Man bör dock notera att rättsläget gällande implicita licenser är osäkert i finsk rätt.

<sup>676</sup> Ett exempel på detta är applikationer som medger användning av endast en kopia åt gången. I dessa fall är det alltså möjligt att framställa nya kopior, men den ursprungliga kopian är obrukbar.

<sup>677</sup> Hugenholtz *et al.*, *The Future of Levies* (2003).

<sup>678</sup> Den beräknade nivån på tillämpning av DRM-system innehåller den faktiska nivån på tillämpningen av DRM-system som en av flera faktorer.

<sup>679</sup> Vid bedömningen av tillgängligheten av tekniska åtgärder föreslår Hugenholtz att man skulle beakta bl.a. att tekniska åtgärder borde vara tillgängliga till överkomligt pris, vara någorlunda effektiva, accepteras av marknaden (inklusive konsumenterna). Hugenholtz *et al.*, *The Future of Levies* (2003).

I motiveringarna till stadgandet om avgifter för lagringsmedel i 26 a § i RP 28/2004 fastslås en beräkningsgrund som baserar sig på följande faktorer;

- ▶ huruvida lagringsmedlet är ägnat för upptagning av verk
- ▶ speltid, lagringskapacitet eller motsvarande faktor
- ▶ nivån av privatkopiering med avseende på lagringsmedlet<sup>680</sup>
- ▶ huruvida underlaget används för upptagning av material som skyddas med hjälp av tekniska åtgärder

Motiveringarna är inte helt klara till den del de gäller de tekniska åtgärdernas effekt på beräkningsgrunden. I motiveringarna sägs att ”avgiften inte skall påföras endast sådana underlag, på vilka upptas material som skyddas med hjälp av tekniska åtgärder och som således hör till området för separat licensiering”. Vad man här avser med ”endast” är oklart. Är det alltså så att tillämpningen av tekniska åtgärder endast beaktas till den del underlaget *uteslutande* används för upptagning av material som skyddas med hjälp av tekniska åtgärder? Stadgandet tycks till denna del i så fall inte helt vara förenligt med direktivet och särskilt med beaktande av kommissionens ställningstagande i dess meddelande gällande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter på den inre marknaden (KOM/2004/261 slutlig).

Den finska lagstiftningen beaktar således inte tillgången på tekniska åtgärder eller licensierings-system utan endast den verkliga tillämpningsgraden av tekniska åtgärder. Inget tyder heller på att man har för avsikt att närmare undersöka vilka typer av tekniska åtgärder det är fråga om samt hur dessa åtgärder påverkar möjligheten till privatkopiering<sup>681</sup>. Inte heller verkar man beakta lagringsmedlens allmänna kvalitet och beständighet samt andra faktorer som inverkar på behovet att framställa ytterligare kopior som i praktiken har liten eller ingen kommersiell betydelse.

Trots att den finska lagstiftningen som en del av beräkningsgrunden för avgiften för lagringsmedel i princip beaktar individuell licensiering är det oklart till vilken del man kommer att beakta huruvida det material som kopierats tillgängliggjorts för lagring på ett lagringsmedium under sådana omständigheter att det kan anses troligt att avsikten varit att tillåta privatkopiering utan särskild ersättning<sup>682</sup>.

Trots att man inom ramen för den finska lagstiftningen i princip kan beakta huruvida en viss grupp rättsinnehavare borde få ersättning för privatkopiering är det osäkert huruvida man avser att beakta huruvida avgiften på lagringsmedel kommer dem till godo i form av tillhörighet till en upphovsrättsorganisation som inkasserar avgiften. Skyddet av privatintegritet torde delvis försvåra en dylik utredning. RP 28/2004 verkar inte heller innehålla något som skulle styra hur organisationerna fördelar ersättningarna med beaktande bl.a. av huruvida en specifik rättsinnehavare tillgängliggör sina verk inom ramen för licensiering till slutanvändare och om tekniska åtgärder påförts.

Frågan om ersättning för privatkopiering sammanfaller naturligtvis även med frågan om

<sup>680</sup> Nivån på privatkopiering skulle bedömas utgående från utredningar om vilken typ av skyddat material som kopieras för enskilt bruk och kopieringens omfattning. Olika slag av kopieringsskydd torde påverka omfattningen av privatkopiering.

<sup>681</sup> Genom riksdagens kläm vid behandlingen av RP 28/2004 ålades dock undervisningsministeriet att för riksdagen framlägga en sådan utredning innan slutet av år 2006. Selvitys tekijänoikeuslain teknisiiä suojauksia koskevien säännösten vaikutuksista yksityisen kopioinnin mahdollisuuteen 4.12.2006.

<sup>682</sup> Här är det alltså fråga om tillämpningen av doktrinen om implicita licenser.

huruvida man erbjuder privatkopieringen ett rättsligt skydd mot tillämpningen av tekniska åtgärder. Detta påverkar naturligtvis även ersättningsnivån. Det kan dock konstateras att det verkar som om man i många EG-länder, inklusive Finland, inte kommer att införa ett skydd av privatkopiering gentemot tillämpningen av tekniska åtgärder<sup>683</sup>.

#### *4.1.2. DRM-systems inverkan på upphovsmannens rätt till ersättning vid andra inskränkningar*

Såsom redan ovan konstaterats begränsar sig upphovsrättsdirektivets stadganden (ingresspunkt 35) om effekten av tillämpningen av tekniska åtgärder på rätten till kompensation inte endast till undantaget eller inskränkningen för privatkopiering utan tillämpas även på övriga undantag och inskränkningar. Detta öppnar upp en helt ny frågeställning, som inte närmare behandlats inom ramen för upphovsrättsdirektivet, nämligen frågan om hur tillämpningen av tekniska åtgärder borde inverka på ersättning för användning i allmänhet och vid övriga undantag och inskränkningar i synnerhet. Kommissionens meddelande gällande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter på den inre marknaden verkar gå ytterligare ett steg längre genom att föreslå att tillämpningen av DRM-system kan göra de befintliga ersättnings-systemen, dvs. kollektiv licensering och ersättning på lagringsmedel mm., överflödiga och motivera att de gradvis avvecklas.

Ställningstagandet i ingresspunkt 35 i upphovsrättsdirektivet om att tillämpningen av tekniska åtgärder borde beaktas vid bedömningen av rimlig kompensation för användning av skyddade verk eller alster inom ramen för undantagen och inskränkningarna verkar förpliktiga den nationella lagstiftaren att se över principerna för ersättningssystemen.

I RP 28/2004 har tillämpningen av tekniska åtgärder inte beaktats vid regleringen av alternativa kompensationssystem inom ramen för upphovsrätten. Särskilda ersättningssystem baserade på avtalslicens finns till exempel angående framställande av fotokopior, radio- och televisionsutsändningar, undervisning samt biblioteks-, musei- och arkivverksamhet.

Gällande exempelvis användning i undervisning och vetenskaplig forskning har det införts en ny rätt att förbjuda användning trots att det finns en avtalslicens<sup>684</sup>. Detta klargör att individuella avtal och styrning av användning genom tekniska åtgärder tillämpas i första hand och kollektiva licensavtal först i andra hand. Samtidigt uppkommer dock nya problem. Förbudsrätten innebär nämligen att man först betalar för användning på allmän nivå och sen trots detta kan nekas användning på individuell nivå.

I RP 28/2004 har man inte heller diskuterat hur tillämpningen av tekniska åtgärder påverkar avtalslicenssystemet. Naturligtvis är detta en fråga som kan diskuteras på tillämpningsnivå, dvs. då kollektiva avtal framförhandlas med rättsinnehavargrupper. Lämpligen bör man ju kunna utnyttja liknande mekanismer som vid beaktandet av de tekniska åtgärdernas inverkan på privatkopieringen. Det skulle dock inte skada om lagstiftaren explicit tog ställning till hur man inom ramen för andra inskränkningar än inskränkningen gällande privatkopiering skall beakta tillämpningen och tillgängligheten av tekniska åtgärder.

<sup>683</sup> Se dock riksdagens utlåtande vid godkännandet av lag nr 821/2005 om ändring av upphovsrättslagen, där man förutsätter att regeringen vid behov vidtar åtgärder för att säkra att möjligheten till privatkopiering skall fortbestå, RSv 100/2005 rd. Motsvarande reservationer har även gjorts i de övriga nordiska länderna. I Frankrike har behovet av att kunna framställa kopior för privat bruk åtminstone på det principiella planet tillmötesgått. Se artikel 16 i LOI n° 2006-961 du 1er août 2006.

<sup>684</sup> FiURL 14.1 §.



### 4.1.3. Tre alternativ till hur DRM-system kunde inverka på rättsinnehavarens ersättning i allmänhet

Ovan har diskuterats upphovsrättsdirektivets inverkan på ersättningsnivån vid tillämpning av tekniska åtgärder inom ramen för tillämpningen av ett undantag eller en inskränkning enligt upphovsrättslagstiftningen. DRM-systems inverkan på ersättningskrav på en mer allmän nivå har däremot inte diskuterats.

På en helt allmän nivå torde det finnas åtminstone tre olika sätt att betrakta frågan om DRM-systems inverkan på rätten till ersättning:

1. Till den del licensavgift redan har betalats eller användning genom påförande av tekniska åtgärder kringskurits, skall man inte ha rätt att inkassera separat kompensation för användning.
2. Kostnaderna för tekniska åtgärder bör beaktas som en del av produktionskostnaderna, som kan utgöra basis för beräkning av rimlig kompensation.
3. Frånvaron av DRM-system påvisar att rättsinnehavarna inte aktivt försöker hindra eller inbringa licensavgifter för nyttjande i en digital omgivning. Det att rättsinnehavaren inte vidtagit åtgärder för att förhindra upphovsrättsintrång (genom att påföra tekniska åtgärder eller information gällande rättighetsförvaltning) skulle i detta fall kunna ses som en kompensationssökande faktor.

Inga av dessa tolkningsalternativ är självklara, varför man måste ta en närmare titt på bakgrunden till och premisserna för varje tolkningsalternativ. Man kan vidare notera att direktivet inget säger om huruvida information gällande rättighetsförvaltning kan eller skall påverka rättigheten till rimlig kompensation, utan direktivet behandlar endast tekniska åtgärders inverkan på upphovsrättens undantag och inskränkningar och kompensationsnivån gällande dem. De ovan beskrivna tolkningsmöjligheterna utesluter inte heller nödvändigtvis varandra.

#### 4.1.3.1. Dubbla avgifter bör undvikas

Det verkar helt logiskt att man inte skulle ha rätt att inkassera en separat avgift för användning, t.ex. kassettagifter, ifall användaren p.g.a. ett DRM-system redan är tvungen att betala licensavgift för lagring på ett medium eller är förhindrad att använda verket på ett upphovsrättsligt relevant sätt. Denna tankegång baserar sig på ett förbud mot dubbla avgifter, en princip som redan ingår i åtminstone FiURL 26 e §, som gäller återbäring av avgift som uppbärs för anordning som kan användas för ljud- och bildupptagning<sup>685</sup>.

I många fall kan det dock vara oklart vad en licensavgift sist och slutligen täcker. Låt oss tänka oss att A licenserat ett musikstycke via Internet och att användningen av musikstycket begränsas av tekniska åtgärder. Låt oss vidare tänka oss att dessa tekniska åtgärder inte hindrar A från att spara musikstycket på ett lagringsmedel. Har då A rätt att begära återbäring för avgifter erlagda för lagringsmedel? Eller anses denna användning som något separat från den användning som A licenserat? I detta fall torde svaret bero på om användningen kan anses

<sup>685</sup> Denna princip har också explicit beästs vid implementeringen av stadgandena om tekniska åtgärder i den franska lagen. Se artikel 9 i LOI n° 2006-961 du 1er août 2006. Stadgandet gäller dock endast ersättning för privatkopiering.

utgöra en del av normal användning av verket inom ramen för licensavtalet eller om det är en skild händelse som inte berör licensförhållandet. I praktiken torde det ur upphovsrättslig synvinkel inte ha någon betydelse ifall verket finns tillgängligt endast på leverantörens server och inte permanent kan laddas ner på ett lagringsmedel. Det går nämligen vanligtvis inte att använda (se, lyssna på) ett verk i en dator utan att en kopia skulle bildas i åtminstone datorns arbetsminne.

Kan licensvillkoren inverka på den eventuella rätten att erhålla återbäring för kassettagift? Ifall ett licensavtal är formulerat så att A erlägger en skild avgift för möjligheten att spara musikstycket på en kassett, är detta villkor giltigt och har A rätt att erhålla återbäring för kassettagiften?

RP 28/2004 är relativt klart på denna punkt. Enligt stadgandet i FiURL 26 e § finns ingen möjlighet för konsumenter att erhålla återbäring för erlagd avgift. Det gör detsamma om man i ett individuellt licensavtal uttryckligen kommit överens om att separat avgift erläggs för lagring på ett lagringsmedel, eller om ett licensvillkor uttryckligen säger att licensavgift för lagring på ett medium ingår i licensavgiften<sup>686</sup>.

Dessutom stadgas i FiURL 26 a § 3 mom. att man vid fastställande av avgiftens storlek skall beakta i vilken utsträckning tekniska åtgärder har använts för skydd av verken. Enligt motiveringarna till paragrafen skall man inte påföra lagringsavgift på underlag, på vilka upp-tas material som skyddas med hjälp av tekniska åtgärder och som således hör till området för separat licensering. Denna mening torde hänvisa till mobiltelefoner till vilka man kan ladda ner ringtoner. Mobiltelefoner innehåller normalt en funktion som hindrar användaren från att skicka vidare ringtonen. De enklare mobiltelefonmodellerna har utvecklats till en säker omgivning för ringtoner, där möjligheterna att använda verk är starkt begränsat. Det finns dock inga hinder mot att påföra en lagringsavgift på moderna multimediala telefoner som i allt större utsträckning liknar datorer och där det är möjligt att skapa och ändra, förmedla och spara verk och andra alster<sup>687</sup>.

Än mer besvärlig blir situationen då man tänker sig DRM-systems inverkan på tvångs- eller avtalslicenser. Vid tvångslicenser finns vanligen kontraheringsplikt. Detta gäller däremot inte avtalslicenssystemet, som i motsats till många europeiska länder används i Norden. Enligt RP 28/2004 (s. 109) finns ingen kontraheringsplikt<sup>688</sup>, och upphovsrättsorganisationerna kan rentav uppmana rättsinnehavarna att ingå individuella licensavtal. Det här kan för många kommersiella sekundära nyttjare, t.ex. sändarföretag, innebära vissa olägenheter. Avtalslicenssystemet har för dem inneburit en möjlighet att utnyttja ett verk i enlighet med förutsägbara och fastslagna tariffer. Transaktionskostnaderna har varit relativt låga, eftersom man i praktiken ingått avtal med ett fåtal upphovsrättsorganisationer, som handhar rättigheterna till verken. En annan fördel har varit att upphovsmännen inte kunnat förbjuda tillgängliggörande för allmänheten av sina verk, och man har därmed kunnat garantera ett omfattande utbud. I takt med att en explicit förbuds rätt införs i upphovsrättslagstiftningen försvinner denna fördel med avtalslicenssystemet.

<sup>686</sup> Stadgandet i FiURL 26 e § bör dock ses i skenet av bestämmelsen om att man har rätt att kringgå tekniska åtgärder för att se och lyssna på ett verk (50 a §). RP 28/2004. Det tidigare förslaget (RP 177/2002) tillät även kringgående för att framställa en privatkopia av ett lagligen anskaffat verksexemplar.

<sup>687</sup> Enligt undervisningsministeriets förordning 20.12.2006/1241, som gäller till slutet av år 2007, upp bärs ingen dylik avgift för mobiltelefoner.

<sup>688</sup> Detta motsvarar formuleringen i RP 177/2002 (s. 101).

Individuell licensering innebär i värsta fall förhöjda transaktionskostnader till följd av det omfattande antal licensavtal som de kommersiella sekundära nyttjarna är tvungna att ingå och administrera. Både licensavgifter och licensvillkor kan ju skilja sig från varandra, vilket ökar kostnaderna för den företagsinterna licensförvaltningen och bland annat övervakningen av att användningen är tillåten enligt de olika licensvillkoren. I takt med att licensering och företagsintern licensförvaltning automatiseras, sjunker dock dessa kostnader. Samtidigt kan man tänka sig att konkurrensen ökar, eftersom man kan prissätta olika verk individuellt. Ur licensgivarens synvinkel möjliggörs prisdifferentiering och en optimering av licensvinsterna.<sup>689</sup>

För licenstagarna innebär dock ett dubbelt system som dels består av avtalslicenser och dels av individuella licenser en större risk att man erlägger dubbel avgift, dvs. inom ramen för bägge systemen. Det är svårt att säga i vilken grad denna risk i praktiken materialiseras.

#### 4.1.3.2. Kostnaderna för tekniska åtgärder som en del av beräkningsgrunden för kompensation

Då man diskuterar vad som är rimlig kompensation bör man särskilja skadestånd och rimlig kompensation. Där som skadestånd baserar sig på en materiellt mätbar skada, utgör upphovsrättslig kompensation ersättning för immateriell skada. Denna kompensation är alltså inte beroende av att man kan påvisa att materiell skada uppkommit, vilket också i de flesta fall är omöjligt då det gäller intrång i en immateriell rättighet. I rättspraxis har man vanligen utgått ifrån att kompensation för ekonomiskt nyttjande motsvarar licensavgiften för dylikt nyttjande. Då det gäller skador som berör de ideella rättigheterna är beräkningsgrunden mer diffus.

Det att en rimlig kompensation borde basera sig på licensavgifter i motsvarande situationer gör det inte alltid enklare att bedöma vad som skall anses vara rimlig kompensation. Det finns nämligen inte alltid färdigt fastställda tariffer, och då måste man beräkna rimlig kompensation utgående från andra faktorer<sup>690</sup>. Man kunde då tänka sig att påförandet av DRM-system skulle ha en kompensationshöjande effekt på basen av att det påvisar en aktiv vilja att skydda sina immateriella tillgångar mot intrång. Kringgående av en teknisk åtgärd som skyddar en till upphovsrätten hörande rättighet utgör ju ett medvetet och därmed mer förkastligt intrång i rättsinnehavarens självbestämmanderätt. En annan orsak att betrakta påförandet av DRM-system som en kompensationshöjande faktor är att det utgör en direkt utgift sammanhörande med denna verksamhet. I detta fall skulle alltså kompensationen även täcka utgifterna för stävjande av intrång. Det verkar dock inte som om upphovsrättsdirektivet eller direktivet om säkerställande av immaterialrätt (2004/48/EG) direkt varken påbjuder eller förbjuder beaktandet av kostnaderna för att påföra DRM-system vid beräkningen av rimlig kompensation<sup>691</sup>.

Enligt artikel 14 i direktivet om säkerställande av immaterialrätt (2004/48/EG) skall med-

<sup>689</sup> Meurer, *Price Discrimination* (1997), s. 845-895.

<sup>690</sup> I HD 1998:91 baserade sig vederlaget för illegal spridning av datorprogram på licenspriset för införskaffandet av ett exemplar av programmet. I fallet hade man inte kunnat visa hur många användare som hade hunnit ladda ner programmet. Vederlaget baserade sig alltså på antalet program som fanns tillgängliga, inte på antalet gånger som programmet nedladdats. Man bör beakta att det dessutom kan finnas orsak att jämka kompensationen speciellt i sådana fall då användningen skett i icke-kommersiell verksamhet, se speciellt HD 1999:115, där man ansett att skäligt vederlag för illegal spridning av datorprogram via ett s.k. BBS-system är 50 % av datorprogrammets försäljningspris. Man hade i fallet beaktat att upprätthållandet av BBS-systemet närmast var att betrakta som amatörverksamhet.

<sup>691</sup> Det bör i detta sammanhang poängteras att rimlig kompensation utgör ett komplement till skadestånd, och att skador på DRM-system även torde kunna utgöra föremål för skadeståndsrättsliga krav.

lemsstaterna se till att rimliga och proportionella kostnader för förfarandet och andra kostnader som har åsamkats den vinnande parten i allmänhet ersätts av den förlorande parten. Enligt ingresspunkt 26 i samma direktiv skall man vid skadeersättning kunna beakta t.ex. kostnader för identifiering och utredning. Till den del kostnaderna för DRM-system alltså hänför sig till identifiering och utredning av intrång i upphovsrätt eller i skyddet av tekniska åtgärder kan alltså kostnaderna för DRM-system enligt direktivet om säkerställande av immaterialrätt inberäknas i ersättningsbeloppet.

Man kan dock samtidigt anse att det finns skäl att exkludera kostnaderna för tekniska åtgärder vid beräkningen av *rimlig kompensation* på den grunden att det är verket och inte de tekniska åtgärderna som utgör föremål för upphovsrättslig användning<sup>692</sup>. Det torde dock knappast ha någon större betydelse om kostnaderna för DRM-system beaktas inom ramen för beräkning av rimlig kompensation eller inom ramen för skadeståndsrättsligt ansvar. Den enda skillnaden är att kostnaderna för DRM-system inte kan beaktas ifall de skadeståndsrättsliga ansvarsbestämmelserna inte uppfylls.

Det kan dessutom vara nödvändigt att beakta att en teknisk åtgärd i vissa fall kan hindra användning i en omfattning som ett icke-skyddat verk skulle ha möjliggjort. Det torde inte i dessa fall i princip finnas något hinder mot att beakta förefintligheten av DRM-system som en vederlagssänkande faktor, eftersom omfattningen av intrånget eller nyttjandet minskat på grund av dem.

#### 4.1.3.3. Påförande av DRM-system som förutsättning för rätt till ersättning

Det tredje tolkningsalternativet berör i högsta grad riskfördelningen mellan olika aktörer, vilket behandlas närmare nedan (i kapitel IV.4.2.). Tanken bakom detta tolkningsalternativ är att det bör finnas en balans mellan upphovsrättsinnehavarens rättighet till ersättning och användares försiktighetsplikt.

I den digitala miljön kan rättsinnehavaren styra användningen av sitt verk på ett helt annat sätt än i den analoga miljön. Förutom att direkt hindra att ett verk används på vissa sätt, t.ex. att det överförs till ett annat medium (hinder för kopiering till hårddiska, lagring på CD-skivor eller annat lagringsmedium, överföring till andra elektroniska apparater, t.ex. från dator till mobiltelefon, eller utskrivning med printer), manipuleras eller sprids i ett nätverk, är det möjligt att påföra mekanismer för erläggande av avgifter. Genom att påföra information om rättighetsförvaltning kan rättsinnehavarna underlätta licenseringen på ett betydande sätt.

Samtidigt består grundfunktionen i den digitala omgivningen av åtgärder som kan ha upphovsrättslig relevans. Det är snart sagt omöjligt att tillgodogöra sig innehåll i den digitala världen utan att sådant som mångfaldigande, elektronisk överföring och datamanipulering sker. Risken för rättsintrång ökar i samma grad, speciellt då användarnas ansvar skärps. För konsumenter är det svårt att veta ifall ett verk sprids lagligen på Internet. Länkning till Internet-sidor utgör en grundfunktion, vars användning blir riskfylld. Samma gäller innehåll som sprids genom fildelningsapplikationer<sup>693</sup>. Man bör i detta sammanhang vidare beakta att rätts-

<sup>692</sup> Jfr Andersen, IT-retten (2005), s. 335. Enligt Andersen erkänner dansk rättspraxis kontrollutgifter som en del av vederlaget i intrångsfall.

<sup>693</sup> Jfr Jyväskylä tingsrätts dom RD 01/104, 28.5.2001, där en studerande fälldes för upphovsrättsintrång, eftersom de filer han laddat ner via en fildelningsapplikation på sin hårddiska, varifrån filerna kunde sprida sig till andra användare, inte ansåg utgöra kopior för privat bruk.

innehavaren har rätt till vederlag oberoende av om intrånget skett genom vållande eller ej<sup>694</sup>.

Risken för upphovsrättsintrång sänker benägenheten att nyttja innehåll, och därmed också skapa nytt innehåll. Ju striktare ansvarsbestämmelser och ju mindre kommersiell nytta användaren har av sin verksamhet, desto större är risken att upphovsrättsregimen utgör en tröghetsfaktor i samhällets informationsprocesser, innehållsproduktion och kulturliv. Detta talar för att upphovsrättsinnehavaren borde vara skyldig att vidta åtgärder för att skydda sina egna intressen av att erhålla ekonomisk kompensation för sekundärt nyttjande.

Det andra huvudsakliga argumentet till förmån för denna tolkning är att DRM-system och därtill hörande individuell licensering medför en minskning av transaktionskostnaderna och samtidigt ökar den fria konkurrensen. Lättillgänglig information gällande rättighetsförvaltning kan på ett effektivt sätt förenkla licenseringsprocessen för potentiella nyttjare. Individuell licensering av ett visst verk ligger dessutom närmare idealet om fri konkurrens, förutsatt att licenseringen sker på icke-diskriminerande villkor, och borde därför i en marknads ekonomi föredras framom kollektiv licensering.

Ett motargument mot detta tolkningsalternativ är att en rättsförlust baserad på frånvaron av DRM-system i samband med ett verk skulle kunna anses strida mot förbudet mot formaliteter enligt Bernkonventionen. Detta motargument kan dock avväjas genom att konstatera att det här inte är fråga om att elektroniska rättighetshanteringssystem i sig skulle utgöra ett villkor för uppkomsten av upphovsrätt, utan att det endast skulle kunna påverka rättigheten till kompensation i en viss begränsad mån.

Det kanske viktigaste motargumentet är att någon olagligen kan tillgängliggöra verk som inte är skyddade. Man kan därför fråga sig om det är rättvist att upphovsmannen eller den till vilken upphovsrätten övergått förlorar sin rätt till kompensation (eller att den minskas) på grund av frånvaron av DRM-system. Det torde vara uppenbart att frånvaron av DRM-system som en kompensationssänkande faktor endast borde gälla icke-kommersiellt eller allmännyttigt användande<sup>695</sup> och inte sådant användande som sker inom ramen för kommersiellt massnyttjande eller innehållsproduktion.

Sammanfattningsvis kan man konstatera att detta tolkningsalternativ har både fördelar och nackdelar, som noga bör övervägas. Huruvida man kan gå vidare på en sådan tolkningslinje är beroende dels av om man fortsätter på sin linje att expandera upphovsrätten mot slutanvändning och icke-kommersiell användning och dels av hur teknologierna för påförande av elektronisk rättighetshantering utvecklas. Denna tolkningslinje är därmed absolut inte utesluten, speciellt inte i skenet av finsk rättspraxis gällande vederlag för nyttjande.

Finsk rättspraxis utgår ifrån en helhetsbedömning då man utdömer vederlag. I vissa fall har vederlaget använts på ett sätt som närmast motsvarat skadestånd av straffrättslig karaktär. I HD 1968 II 81 utdömdes vederlag motsvarande dubbelt belopp av normaltariffen för framförande av musik. På motsvarande sätt ansåg man i HD 1998:91 att skäligen ersättning för olaglig kopiering av datorprogram var återförsäljningspriset för datorprogrammet. HD avslog begäran att man från återförsäljningspriset skulle dra av mervärdesskatten<sup>696</sup>. Orsaken till att man överskridit den tariff som tillkommer upphovsmannen är att vederlaget använts som ett sätt att avskräcka från upphovsrättsintrång.

<sup>694</sup> Man brukar särskilja mellan rätt till vederlag och rätt till skadestånd. Rätten till skadestånd är beroende av vållande medan rätten till vederlag inte är det. Vid bedömning av skadeståndets storlek bör man dock beakta det skadeståndsrättsliga förbudet mot att förtjäna på skadehändelsen, se närmare i Haarmann, Tekijänoikeus ja lähioikeudet (1999), s. 253-257.

<sup>695</sup> Med allmännyttigt användande avses nyttjande i t.ex. informations- eller undervisningssyfte.

<sup>696</sup> Man kan notera att man däremot i HD 1989:87 godkänt nedsättning av vederlaget motsvarande beloppet av mervärdesskatten.

Man har dock också sänkt vederlaget i de fall då man ansett att normal taxa skulle vara oskäligt. I HD 1999:115 ansågs hälften av inköpspriset för ett datorprogram vara lämpligt vederlag, trots att det var fråga om tillgängliggörande av ett datorprogram över ett datornätverk som var tillgängligt för hundratal personer. Man beaktade i detta fall att det var fråga om amatörmässig verksamhet och att personerna högst sannolikt inte lagligen skulle ha skaffat sig dessa datorprogram, eftersom licenserna för programmen normalt var mycket dyra.

Speciellt frågor som lagens preventiva verkan och domens inverkan på allmän laglydighet, den ekonomiska nyttan av användandet samt huruvida användandet är professionellt eller amatörmässigt har alltså inverkan på rättsens bedömning av vad som kan anses utgöra skäligt vederlag eller rimlig kompensation<sup>697</sup>.

Med tanke på att domstolarna varit ovilliga att erkänna existensen av några specifika beräkningsgrunder<sup>698</sup> finns det alla möjligheter att beakta existensen av tekniska åtgärder som en faktor som antingen kan minska eller höja vederlaget.

## 4.2. DRM-systems inverkan på riskfördelningen mellan rättsinnehavare och användare gällande upphovsrättsintrång

Inget i varken WIPO:s Internetkonventioner, EG:s upphovsrättsdirektiv eller nationell upphovsrätt kräver att rättsinnehavarna skall påföra DRM-system. Utgångspunkten är att rättsinnehavarna kan påföra elektroniska rättighetshanteringssystem ifall de anser att det ligger i deras intresse. Frånvaron av DRM-system påverkar inte det grundläggande upphovsrättsliga skyddet eller rättsinnehavarens tillgång till rättsskyddsmedel. Tvärtom förbjuder WCT och WPPT införandet av formaliteter för uppkomsten av upphovsrätt. I tillägget till artikel 12 i WCT samt till artikel 19 i WPPT har de kontrakterande staterna kommit överens om att stadgandena i artikeln inte skall få utnyttjas för att införa formaliteter som enligt Bernkonventionen inte är tillåtna och som skulle hindra varors fria rörlighet eller åtnjutande av rättigheter enligt konventionen<sup>699</sup>.

Det är inte utan anledning man befarat att en frånvaro av en explicit tolkning av detta slag skulle ha öppnat dörren för införande av formaliteter. Som bekant har vissa formaliteter tidigare varit en förutsättning för uppkomst av upphovsrätt i USA, och allt tyder på att man där inte skulle ha något emot att återinföra den principen<sup>700</sup>.

<sup>697</sup> Det kan naturligtvis diskuteras huruvida det är legitimt att vid beräkningen av skadeståndets belopp beakta sådant som skadeståndets inverkan på laglydighet, eller om kompensationen istället endast bör basera sig på den uppkomna skadan för rättsinnehavaren. Om olika sätt att beräkna kompensationsbelopp, se Clarkson, *Avoiding Suboptimal Behavior* (2001).

<sup>698</sup> Detta har uttryckligen betonats i HD 1989:87.

<sup>699</sup> Agreed statement concerning Article 12, WIPO Copyright Treaty. Yttrandet är tillämpligt mutatis mutandis på artikel 19 i WIPO Performances and Phonograms Treaty, se agreed statement concerning Article 19, WPPT.

<sup>700</sup> Post, *His Napster's Voice* (2002), s. 107-124 samt Lessig, *Free Culture* (2004), s. 287 ff. Enligt Lessig var slopandet av registrering i den analoga miljön förstärkt, eftersom det var en både besvärlig och kostsam process. Dessa förutsättningar har ändrats i den digitala miljön. Då det inte finns några internationella lättillgängliga databaser över rättsinnehavarna till alla världens verk, är det svårt för användare att ta reda på rättsinnehavarna och klara rättigheterna. Med tanke på hur mycket lättare det är att påföra verk i digital form information om rättsinnehavare så borde märkning enligt Lessig utgöra förutsättning för skydd. Registrering utgör fortfarande en viktig del av det amerikanska upphovsrättssystemet även om det inte längre utgör en förutsättning för att upphovsrätt skall uppkomma. I USA har registreringen fortfarande en viktig deklarativ och bevismässig betydelse, Ginsburg, *Copyright in the U.S.* (1992). Se även Goldstein, *Copyright vol I* (1989) s. 262-266, 339-341, särskilt s. 339 där han konstaterar att även sådana verk som saknade upphovsrättsmärkning kunde erhålla upphovsrättsligt skydd genom registrering. Detta gällde alltså verk som publicerats innan 1989, då USA anslöt sig till Bernkonventionen.



Registreringskravet kan anses strida mot grundprinciperna i den europeiska upphovsrättstraditionen. Det kan dock finnas orsak att närmare fundera på möjligheterna för, samt fördelarna och nackdelarna med ett eventuellt registreringssystem.

Verksregister av något slag utgör en naturlig del av lösningar för elektronisk handel, eftersom ett verksregister är en förutsättning för att på ett kostnadseffektivt sätt kunna lokalisera rättsinnehavarna och ingå licensavtal med dem. Dyliga register utgör också kärnan i system för bevakning av nyttjandet av verk och sänker markant transaktionskostnaderna vid licensering.

Man kan tillägga att registrering också kunde förbättra möjligheterna att utnyttja denna typ av immaterialrättslig egendom som säkerhet. Ett frivilligt registreringssystem av detta slag skulle inte utgöra en förutsättning för att upphovsrätt skulle uppkomma, men skulle öka möjligheterna att utnyttja denna typ av immateriell egendom i affärsverksamhet.

På basen av de upphovsrättsliga registreringssystemens historia sluter sig Kawohl och Kretschmer till att registreringssystem kan ha olika funktioner, såsom en auktoritär regim för att kontrollera utbytet av idéer, som ett medel för en autonom marknadsreglering genomförd av förlagen eller som en explicit förutsättning för skydd baserad på upphovsrättens incitamentsfunktion. Kawohl och Kretschmer konstaterar att upphovsrättsregistreringen i USA aldrig haft något specifikations syfte över vilka rättigheter man har och till vad rättigheterna härrör. De anser att en diskussion om registrering i specifikations syfte borde återupplivas, eftersom registreringskrav skulle legitimera många nutida kulturföreteelser, såsom sampling. De anser också att digital teknologi tillåter att man skapar och upprätthåller databaser där man definierar exploateringsätt och rättighetskrav, och att kostnaderna för upprätthållandet av ett sådant system därför inte skulle innebära en otillbörlig börda för rättsinnehavarna<sup>701</sup>

I nordisk rättsdoktrin har Bing förespråkat ett rättsligt stöd för system för identifikation av upphovsrättigheter på motsvarande sätt som man inom internationell handel stöder INCOTERM<sup>702</sup>.

Förbudet mot krav på formaliteter innebär ett förbud mot att kräva påförande av DRM-system som förutsättning för uppkomsten av upphovsrätt. Däremot torde stadgandet inte hindra att upphovsrättsinnehavarens passivitet ifråga om skydd av sin immateriella egendom skulle kunna påverka dennes rättsliga ställning<sup>703</sup>.

Traditionellt har användaren burit hela ansvaret för intrång i upphovsrätt. Bestämmelserna om en av vållande oberoende skyldighet att erlagga skälig kompensation (FiURL 57 §), innebär ett strikt ansvar för upphovsrättsintrång. Denna ansvarsfördelning har baserat sig på det traditionella upphovsrättsliga paradigmet med ”svaga upphovsmän” mot ”starka användare”, där man med användning avsett yrkesmässig verksamhet. Användarna har alltså utgjorts av näringsidkare såsom förlag, skivbolag osv. Det har mot denna bakgrund tett sig helt naturligt att användarna ålagts ett strikt ansvar.

Förändringarna i det upphovsrättsliga paradigmet har lett till att denna ansvarsfördelning inte längre ter sig lika naturlig. Istället finns det ett allt större behov av att beakta dels det faktum att *”användarna” allt oftare är t.o.m. slutanvändare, vars ekonomiska nytta av användningen är marginell och vars riskbärförmåga är begränsad*, och dels det att påförande av DRM-system markant minskar risken för upphovsrättsintrång och sänker transaktionskostnaderna för licensering av verket.

<sup>701</sup> Kawohl & Kretschmer, *Abstraction and Registration* (2003), s. 225 ff.

<sup>702</sup> Enligt Bing skulle en ”copymark” bestå av tre interrelaterade element; ett logo eller motsvarande märke som motsvarar ©-märkning, en webbsida där villkoren framgår i klartext och en meta-tag för html-kodning som är maskinläsbar. Bing, *Copymarks* (2003), s. 185-222. Creative Commons licenseringssystem fungerar idag just på motsvarande sätt.

<sup>703</sup> Jfr. diskussionen ovan i kapitel IV.4.1.3 om DRM-systems inverkan på beräkningen av ersättning.

Speciellt det nya stadgandet i FiURL 11.5 § innebär ett ytterligare skärpt ansvar för icke-kommersiell användning. Enligt 11.5 § bär användaren ansvaret för att det exemplar som används framställts och tillgängliggjorts med upphovsmannens samtycke eller på annat lagligt sätt. Enligt det ursprungliga förslaget skulle all användning av ett olagligt framställt exemplar i enlighet med en upphovsrättslig inskränkning vara förbjuden<sup>704</sup>. Enligt den slutliga lagtexten<sup>705</sup> är det endast förbjudet att framställa exemplar i enlighet med en upphovsrättslig inskränkning av ett olagligt framställt eller tillhandahållet exemplar.

Stadgandet innebär bland annat att det är olagligt att använda olovligen framställt eller tillhandahållet verksexemplar för framställning av kopia för privat bruk, inom ramen för bildcitaträtten i FiURL 25 § eller inom ramen för stadgandet i FiURL 14 § som tillåter användning vid undervisningsverksamhet och vetenskaplig forskning<sup>706</sup>.

Frågan om huruvida rättsinnehavaren bör bära ansvar för att skydda sina egna intressen framkommer speciellt i förhållande till icke-kommersiellt nyttjande. Det verkar uppenbart att de upphovsrättsliga bestämmelserna i kombination med de förändringar som skett i informations- och kommunikationstekniken medför allt större risker för att man gör sig skyldig till upphovsrättsintrång inom ramen för icke-kommersiell eller privat användning samt i situationer där nyttjandet är sekundärt i förhållande till upphovsrätten och där användningen saknar självständig ekonomisk betydelse. Den tekniska utvecklingen har lett till att mångfaldigande och kommunikation av innehåll sker som ett naturligt led av så gott som allt slags nyttjande av innehåll.

Ett exempel på den ökade risken för upphovsrättsintrång är användning av fildelningsprogram. Grunden i fildelning är distribuerad databehandling, vars avsikt är att avhjälpa vissa problem vid centraliserad databehandling. Vid fildelning kan den sammanlagda lagringskapaciteten i de till nätverket kopplade datorerna på ett effektivt sätt utnyttjas. Dessutom minskar risken för överbelastning av nätverket, då filer kan laddas ner från olika källor, i vissa fall t.o.m. simultant<sup>707</sup>.

Fildelningsprogram i sig är inte förbjudna i lag. Däremot är det förbjudet att tillgängliggöra filer utan upphovsmannens tillåtelse samt i och med det nya stadgandet i FiURL 11.5 § även att framställa en kopia av en fil som olagligt sprids i nätverket. I enlighet med det nya straffstadgandet i SL 49 kapitel 1 § skall gärningsman dömas för upphovsrätts**brott**<sup>708</sup> ifall gärningen sker med hjälp av datanät eller datasystem och gärningen är ägnad att förorsaka rättsinnehavaren betydande skada eller olägenhet. Det krävs inte i detta fall något förvärvs-

<sup>704</sup> Det ursprungliga förslaget lydte på följande sätt: "Med stöd av detta kapitelts bestämmelser om inskränkningar i upphovsrätten får användas endast ett sådant exemplar av ett verk som har framställts med upphovsmannens samtycke eller på annat lagligt sätt eller ett verk som med upphovsmannens samtycke eller på annat lagligt sätt gjorts tillgängligt för användaren". FiURL 11.4 § i RP 177/2002.

<sup>705</sup> Stadgandet i FiURL 11.5 § lyder på följande sätt: "Med stöd av detta kapitelts bestämmelser om inskränkning av upphovsrätten får exemplar inte framställas av sådana exemplar av verk som framställts eller tillgängliggjorts för allmänheten i strid med 2 § eller till vars skydd utförda tekniska åtgärder kringgåtts i strid med 50 a § 1 mom. Bestämmelserna i detta moment gäller dock inte användning av verk med stöd av 11 a, 16, 16 a–16 c eller 22 § eller 25 d § 2 eller 5 mom".

<sup>706</sup> Enligt motiveringarna till FiURL § 11.5 tillämpas stadgandet inte på fall som hör till avtalslicenssystemet, eftersom det inom ramen för avtalslicenssystemet är möjligt att tillåta användning i en mer omfattande utsträckning än vad lagen annars utgår ifrån. Denna begränsning av tillämpningsområdet framgår inte av själva lagstadgandet. Ifall man inte i avtalslicensen överenskommer om möjligheten att framställa exemplar även av sådana verksexemplar som framställts eller tillhandahållits utan rättsinnehavarens tillstånd kommer användningen av exemplaret att utgöra ett upphovsrättsintrång, för vilket t.o.m. straffrättsligt ansvar kan följa. Det är dock oklart om upphovsrättsorganisationerna ens har befogenhet att på avtalsmässig väg ge efter upphovsmannens rätt att kräva att endast lagliga förlagor används.

<sup>707</sup> Till exempel fildelningsprogrammet eMule möjliggör simultan nedladdning. Om exempelvis fem användare laddar ner en fil som bara finns i sin helhet hos en användare, så kan filen ändå laddas ner från upp till fem källor samtidigt.

<sup>708</sup> Maximistraffet är två års fängelse.

syfte. Det torde vara klart att intrånget i de flesta fall kommer att anses förorsaka betydande skada eller olägenhet, eftersom de uteblivna licensavgifterna vanligen är betydande på grund av fildelningsnätverkens omfattning.

Med tillgängliggörande till offentligheten jämföras även blotta möjliggörande av uppladdning, ifall man kan visa att användaren haft för avsikt att tillgängliggöra verket.

I det av Jyväskylä tingsrätt avgjorda fallet (RD 01/104, 28.5.2001) fälldes en studerande för upphovsrättsintrång efter att ha använt ett fildelningsnätverk som möjliggjorde spridning av musikfiler mellan deltagarna i nätverket. Domstolen ansåg att kopieringen inte skett för privat bruk, eftersom musikfilen kunde spridas till andra deltagare i nätverket via den dömdes dator. Detta beslut ligger väl i linje med tidigare upphovsrättslig rättspraxis. I detta fall var ansvarsfrågan relativt klar. Personen ifråga hade laddat ner filer via fildelningsprogrammet och överfört vissa filer till en särskild katalog (som skiljde sig från den katalog där nedladdade filer sparades) för spridning inom nätverket. Det ansågs inte ha någon betydelse att man inte kunnat visa att någon verkligen laddat ner filer från datorn, utan det räckte att visa att filen var tillgänglig för nätverket.

Ansvarsfrågan vid tillgängliggörande är kanske inte alltid lika klar. Det är inte alltid så självklart att användaren inser att filer sprids från hans dator utan att han behöver vidta någon åtgärd. I ovan beskrivna fall (RD 01/104, 28.5.2001) fäste tingsrätten vikt vid att det var fråga om en nästan färdig dataingenjör, som kunde anses ha bättre kännedom om funktionsprinciperna än den genomsnittliga användaren. Dessutom hade han ändrat förhandsinställningarna i programmet gällande den distribuerade katalogen så att katalogen för nedladdade filer skiljde sig från katalogen från vilken filer kan laddas upp. Det här pekade på att han hade haft för avsikt att sprida just de filer som fanns i nämnda katalog. Han hade alltså aktivt befatat sig med spridningen.

Det är oklart i vilken utsträckning en privatperson skall anses skyldig att utreda ett programs funktionsprinciper. Det ligger nära till hands att utgå ifrån att en genomsnittlig användare inte har så stor kunskap om programmets funktioner och därmed riskerna för att ett verk sprids utan rättsinnehavarens tillstånd.

Enligt Castrén och Sorvari har man ingen skyldighet att utreda omständigheter som kan göra användningen olaglig (*selonottovelvollisuus*), ifall man är i kvalificerad god tro, dvs. inte visste eller inte borde ha vetat att man genom förfarandet gör intrång i upphovsrätt. Som exempel nämns att en återförsäljare inte kan anses vara skyldig till upphovsrättsintrång om han säljer böcker som han inte har någon anledning att anta är piratkopior<sup>709</sup>. Enligt Sorvari skall man i oklara fall utgå ifrån att personen inte har en dylik utredningsplikt och frikänna från straffrättsligt ansvar. Vad gäller skadeståndsrättsligt ansvar räcker lindrigt vållande<sup>710</sup>.

Det verkar som om denna utgångspunkt ändras genom det nya stadgandet i FiURL 11.5 §, enligt vilket ett olovligt framställt eller tillhandahållet exemplar av verket inte får användas i enlighet med en lagstadgad upphovsrättslig inskränkning. Det nya stadgandet i FiURL 11.5 § är mycket problematiskt med beaktande av användarens ansvar till exempel vid användning av fildelningsprogram, men detta gäller även för verk tillgängliga på Internet.

För att användaren skall kunna uppfylla lagens norm måste han ta reda på vad filen inne-

<sup>709</sup> Castrén, Vahingonkorvaus immateriaalioikeudessa (1979), s. 61-63. Sorvari, Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta (2005), s. 356.

<sup>710</sup> Sorvari, Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta (2005), s. 356-366.

håller redan *innan* han laddar ner den, för att utröna om det är fråga om ett upphovsrättsligt skyddat verk som inte tillgängliggjorts med rättsinnehavarens tillstånd. Användaren bär den fulla risken för att filen spridits utan upphovsmannens tillstånd. Ifall verket är tillgängligt i ett fildelningsnätverk gör han sig vanligen inte endast skyldig till intrång i upphovsmannens reproduktionsrätt<sup>711</sup> utan även rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten. Användaren kommer alltså *i praktiken* att ha en omfattande skyldighet att utreda de relevanta omständigheterna.

Frågan är alltså om man anser att användaren borde utgå från att de filer som finns tillgängliga på ett fildelningsnätverk (eller på Internet) är olagligen framställda och/eller tillgängliggjorda och därför låta bli att ladda ner dem. Med tanke på att verk trots allt sprids även lagligen på både Internet och fildelningsnätverk är en sådan presumtionsregel oförsvarlig<sup>712</sup>. Det kan inte vara riktigt att en viss teknik som även har lagliga användningsändamål stämplas som illegal<sup>713</sup>. Dessutom får en sådan presumtionsregel alltför långt gående konsekvenser för kommunikationsmiljön, eftersom en nedladdning vanligen är nödvändig för att ens bilda sig en uppfattning om huruvida det är fråga om ett upphovsrättsligt skyddat verk vars användning kan medföra intrång i upphovsrätt.

Stadgandet i § 11.5 motiveras i RP 28/2004 bara med att det är fråga om att ”klargöra tillämpningsområdet för inskränkningarna” i FiURL kapitel 2. I den tidigare propositionen RP 177/2002 hänvisade man till att det inte kan vara riktigt att en olaglig kopia av ett verk blir laglig. Det förblir därför oklart om avsikten verkligen har varit att åstadkomma en förskjutning av riskfördelningen i riktning mot användaren på det sätt som lagtexten ger vid handen. Detta är i så fall rätt problematiskt med tanke på en normal riskfördelningslära, där faktorer som parternas kontrollmöjlighet, ekonomiska riskbärningsförmåga, verksamhetens karaktär, proportionalitetsprincipen och verksamhetens förenlighet med god sed spelar en viss roll.

Den rättsliga riskfördelningen och den därtill hörande ansvarsfördelningen utgår från vissa allmänt vedertagna principer eller faktorer som påverkar riskfördelningen. Följande faktorer inverkar vanligen på riskfördelningen<sup>714</sup>:

- ▶ Kontrollmöjlighet. De som har faktisk möjlighet att kontrollera skeendet och förhindra skada kan åläggas ansvar.
- ▶ (Ekonomisk) riskbärningsförmåga. Ekonomisk riskbärningsförmåga kan påverka vilken part som skall bära risken; Ju bättre ekonomisk riskbärningsförmåga, desto större orsak att ålägga aktören ansvar.
- ▶ Verksamhetens karaktär. Professionella verksamheter inom branschen har större ansvar för sin verksamhet än icke-professionella.

<sup>711</sup> Enligt det nya stadgandet i § 57 utdöms vederlag för lagstridig framställning av verksexemplar för enskilt bruk endast ifall framställaren vetat eller borde ha vetat att det kopierade materialet gjorts tillgängligt för allmänheten i strid med upphovsrättslagen.

<sup>712</sup> Ifall en fil sprids med upphovsmannens tillåtelse i ett fildelningsnätverk kan det inte anses vara otillåtet att framställa kopior för privat bruk samt tillhandahålla filen i nätverket. Man borde i dessa fall kunna utgå ifrån att upphovsmannen genom att tillgängliggöra verket på detta sätt gett sitt konkludenta medgivande till dylikt nyttjande. Detta medför inte att upphovsmannen skulle ha eftergivit alla sina rättigheter och särskilt inte rättigheten att nyttja verket i kommersiella sammanhang.

<sup>713</sup> Detta är en princip som redan tidigare godtagits i samband med till exempel kassetbandspelare, vars största användningsområde är framställning av kopior av upphovsrättsligt skyddade musikverk.

<sup>714</sup> Spår av dessa riskfördelningsprinciper finns inom såväl skadeståndsrätt som inom modern straffrätt. Se t.ex. artikel 4:102 i de europeiska skadeståndsprinciperna, som diskuteras i Hemmo, Vahingonkorvausoikeus (2005), s. 27. Både inom skadeståndsrätten och straffrätten har synvinkeln ofta centrerat kring vållande och kausalsamband, vilket har lämnat frågan om en fördelning av risker mellan olika parter i bakgrunden.

- ▶ Proportionalitetsprincipen. Ansvaret skall stå i proportion till den nytta aktören har av verksamheten och till den skada som kan förorsakas av verksamheten.
- ▶ Moralisk förkastlighet. Verksamheten kan förutsättas basera sig på god sed<sup>715</sup>.

Man kan knappast anse att till exempel undervisningsverksamhet utgör en sådan verksamhet som typiskt skulle vara oförenlig med god sed. Tvärtom har man ansett att upphovsmannens exklusiva rättigheter i vissa fall får vika för detta samhällsliga intresse. I sådana fall ter det sig rättsvidrigt att påföra en lärare en långt gående försiktighetsplikt gällande användandet av innehåll vars ursprung är okänt, då man dessutom beaktar att rättsinnehavaren kompenseras för användningen inom ramen för ett avtalslicenssystem. Tvärtom kunde man i detta fall anse att en dylik riskfördelning är socialt inadekvat<sup>716</sup>.

Med icke-kommersiellt nyttjande kan också likställas slutanvändning inom ramen för kommersiell verksamhet. Med detta avses situationer där användningen är sekundär i förhållande till det upphovsrättsliga nyttjandet och där de upphovsrättsligt relevanta gärningarna inte har någon självständig ekonomisk betydelse. I vissa fall är det fråga om kommersiell verksamhet där det primära ändamålet med nyttjandet inte i sig är upphovsrättsligt, utan kan ha att göra med funktionsprinciperna i de globala nätverken. Detta är fallet till exempel då kopior uppkommer som en del av en teknisk process vars enda syfte är att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand i enlighet med upphovsrättsdirektivets artikel 5.1.a. Enligt artikel 5.1.b undantas också kopior som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och vars enda syfte är att möjliggöra en laglig användning<sup>717</sup>. Vad som avses med en laglig användning måste tolkas inom ramen för reglerna i den nationella rättsordningen.

Stadgandet i artikel 5.1 är mycket snävt utformat. Man kan nämligen tänka sig användning utan självständig ekonomisk betydelse och där de upphovsrättsligt relevanta gärningarna alltså är sekundära i förhållande till normalt upphovsrättsligt nyttjande, men där gärningen inte omfattar de fem generella förutsättningarna i artikel 5.1. Dessa förutsättningar är att det är fråga om en *tillfällig* form av mångfaldigande, att det är *sfyktigt eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse*, att det utgör *en integrerad och väsentlig del i en teknisk process*, att dess *enda* syfte är att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning och att det *saknar självständig ekonomisk betydelse*.

Avsikten med inskränkningen torde ha varit att förhindra att upphovsrätten får en negativ inverkan på normala funktioner inom kommunikationsmiljön. I ingresspunkt 33 motiveras stadgandet endast med att avsikten är att webbläsning och cachelagring skall möjliggöras och att överföringssystem skall kunna fungera effektivt.

Dessutom sägs i ingresspunkten att en förutsättning är att mellanhanden inte ändrar informationen och inte ingriper i den lagliga användningen av den teknik som är allmänt vedertagen och som används inom branschen för att få fram data om hur informationen används.

Det är oklart om detta skall tolkas på så sätt att en förutsättning för att denna inskränkning i upphovsrätten skall vara giltig är att DRM-system som inbegriper uppföljningssystem (monitoring) för hur

<sup>715</sup> Särskilt om den goda sedens betydelse inom förmögenhetsrätten, se Pöyhönen, Uusi varallisuusoikeus (2000), s. 97 ff.

<sup>716</sup> Man kan notera att kravet på laglig förlaga i Norge och Sverige begränsats till framställning av kopior för privat bruk. Se SvURL 12.4 § och norska ändringsverkloven 12.4 §. I Danmark har man ett lika omfattande stadgande som det som föreslås i RP 177/2002, se danska ophavsretloven § 11 stk. 3.

<sup>717</sup> Artikel 5.1. motsvaras av artikel 13.1 första stycket a och d i e-handelsdirektivet 2000/31/EG.

information används skall kunna implementeras, förutsatt att sådan teknik är allmänt vedertagen och dess användning är laglig<sup>718</sup>.

Vilken verksamhet detta stadgande kommer att täcka och vad som förblir utanför denna snäva inskränkning i upphovsrätten förblir oklart<sup>719</sup>. Man kan dock notera att det kan finnas en omfattande verksamhet som är viktig för den normala funktionen av Internet men som inte faller inom ramarna för denna snävt utformade inskränkning. För all sådan verksamhet gäller således en signifikant risk för upphovsrättsintrång, trots att verksamheten är sekundär i förhållande till upphovsrätten. Sådana tjänster har delvis reglerats inom ramen för direktivet om elektronisk handel, där man inkorporerat stadganden som begränsar tjänstelevererande mellanhanders ansvar. Dessa stadganden berör tjänster som gäller enbart vidarebefordran (*mere conduit*) (artikel 12), cachning (artikel 13) och värdtjänster (artikel 14). Direktivets tillämpningsområde är alltså mycket begränsat och kan utesluta många tjänster. Ett viktigt exempel på sådan verksamhet som ej beaktats torde vara de sökmaskiner<sup>720</sup> som används för att hitta information på Internet<sup>721</sup>.

I USA har sökmaskiner uttryckligen omfattats av de tjänster som i lagen utgör föremål för ansvarsfriskrivningsklausuler<sup>722</sup>. Denna friskrivning gäller upphovsrättsintrång som baserar sig på att det material till vilket länkats är illegalt. Huruvida den del som återges inom ramen för länkingsverksamheten utgör ett mångfaldigande som tillhör rättsinnehavarens ensamrätt skall uppenbarligen bedömas på basen av den generella *fair use*-doktrinen.

Sökmaskinernas primära funktion är att utgöra ett hjälpmedel för att hitta information bland den enorma mängd information som finns på Internet. Funktionsprinciperna för sökmaskiner kan dock variera. I många fall handlar det om att sökmaskinen med hjälp av en automatiserad process söker dokument som motsvarar de sökkriterier tjänstens användare anger. Sökmaskinens utformning påverkar vilka sökkriterier som stöds, men det kan vara fråga om sökning med fria sökord, specificering av filformat, språk, domän etc. Sökmaskinerna ordnar också ofta materialet i olika ämneskategorier. Den centrala funktionen i sökmaskinerna är att erbjuda tillgång till information på Internet, vanligen genom hyperlänklister eller ämnesspecifika portaler.

Några exempel på funktioner som ur upphovsrättslig synvinkel är problematiska är då sökmaskinen automatiskt återger upphovsrättsligt skyddade delar av ett verk<sup>723</sup> och då sökmaski-

<sup>718</sup> Se närmare om detta i kapitel IV.4.3. om tredje persons ansvar på basen av nyckelposition.

<sup>719</sup> Stadgandet torde utan vidare gälla proxy-caching, som sker vid överföring av data på Internet, och browser-caching som lagrar en kopia av en webb-sida på slutanvändarens dator då man surfar på Internet. Däremot är det oklart om det gäller andra typer av cachning, då cachekopior kan lagras för längre perioder. Sådana cachekopior kan i sig anses ha en ekonomisk betydelse (liksom även proxy-caching, som är ägnad att minska kostnaderna för datatrafik), men kan sakna ekonomisk betydelse ur upphovsrättsligt perspektiv. Om olika typer av cachning, se Caching Tutorial, Version 1.7 – May 9, 2006.

<sup>720</sup> Med sökmaskiner avses tjänster såsom Google, Yahoo! Search, MSN Search, Ask Jeeves, About, MIVA och LookSmart och sökmaskiner som baserar sin sökning på en kombination av resultaten från andra sökmaskiner, såsom MetaCrawler.

<sup>721</sup> Ett annat exempel är filteringsprogram, som till exempel används för att filtrera pornografiskt innehåll. Enligt Sorvari kan filteringsprogram ur ansvarssynvinkel anses utgöra ett mellanting mellan tjänsteleverantör och innehållsproducent, se Sorvari, *Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta* (2005), s. 64.

<sup>722</sup> Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, § 512 (d).

<sup>723</sup> Det finns också sökmaskiner, som är avsedda att hitta information på basen av relevans, inte endast på basen av förekomsten av sökord i ett webb-dokument. En sådan söktjänst är Lycos Retriever, som också genom en automatiserad process väljer ut delar av dokument för att göra det möjligt för söktjänstens användare att snabbt utvärdera om webb-dokumentet är intressant att läsa närmare.



nen sparar en cachekopia av materialet på sina servrar<sup>724</sup>. I dessa fall är det relativt troligt att det snävt formulerade undantaget inte är tillämpligt.

Enligt Sorvari utgör sökmaskinernas länklister normalt inget intrång i upphovsmannens mångfaldiganderätt, eftersom en länklista inte innebär att dokumentet mångfaldigas. Däremot konstaterar hon att det eventuellt kunde vara fråga om intrång i rätten till offentligt framförande eller överföring till allmänheten samt att annat än flyktiga cachekopior kan utgöra ett upphovsrättsintrång.<sup>725</sup>

Man kan i detta sammanhang konstatera att länklister ofta återger rubriken i ett dokument (eller det som i html-kodningen anges som rubrik). Ifall en sådan rubrik utgör ett upphovsrättsligt skyddat verk torde ett mångfaldigande ske då rubriken återges. Risken för att sådana tjänster som Lycos Retriever, som återger stycken ur ett dokument, skall kunna anses gör intrång i ensamrätten till mångfaldigande är betydligt större, eftersom det finns större chans för att ett helt stycke skall anses överskrida verkshöjd och eftersom också ett i övrigt lagligt mångfaldigande blir olagligt ifall materialet publicerats på Internet utan rättsinnehavarnas samtycke.

Enligt Sorvari skulle man kunna anse att rättsinnehavaren genom att tillgängliggöra innehåll på nätet godkänner att tillfälliga kopior som möjliggör användning av innehållet framställs. I följande andetag konstaterar hon dock att ett sådant mångfaldigande som avses i upphovsrättslagen är tillåtet endast på basen av rättsinnehavarens tillstånd eller ifall mångfaldigandet är tillåtet på basen av lag<sup>726</sup>.

Den upphovsrättsliga inskränkningen gällande tillfälliga kopior berör endast mångfaldigande, inte tillgängliggörande för allmänheten. När det gäller vanliga hyperlänkar (förande länkar) har man allmänt ansett att rättsligt ansvar för upphovsrättsintrång inte kan uppkomma. När det gäller hämtande länkar som innebär att ett auditivt eller audiovisuellt verk direkt återges kan dock rättsligt ansvar uppkomma<sup>727</sup>.

Med tanke på den upphovsrättsliga riskfördelningen kan man fråga sig huruvida det är förenligt med upphovsrättens systemprinciper och målsättningar samt med den allmänna riskfördelningsläran att användning som är sekundär i förhållande till upphovsrätten förutsätter införfärdande av rättsinnehavarnas samtycke, speciellt i de fall då rättsinnehavaren har möjlighet att förhindra sådan användning.

När det gäller sökmaskiner kan man framhålla att de är av synnerligen stor betydelse för att man skall kunna hitta information på Internet. De processer som används för att söka och återge information är automatiserade och det är omöjligt att på automatisk väg avgöra huruvida det material som lagts ut på nätet är upphovsrättsligt skyddat (det vill säga överskrider verkshöjd och skyddstiden inte utgått) och om det tillhandahållits med rättsinnehavarens tillstånd eller användningen annars är tillåten på basen av lag. Till den del innehållet återges i form av automatiskt genererade sammandrag, index eller liknande, är syftet med sådan återgivning att möjliggöra för användaren en effektivare informationssökning. Därmed ter sig ett krav på förhandstillstånd för dylik användning som både kostsamt och oändamålsenligt med beaktande av rättsinnehavarnas intressen i jämförelse med den allmänna

<sup>724</sup> Till exempel Google tar en bild av varje undersökt webbsida och sparar dessa som backup ifall originalsidan inte finns tillgänglig, se [http://www.google.se/intl/sv\\_ALL/features.html](http://www.google.se/intl/sv_ALL/features.html), besökt 4.7.2006.

<sup>725</sup> Sorvari, *Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta* (2005), s. 257.

<sup>726</sup> *Ibidem*, s. 99.

<sup>727</sup> *Ibidem*, s. 257, där hon konstaterar att förande länkar kan innebära ansvar för intrång mot rätten till offentligt framförande eller överförande till allmänheten. Sorvari verkar dock förhålla sig återhållsamt till att ansvar för upphovsrättsintrång i dessa fall borde uppkomma. Enligt Cruquenaire kan länkar också utgöra ett intrång i upphovsmannens ideella rättigheter. Cruquenaire, *Electronic Agents as Search Engines* (2001), s. 327-343.

nyttan av dylik användning<sup>728</sup>. Det torde vanligen inte heller finnas någon generell orsak till att ersättning skulle utgå till rättsinnehavarna i detta fall, eftersom användningen är sekundär i förhållande till upphovsrättsligt nyttjande<sup>729</sup>.

Man kan på allmän nivå konstatera att det finns olika tekniker för att förhindra sökmaskiner från att hitta eller processa dokument i de globala nätverken. Dels förmår sökmaskiner vanligen inte hitta och processa dokument som publiceras i avskärade delar av Internet, såsom till exempel på intranät. Man kan också påföra dokumentet kod som skall göra att sökmaskiner inte hittar det eller som instruerar sömaskinen att hämta en ny kopia från den ursprungliga källan varje gång dokumentet söks<sup>730</sup>. Och sen är det ju möjligt att erbjuda tjänsten inom ramen för en skyddad tjänst eller produkt, till exempel i krypterad form. I detta fall kan en fil som i sig finns allmänt tillgänglig på Internet inte i praktiken användas ifall man inte har tillgång till krypteringsnycklarna. Rättsinnehavaren kan alltså i dessa fall direkt påverka möjligheterna för en sömaskin att använda ett verk.

Med tanke dels på de ökade möjligheterna att informera användarna om vilket slags nyttjande som förbehålls rättsinnehavaren samt dessutom de utökade möjligheterna att direkt styra användningen eller sluta licensavtal om användningen, skulle det vara logiskt att detta i motsvarande mån skulle medföra en viss aktsamhetsplikt för rättsinnehavaren<sup>731</sup>.

Användningens natur och syfte bör hur som helst avvägas mot möjligheterna att minska riskerna för immaterialrättsliga skador genom påförande av DRM-system. Det torde vara klart att en förläggare som olovligen ger ut ett verk i analog eller digital form knappast kan hänvisa till möjligheten för upphovsmannen att påföra DRM-system som en ansvarsminskande omständighet. Däremot kunde man tänka sig att ett skivbolag, som sprider musikfiler i oskyddad form, skulle få lida en del av den skada som föranleds av vidare spridning mellan privatpersoner, ifall vidare spridningen enkelt hade kunnat förhindras genom att vidta tekniska åtgärder.

Det är sen en annan sak om det är rättvist att upphovsmännen och de utövande konstnärerna blir lidande för att (i detta fall) skivbolaget inte vidtagit åtgärder för att skydda deras ekonomiska och idéella intressen. Det är inte uteslutet att den avtalsrättsliga lojalitetsplikten kräver att den som kommersialiserar innehållet beaktar rättsinnehavarens intressen och vidtar åtgärder för att dennes intressen inte skadas vid kommersialisering av innehållet. För lagstiftaren gäller det att fundera över huruvida man i lagen borde införa en bestäm-

<sup>728</sup> Om man tänker sig sökmaskiner som gör automatiska sammanfattningar eller utdrag ur texter kan man i princip tänka sig en tvångslicenseringslösning till den del man anser att det inkräktar på upphovsmannens normala nyttjande. På det principiella planet torde det alltså ha en viss inverkan huruvida nyttjandet kan anses inkräkta på normalt upphovsrättsligt nyttjande, vilken funktion sökmotorn har och hur informationen presenteras, vilka möjligheter rättsinnehavarna har att skydda sig mot dylikt nyttjande och hur ändamålsenlig och nödvändig funktionen är i förhållande till den potentiella skada det medför för upphovsmännen.

<sup>729</sup> Det kan vara intressant att notera att sökmaskiners ansvar för upphovsrättsintrång har behandlats i en tingsrättsdom i Trondheim, given 17.3.2006. I fallet var det fråga om ett metasökreddskap som möjliggjorde för bostadsköpare att söka saluförda bostäder enligt vissa kriterier. Metasökreddskapet, som upprätthölls av en mäklarfirma, använde sig av andra mäklarfirmors öppna databaser. I fallet konstaterades att upphovsrättsintrång inte förelåg, eftersom länkning inte innebär mångfaldigande och inte heller utgör ett sådant tillgängliggörande som avses i upphovsrättslagen. Automatisk manipulering av koddokument som föranleddes av tekniska skäl ansågs inte heller utgöra ett förbudet tillgängliggörande eller utdrag ur databas. I domstolen poängterades bland annat söktjänsternas viktiga uppgift på Internet. Däremot förelåg brott mot marknadsföringslagen och varumärkeslagen. Domen har delvis återgetts i Lov & Data nr. 86, juni 2006, s. 4-10.

<sup>730</sup> Om olika sätt att optimera och även förhindra cachning genom kommandon i html-kodning, se Caching Tutorial, Version 1.7 — May 9, 2006.

<sup>731</sup> Det är ett helt medvetet val att här inte betrakta inomkontraktuella och utomkontraktuella situationer skilt för sig. Möjligheterna att påföra DRM-system suddar nämligen i praktiken ut skillnaden mellan inomkontraktuella och utomkontraktuella situationer. Elkin-Koren, A Public-Regarding Approach (2001).

melse till skydd för upphovsmännen och de utövande konstnärerna antingen genom ett presumptionsstadgande om att lojalitetsplikten vanligen innebär att verket skyddas genom elektroniska rättighetshanteringssystem eller en regelrätt lagstadgad plikt för dem som ansvarar för kommersialiseringen av innehåll att påföra DRM-system. I brist på ett dylikt stadgande är upphovsmännens och de övriga rättsinnehavarnas rättsliga ställning beroende av att deras intressen gällande påförande av DRM-system skyddas på avtalsrättslig väg.

En omfördelning av risken, dvs. en förskjutning av risken mot innehållsproducenter och kommersiella massnyttjare genom att låta dem stå för den skada som förorsakas genom att de underlåtit att vidta åtgärder för att skydda sina intressen, är inte helt oproblematiskt. Såsom redan ovan påtalats, kan en dylik riskförskjutning inte ske fullt ut utan att förorsaka konflikter med principen om förbud mot formaliteter för erhållande av upphovsrättsligt skydd. Dessutom är det svårt att skilja mellan sådana situationer där frånvaron av DRM-system kan gälla som ansvarsfritagande grund och sådana där detta inte är fallet.

Å andra sidan skulle en omfördelning av risken kunna leda till att innehåll nyttjas effektivare. En riskförskjutning av denna typ skulle innebära en uppluckring av den för användarna ofördelaktiga ansvarsfördelningen inom upphovsrätten och därmed lindra den avskräckande effekt denna ansvarsfördelning presumtivet har på speciellt icke-kommersiell användning. I praktiken skulle en koppling mellan rätten till ersättning och vidtagandet av åtgärder för att skydda sina intressen genom påförande av DRM-system innebära att rättsinnehavarna i förväg skulle komma att definiera villkoren för användning av innehåll och de marknader för innehåll som han avser agera på<sup>732</sup>. Detta skulle kunna bidra till att minska den effektivitetsförlust som det upphovsrättsliga institutet i sin nuvarande utformning skapar i.o.m. att man undviker att innehåll *undernyttjas*.

Upphovsrätten skiljer sig till vissa centrala delar från klassiska ekonomiska teorier gällande äganderättens grunder. Inom klassisk ekonomisk teori argumenterar man för äganderättsinstitutionen utgående från en typsituation där gemensamma tillgångar i form av byns betesmark används för utfordring av djur (privat nytta). Då man utgår ifrån att var och en försöker maximera sin egen nytta, leder detta till att ingen beaktar behovet av att gräset växer upp på nytt. I slutändan har jorden utarmats och kan inte längre ge näring till djuren. Resultatet är en välfärdsförlust för samhället. Ifall man istället delar upp betesmarken och bildar en privat äganderätt, har ägaren alla incitament för att hålla betesmarken i gott skick så den kan nära de egna djuren. Äganderätten möjliggör dessutom transaktioner som optimerar användningen av arealen. Resultatet är en välfärdsvinst för samhället.<sup>733</sup>

Innehåll eller information är en icke-rivaliserande tillgång, dvs. en individs konsumtion av varan utesluter inte andra individers konsumtion av densamma. Oberoende av hur mycket information används, finns det lika mycket kvar för andra. Upphovsrätten gör varan exkluderbar, dvs. hindrar andra från att använda den. Detta gäller dock endast till vissa delar, eftersom upphovsrätten endast är avsedd att förhindra sådan konkurrerande ekonomisk verksamhet som minskar incitamenten att skapa nytt<sup>734</sup>.

I ju högre grad nyttjande av innehåll förknippas med en risk för upphovsrättslig kränkning (vilket automatiskt innebär en skyldighet att åtminstone betala en rimlig kompensation till rättsinnehavaren)

<sup>732</sup> Det nuvarande upphovsrättsliga systemet baserar sig ju på efterhandskrav.

<sup>733</sup> Posner, *Economic Analysis of Law* (1992), s. 33. Se även s. 38, där Posner konstaterar att det ur ekonomisk synvinkel inte är någon skillnad mellan äganderätt till fast egendom, lösöre eller immateriell egendom.

<sup>734</sup> Rättsekonomiska analyser av upphovsrätt hänför sig vanligen till de ekonomiska rättigheter som tillhör upphovsrätten. Upphovsrätten är dessutom avsedd att förhindra att vissa personlighetsrättsliga värderingar kränks. Dessa ges vanligen mindre om något utrymme i rättsekonomiska betraktelser av upphovsrätten.

även i situationer där intrång inte förutsätter att användningen sker för ekonomisk vinning, desto större skäl är det att befara att upphovsrätten utgör ett hinder för användning som skulle vara nyttigt för samhället. Rädslan för att göra sig skyldig till upphovsrättsintrång i kombination med liten eller obefintlig ekonomisk nytta av användning av upphovsrättsliga verk, kan leda till att innehållsresurser utnyttjas i lägre grad än vad som skulle vara samhälleligt optimalt.

Det finns inget som hindrar att rättsinnehavare uppmuntras att licensera verk genom att påföra verket DRM-system som dels är tekniskt utformat på ett sådant sätt som tillåter det slag av användning som rättsinnehavaren vill bevilja och dels innehåller licensvillkoren för användningen. Dylig positiv licensering har blivit känd och används rätt allmänt i samband med licensering av datorprogram inom ramen för så kallade *open source*-licenser<sup>735</sup>. Gällande andra typer av verk har det uppkommit en snarlik licenseringsparadigm kallad *Creative Commons*. Dessa typer av positiv förhandslicensering kan eventuellt bidra till att minska risken för underutnyttjande<sup>736</sup>.

Man bör dock minnas att open source- och creative commons-rörelserna närmast utgör en reaktion mot en upphovsrättsregim som har börjat te sig alltför betungande. Med beaktande av problemen i samband med dessa licenstyper är det inte troligt att upphovsrättens balans på ett tillfredsställande sätt kan säkerställas genom dessa avtalstyper<sup>737</sup>. Fenomenet påvisar både behovet av nya mekanismer för att återställa upphovsrättens balans och ger ett exempel på en sådan mekanism. Det är dock inte troligt att problemet med underutnyttjande av informationsresurser kan lösas på avtalsmässig väg, utan det torde behövas även lagstiftningsmässiga lösningar.

### 4.3. Tredje persons ansvar på basen av nyckelposition

Frågan om riskfördelning och DRM-systems inverkan på denna berör inte endast frågan om balansen mellan användares och rättsinnehavares ansvar för upphovsrättsintrång och fördelningen av kostnaderna för att undvika risker för upphovsrättsintrång. En minst lika viktig aspekt är frågan om tredje persons ansvar på basen av sin möjlighet att övervaka kommunikationsmiljön.

Tredje personer i nyckelposition utgörs av sådana aktörer som på basen av sin verksamhet

<sup>735</sup> Open source-licenser innebar ursprungligen att förvärvaren av datorprogram även fick tillgång till källkoden, vilken ju inte utan vidare är tillgänglig i samband med förvärv av ett datorprogram. En hel open source-rörelse har sedermera uppkommit. Man kunde nästan kalla den ett slags anti-Microsoft-rörelse. Idén bakom rörelsen är att alla borde ha rätt att vara med och utveckla bättre datorprogram oberoende av upphovsrätt. Rörelsen baserar sig också på ett omfattande utvecklingsarbete baserat på samarbete mellan programmerare, ett samarbete som bl.a. har gett sig uttryck i Linux, som är ett alternativt operativsystem. För att säkerställa att den kod som utvecklas också förblir fri och i huvudsak icke-kommersiell, utarbetade man en licens som är avsedd att förhindra att koden "privatiseras". Om open source som produktionsmodell, se Raymond, *The Cathedral and the Bazaar* (1999), där han också analyserar varför open source-projekt som Linux varit så framgångsrika, samt Välimäki, *The Rise of Open Source* (2005).

<sup>736</sup> Förhandslicenseringens effektivitet påverkas dock negativt av rättslig osäkerhet gällande tolkning och giltighet av avtalsvillkor. Om olika typer av open source-licenser och tolkningsproblem i samband med dem, se Kennedy, *A Primer on Open Source* (2001), s. 345-377, Webbink, *Open Source Software* (2002) samt Välimäki, *The Rise of Open Source* (2005), s 113-163. I motsats till open source-licenserna har man inom ramen för Creative Commons-rörelsen försökt anpassa licensen till olika jurisdiktioner. Detta löser dock inte alla problem som gäller villkorens giltighet och säkerställande av rättigheterna enligt CC-licensen. Problemen i samband med CC-licenser har analyserats i Memorandum on Creative Commons Licenses av ALAI (2006).

<sup>737</sup> Elkin-Koren, *What Contracts Cannot Do* (2005) och Dusollier, *The Master's Tools* (2006).

har en central position i kommunikationsmiljön. Det kan vara fråga om allt från internetoperatörer till elektronikproducenter eller programleverantörer.

Frågan om dessa aktörers ansvar för att övervaka innehållsförmedlingen och stävja upphovsrättsintrång eller andra brott har kommit att utgöra föremål för mycket debatt, och reglerna för ansvarsfördelningen söker fortfarande sin form. Å ena sidan innehar de vanligen en unik position som möjliggör övervakning vid viktiga ”knutpunkter” i informationsmiljön. Å andra sidan skulle ett omfattande övervakningsansvar dels vara ekonomiskt mycket betydande för dessa parter och dels i förlängningen innebära uppkomsten av ett kontrollsamhälle, ett slags privatiserat orwellianskt ”big brother”-samhälle, vilket knappast är önskvärt.

#### 4.3.1. Tredje personers ansvar enligt EG-rätt och amerikansk rätt

Ett viktigt steg för harmonisering av tjänsteleverantörers ansvar togs genom stadgandena i direktivet om elektronisk handel (2000/31/EG)<sup>738</sup>. Direktivet innehåller ett avsnitt om tjänstelevererande mellanhanders ansvar och närmare bestämt bestämmelser som gäller *begränsning av ansvar för tjänster som gäller enbart vidarebefordran (mere conduit)* (artikel 12), *cachning* (artikel 13) och *värdtjänster* (artikel 14). Dessutom ingår i direktivet ett *allmänt förbud mot att ålägga tjänsteleverantörerna en allmän skyldighet att, i samband med dessa tjänster, övervaka den information de överför eller lagrar samt att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet* (artikel 15).

Den ansvarsfriskrivning, eller närmare bestämt kontrollfriskrivning<sup>739</sup>, som direktivets stadganden innebär, har motiverats med att verksamheten är av rent teknisk, automatisk och passiv natur, vilket innebär att tjänsteleverantören varken har kännedom om eller kontroll över vidarebefordrad eller lagrad information<sup>740</sup>. Dessa stadganden i kombination med upphovsrättsdirektivets stadganden, vilka begränsar tredje personers skyldigheter att iakttå tekniska åtgärder<sup>741</sup>, utgör utgångspunkten vid bedömningen av tredje persons ansvar för säkerställande av upphovsrättsliga intressen.

Det är inte möjligt att inom ramen för denna avhandling göra en omfattande och genomgripande genomgång av de mycket intressanta frågor som gäller ansvarsfördelning för illegal verksamhet på Internet i allmänhet och övervakning av illegal information i synnerhet. Istället analyseras stadgandena här utgående från den mer specifika frågeställningen om ansvar för övervakningen av upphovsrättsliga intressen med hjälp av DRM-system<sup>742</sup>.

Av stadgandena i direktivet om elektronisk handel är det speciellt artikel 13 om cachning som innehåller betydande skyldigheter för tjänsteleverantören att beakta elektroniska rättighetsförvaltningssystem. Enligt artikel 13 kan den som utför cachningstjänster fritas från

<sup>738</sup> Direktivet har i Finland genomförts genom lagen om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster 5.6.2002/458.

<sup>739</sup> Denna kontrollfriskrivning är dock inte fullständig. I ingresspunkt 45 i direktivet om elektronisk handel sägs nämligen att ”De begränsningar av tjänstelevererande mellanhanders ansvar som fastställs i detta direktiv påverkar inte möjligheten av olika förelägganden. Sådana förelägganden kan särskilt bestå av avgöranden från domstolar eller administrativa myndigheter som kräver att alla överträdelse skall upphöra eller förhindras, inbegripet att olaglig information avlägsnas eller görs oåtkomlig.”

<sup>740</sup> Ingresspunkt 42 i direktivet om elektronisk handel.

<sup>741</sup> Jag hänvisar här speciellt till ingresspunkt 48 i upphovsrättsdirektivet, enligt vilket skyddet av tekniska åtgärder inte innebär någon skyldighet att utforma anordningar, produkter, komponenter eller tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder. Se även ovan i kap IV.3.2.3 om de allmänna begränsningarna av skyddet av tekniska åtgärder.

<sup>742</sup> Tjänsteleverantörers ansvar för upphovsrättsintrång enligt finsk rätt har i detalj behandlats i Sorvari, Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta (2005), särskilt s. 498 ff.

rättsligt ansvar endast på vissa villkor, dvs. förutsatt att

- a) tjänsteleverantören inte ändrar informationen,
- b) tjänsteleverantören uppfyller villkoren för tillgång till informationen,
- c) tjänsteleverantören följer regler för uppdatering av informationen, vilka fastställts på ett sätt som är allmänt vedertaget och använt inom branschen,
- d) tjänsteleverantören inte ingriper i den lagliga användningen av den teknik som är allmänt vedertagen och som används inom branschen för att få fram data om hur informationen används, och
- e) tjänsteleverantören handlar utan dröjsmål för att avlägsna den information han har lagrat eller gör den oåtkomlig så snart han fått kännedom om att den information som ursprungligen överfördes har avlägsnats från nätet eller gjorts oåtkomlig, eller att en domstol eller administrativ myndighet har bestämt att den skall avlägsnas eller göras oåtkomlig.

Det är speciellt punkt b och punkt d som är intressanta med beaktande av tjänsteleverantörens skyldighet att anpassa tjänsten till DRM-system eller att undvika åtgärder eller tekniska lösningar som kan motverka ett DRM-system.

Punkt d i artikel 13 innehåller en skyldighet för tjänsteleverantören att tillåta övervakning av hur information används. Som exempel har angetts att tjänsteleverantören inte får ingripa i användningen av sådana statistiska räknare, med hjälp av vilka antalet besök på en hemsida följs. Detta stadgande torde dock även gälla bl.a. system avsedda att övervaka användning av upphovsrättsliga verk.

Som exempel på ”villkor” som tjänsteleverantören enligt punkt b skall beakta har angetts att information avsedd endast för bestämda mottagare inte av tjänsteleverantören får ställas till andras förfogande<sup>743</sup>. Det är oklart till vilken del dessa ”villkor” även kan bestå av både avtalsvillkor, tekniska åtgärder och metainformation knuten till innehållet. Inget i artikelns utformning hänvisar till att leverantören bör ha godkänt dessa villkor eller ens vara medveten om dessa villkor. Dessutom har man på intet sätt beaktat möjligheten att ett villkor anses oskäligt<sup>744</sup>, och vilken inverkan detta i så fall skulle ha på tjänsteleverantörens ansvar.

Det torde stå klart att man inte avser att binda tjänsteleverantören till avtalsvillkor som denne inte godkänt. Ordet villkor har i direktivet använts i en mer teknisk betydelse. Däremot torde ett DRM-system i sig kunna anses utgöra ett dylikt villkor. På basen av stadgandet får alltså tjänsteleverantören inte vidta åtgärder som tillintetgör användningen av DRM-system. Om cachningstjänsten inte är anpassad till DRM-systemet<sup>745</sup>, dvs. på grund av sin utformning kommer att göra DRM-systemet obrukbart i förhållande till den information som lagrats i cachningstjänsten, verkar det därför vara möjligt att tjänsteleverantörens ansvarsfriskrivning inte gäller. Tjänsteleverantörens ansvar bör i dessa situationer basera sig på en allmän ansvarsbedömning<sup>746</sup>.

<sup>743</sup> RP 194/2001, motiveringar till § 14.

<sup>744</sup> Ett exempel på oskäligt villkor kan vara att DRM-systemet inte till fullo uppfyller kraven om skydd av persondata enligt persondatadirektivet 95/46/EG.

<sup>745</sup> Punkt b och d i artikel 13 verkar kunna tvinga tjänsteleverantören att tillåta till exempel någon form av ”spyware” (spionatorprogram) som fungerar inom ramen för tjänsteleverantörens cachningstjänst och som utan att användaren är medveten om det vidareförmedlar information till innehållsproducenten om användning av innehåll.

<sup>746</sup> Om ansvarsbedömning för upphovsrättsbrott eller –förfäelse, se Sorvari, Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta (2005).



Potentiellt ger artikel 13 i direktivet om elektronisk handel rättsinnehavaren en viktig institutionellt skyddad position på basen av vilken man kan ställa långt gående krav på leverantörer av cachningstjänster gällande övervakning av användning av innehåll. Åtminstone kan man inte på basen av artikel 13 utesluta att den som tillhandahåller cachningstjänster har en ”assisteringsplikt” för kontroll av användning av innehåll. Det här är ganska problematiskt dels med tanke på möjligheterna att DRM-system (och högst troligt då sådana DRM-system som inte härstammar från EU-området) inte uppfyller kraven i EG:s persondatadirektiv (95/46/EG) och dels med beaktande av tjänsteleverantörens ansvar för medverkan till åtgärder som strider mot detta direktiv. Dessutom kan det uppstå potentiella konflikter med den allmänna principen om att en tjänst inte behöver tillmötesgå upphovsrättsinnehavarnas intressen samt även den allmänna skyldigheten och rättigheten att vidta datasäkerhetsåtgärder (som i sin tur kan föranleda att ett DRM-system sätts ur bruk eller negativt påverkas). Dessa aspekter verkar inte ha beaktats vid regleringen av tjänsteleverantörers ansvar.

Upphovsrättsdirektivet ger vid handen att man inte kan ställa krav på att man bör utforma anordningar, produkter, komponenter eller tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder. Man bör dock beakta att detta stadgande inte gäller information gällande rättighetsförvaltning. I direktivet behandlas denna fråga inte, utan saken förblir öppen. *Det verkar därför i princip vara möjligt att (på nationell nivå) införa bestämmelser som ålägger tjänsteleverantörer och elektronikproducenter en skyldighet att iakttä standarder som berör information gällande rättighetsförvaltning, vilket i sin tur utgör ett centralt element i anordningar och system för övervakning av användning av upphovsrättsliga verk.*

I amerikansk rätt skiljer man på tjänsteleverantörers ansvar och andra tredje parters ansvar för att DRM-system beaktas. Bägge typerna av ansvar regleras i Digital Millennium Copyright Act, som är indelad i flera titlar, av vilka den första kallas ”WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act of 1998” och den andra, där reglerna om tjänsteleverantörers ansvar finns, ”Online Copyright Liability Act”<sup>747</sup>. Dessutom finns det stadganden i Audio Home Recording Act som också gäller beaktandet av standarder som gäller DRM.

Stadgandena i Online Copyright Liability Act verkar ha utgjort en förebild för de europeiska stadgandena om tjänsteleverantörers ansvar. I enlighet med den rättsliga traditionen är dock stadgandena i den amerikanska lagen mycket detaljerade, medan de gemenskapsrättsliga reglerna är mer allmänt hållna. I den amerikanska lagen finns stadganden som på vissa villkor undantar följande verksamheter från rättsligt ansvar för upphovsrättsintrång; vidarebefordran av meddelanden, cachning, värdtjänster (hosting) samt söktjänster (*information location tools*).

I motsats till situationen inom EG-rätten har man alltså explicit reglerat även söktjänster. Avsikten med stadgandena om söktjänster är att undanta automatiska söktjänster från rättsligt ansvar från länkning till eventuellt olagligt material. Gällande sådan cachning som utgör en del i sökmaskinens funktion tillämpas reglerna om cachning. I motsats till situationen inom EG-rätten finns dock endast *en* standard för det rättsliga ansvaret för cachning.

EG-rättens lösning med vissa generella ansvarsbestämmelser i artikel 13 i direktivet om elektronisk handel samt specifika bestämmelser som gäller inskränkning till förmån för cachningsverksamhet i artikel 5.1 i upphovsrättsdirektivet kan delvis komma att innebära en dubbel standard, speciellt med avseende på mellanhänders potentiella skyldighet att beakta DRM-

<sup>747</sup> Public Law 105-304 – Oct. 28, 1998, § 512.

system. Med beaktande av direktivens tillämpningsområde torde ansvarsbestämmelserna i direktivet om elektronisk handel gälla situationer där någon annan än tjänsteleverantören gör intrång i en upphovsrätt och tjänsteleverantörens ansvar därmed skulle bestå i ett sekundärt ansvar (kontrollansvar) för upphovsrättsintrång, medan upphovsrättsdirektivets stadganden gäller tjänsteleverantörens ansvar för direkt intrång genom mångfaldigande. Såsom ovan i kapitel IV.4.2 konstaterats gäller inskränkningen endast mångfaldigande och inte olika former av tillgängliggörande för allmänheten.

Man bör också komma ihåg att direktivet om elektronisk handel är ett minimidirektiv, det vill säga medlemsländerna är skyldiga att införa ansvarsinskränkande bestämmelser i enlighet med direktivet, men det finns inga hinder för att på nationell nivå stadga om ytterligare inskränkningar i det rättsliga ansvaret för innehåll i enlighet med de principer som framkommer av direktivet<sup>748</sup>. Det finns heller inget förbud mot att påföra tredje parter i nyckelposition ansvar för genomförande av kontrollåtgärder i andra fall än dem som regleras i direktivet om elektronisk handel.

I USA finns vissa lagstadgade skyldigheter att beakta standarder som gäller DRM. Enligt Audio Home Recording Act<sup>749</sup> § 1002 måste digitala inspelningsapparater och lagringsmedel anpassa sig till SCMS (Serial Copy Management System) och andra av Secretary of Commerce certifierade kopieringsskydd. Dessutom förbjuds tillhandahållande av medel för kringgående av sådana kopieringsskydd.

Enligt DMCA § 1201 (k) förbjuds tillverkning, import, marknadsföring och överlåtelse av vissa i stadgandet uppräknade analoga apparater (i praktiken vissa videobanspelare och videokameror) som saknar stöd för automatisk åtkomst- och kopieringskontrollteknologi (*automatic gain control and copy control technology*). I DMCA § 1202 beaktar man uppkomsten av vissa informationsförvaltningsstandarder användbara vid överföring av innehåll. De undantag från förbudet mot kringgående av information gällande rättighetsförvaltning som framgår av lagen innebär att amerikansk rätt förutser ett långt gående ansvar för att beakta information gällande rättighetsförvaltning. Undantag från ansvar för kringgående av information gällande rättighetsförvaltning gäller nämligen endast ifall det vid analoga sändningar inte finns teknisk eller ekonomisk möjlighet att undvika att information försvinner, ändras etc. och endast ifall detta inte sker avsiktligt. Vid digitala sändningar är man inte ansvarig för att information gällande rättighetsförvaltning ändras eller försvinner då det finns en allmän standard, ifall verket inte tillämpat denna standard och avsikten inte är att kränka upphovsrätt<sup>750</sup>.

FCC (Federal Communications Commission) har ålagt tillverkare av mottagare för digitala tv-sändningar skyldighet att inkorporera en teknisk åtgärd (sk. *broadcast flag*), som är avsedd att förhindra vidareöverföring av digitalt sända tv-program<sup>751</sup>. Ett domslut har dock förkastat FCC:s befogethet att införa en dylik regel i brist på explicit stöd i lag<sup>752</sup>.

Inom EG-rätten har man i direktivet om samhällsomfattande tjänster utgått ifrån att ”det är viktigt att televisionsapparater är utrustade med kontaktdon som kan överföra alla nödvän-

<sup>748</sup> Enligt Köhler & Burmeister, *Copyright Liability on the Internet* (1999) ser situationen olika ut i olika europeiska länder. Italiensk och fransk rätt verkar inte erbjuda tjänsteleverantörer av söktjänster något skydd mot talan om upphovsrättsintrång, medan dessa i vissa fall undantas ansvar för upphovsrättsintrång enligt tysk rätt.

<sup>749</sup> 17 U.S.C. §1001-10 (1992).

<sup>750</sup> DMCA § 1202 (e).

<sup>751</sup> In re Digital Broadcast Content Protection, Report and order and further notice of proposed rulemaking, November 4, 2003.

<sup>752</sup> American Library Association, et al., v. , 406 F.3d 689, C.A.D.C 2005.

diga delar av den digitala signalen, inbegripet ljud- och videoströmmar, *informationom villkorad tillgång*, tjänster, gränssnitt för tillämpningsprogram (API) och *kopieringsskydd*<sup>753</sup>.

#### 4.3.2. Napster-fallets betydelse med tanke på mellanhänders ansvar

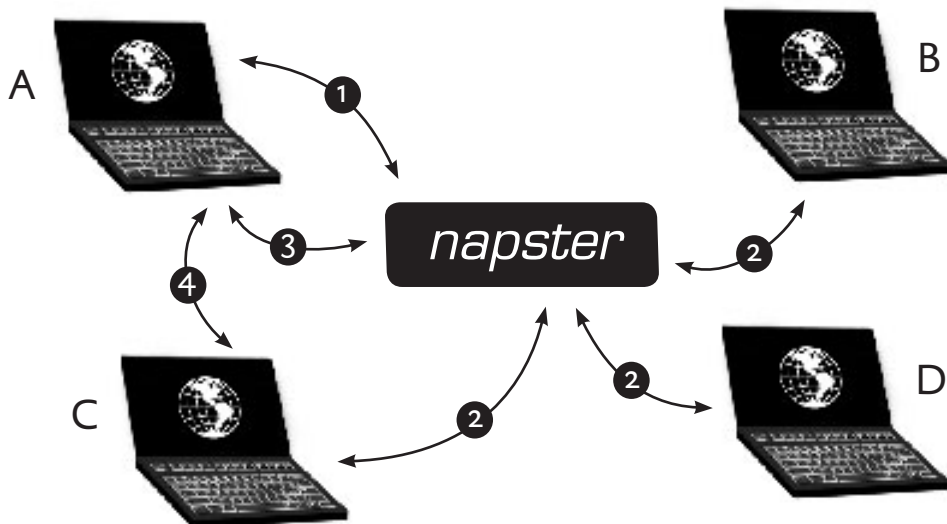
Det så kallade *Napster-fallet* i USA ledde till en omfattande debatt om mellanhänders ansvar. Napster-fallet är mycket intressant såtillvida att det utgör en bra bas för att dryfta ansvarsfördelningen mellan användare, mellanhänder och rättsinnehavare. I Napster-fallet behandlades inte tjänsteleverantörens ansvar för upphovsrättsintrång i sig, utan det var fråga om interimistiska åtgärder, vars avsikt var att balansera Napsters intresse av att kunna fortsätta upprätthålla tjänsten med den olägenhet som potentiellt förorsakades rättsinnehavarna (representerade av RIAA) av det potentiella intrånget i upphovsrätten.

Napster tillhandahöll tjänster som möjliggjorde fildelning<sup>754</sup> av musikfiler i mp3-format. Denna tjänst möjliggjordes dels genom en applikation (datorprogram) som tillät användaren söka efter musikfiler på vissa sökord, ladda ner dessa filer samt spela dem. Napsters filsökningsfunktion var inte helt decentraliserad i det att Napster hade kontroll över den centralenhet som möjliggjorde distribution av information över tillgängligheten av musikfiler. Själva musikfilen överfördes inte via denna centralenhet, utan direkt från en användare till en annan.

---

<sup>753</sup> Ingresspunkt 33 i direktivet om elektronisk handel 2002/22/EG. Kursivering av VS. Direktivet förutser införandet av standarder genom en marknadsstyrd mekanism.

<sup>754</sup> Det är alltså fråga om en decentraliserad distribution av filer från en användare direkt till en annan användare utan att filen däremellan skulle lagras på Napsters server.



1. A använder programmets sökfunktion för att tillställa förfrågan om viss fil finns tillgänglig, t.ex. filer vars namn heter "I Love You". Förfrågan går till Napsters centralenhet som
2. automatiskt skickar ut förfrågningen till alla datorer on-line och som har Napsters fildelningsprogram nedladdat om huruvida filer med denna titel finns tillgänglig på en dator som hör till nätverket.
3. Information om vilka datorer som har filen vidarebefordras till A. I detta fall visar det sig att filer med denna titel finns tillgänglig på C och B.
4. A väljer ur sökresultatet den fil han vill ladda ner. Genom att klicka på länken i sökresultatet kopplas A till C:s dator, varifrån han laddar ner filen.

Bild 5: Schematisk bild över funktionsprinciperna i Napsters fildelningsprogram

Eftersom Napster hade kontroll över centralenheten, förutom vilken systemet inte fungerade, samt dessutom delvis över själva applikationen på användarens dator, ansågs Napster ha både möjlighet och skyldighet att förhindra upphovsrättsintrång som gjordes med hjälp av systemet. Domstolen ansåg att Napster visste eller åtminstone borde ha vetat om att systemet användes för illegal spridning av upphovsrättsligt skyddat material. Napster ansågs också i praktiken ha en möjlighet att övervaka användningen av tjänsten.<sup>755</sup>

I praktiken kom denna övervakningsskyldighet att leda till att Napster måste välja mellan att sluta sin verksamhet eller utveckla något slag av tekniskt kontrollsystem. Napster valde det senare alternativet. Upphovsrättsorganisationen ålades att förse Napster med behövlig information för att kunna genomföra övervakning genom filtrering av den information som överfördes via centralenheten. Det första filtret som användes baserade sig på filtrering genom textsökning. Textfiltret hindrade användare från att hitta filer med de namn som fanns i filtret. Sökte man en låt av Madonna, kunde man alltså inte hitta den. Användarna kom snabbt på hur man skulle kringgå detta filter; man gav musikfilerna ett annat namn. Lämnade man t.ex. bort vokalerna kunde inte textfiltret hitta filen. Filtret sållade också bort sådana filer som spreds helt lagligt.

Upphovsrättsorganisationerna klagade på att filtret inte var tillräckligt effektivt, och Naps-

<sup>755</sup> A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 2001.

ter var tvungen att införa ett tekniskt mer avancerat akustiskt filter, som baserar sig på jämförelse av ljudsignaler. Med hjälp av filtret kunde man t.o.m. förhindra spridning av bootlegs, dvs. amatörupptagningar av live-konserter, som inte utgör exakta kopior av de inspelade musikstyckena. Det akustiska filtret krävde dock tillgång till en omfattande databas med musikfiler, vilken upphovsrättsorganisationen RIAA ålades att tillhandahålla.

Filtreringssystemet kom att bli en dyr affär för såväl Napster som RIAA, och man stred om vem som skulle stå för kostnaderna. RIAA ville ha kompensation av Napster för de kostnader som föranleddes av upprätthållandet av musikdatabasen, eftersom man ansåg att Napster bar ansvaret för upphovsrättsintrången och därmed också borde stå för kostnaderna för att ändra systemet så att upphovsrättsintrång inte längre möjliggjordes. Napster ansåg igen att RIAA borde stå för kostnaderna eftersom kontrollen låg i deras intresse och de erhöll hela nyttan av filtreringssystemet. Eftersom man inte hade någon egen nytta av filtreringssystemen borde man alltså kompensera Napster för de extra kostnader filtreringssystemen medförde.

Napster gick sedermera i konkurs. Trots att rättegången endast gäller interimistiska åtgärder och det huvudsakliga ärendet på grund av Napsters konkurs inte kom att behandlas av en domstol, innehåller besluten om interimistiska åtgärder intressanta argument på basen av vilka Napsters ansvar kan diskuteras.

Napster-fallet ådagalägger en hel rad intressanta frågor. Den mest uppenbara frågan gäller huruvida DMCA:s ansvarsfriskrivningsklausul och e-handelsdirektivets (2000/31/EG) motsvarande stadganden är tillämpliga på fallet. Fallet ger anledning att fundera på principerna för hur långt kontrollansvaret sträcker sig med beaktande av tjänsteleverantörens faktiska och effektiva kontrollmöjligheter, speciellt med tanke på andra intressenter och i synnerhet upphovsrättsorganisationernas möjligheter att tillvarata upphovsrättsinnehavarnas intressen.

Napster vidhöll att ansvarsfriskrivningsklausulerna i DMCA § 512(a) och (d) skulle vara tillämpliga på Napsters verksamhet. § 512(a) gäller vidarebefodran (Transitory Digital Network Communication) och motsvarar artikel 12 i direktivet om elektronisk handel. § 512(d) i DMCA gäller sökmaskiner (Information Location Tools), och har ingen direkt motsvarighet i direktivet om elektronisk handel. Domstolen konstaterade att frågan om huruvida ansvarsfriskrivningsklausulerna är tillämpliga på verksamheten var problematisk och att detta är en sak som domstolen bör avgöra vid den egentliga rättegången. I detta fall behövde domstolen dock inte avgöra huruvida verksamheten kunde anses omfattas av ansvarsfriskrivningsklausulen, eftersom ansvarsfriskrivningsklausulen enligt DMCA § 512(i) endast tillämpas ifall tjänsteleverantören uppgjort principer för hantering av rättskränkningar och missbruk, meddelat konsumenterna om principerna samt vidtagit åtgärder för att tillämpa dem. Detta hade inte Napster gjort innan verksamheten påbörjades.

Stadgandet i DMCA § 512(i) är inte avsett att förhindra att man undgår rättsligt ansvar genom att formellt utforma en tjänst så att ansvarsfriskrivningsklausulen är tillämpbar. Stadgandet är tvärtom avsett att åstadkomma etiskt ansvarsfullt beteende.

Direktivet om elektronisk handel innehåller en liknande norm i punkt 44 i ingressen<sup>756</sup>. Enligt stadgandet kan man inte undgå rättsligt ansvar ifall man samarbetar med en mottagare

<sup>756</sup> Stadgandet lyder på följande sätt: En tjänsteleverantör som avsiktligt samarbetar med någon av mottagarna av hans tjänst för att begå olagliga handlingar går utöver den verksamhet som består i enbart vidarebefodran eller cachning och får därför inte utnyttja de undantag från ansvar som har fastställts för denna verksamhet.

av tjänsten för att begå olagliga handlingar. Direktivet om elektronisk handel innehåller dock inga stadganden som skulle förutsätta att medlemsländerna ålägger tjänsteleverantörerna att formulera uppförandekodexar eller etiska handlingsprinciper.

### 4.3.3. Rättsutvecklingen i USA efter Napster

*Grokster*-fallet anses allmänt vara det viktigaste domslutet efter *Napster*-fallet<sup>757</sup>. *Grokster*-fallets betydelse ökar genom att fallet gick ända upp till högsta domstolen. I *Grokster*-fallet har fildelningstjänsters ansvarsfördelning analyserats närmare. Saken gäller förutom *Grokster* även en annan tjänst: *StreamCast*. Eftersom de specifika omständigheterna under vilka dessa tjänster fungerar skiljer sig från varandra utgör de ett utomordentligt föremål för viktiga linjedragningar för hur ansvaret bestäms.

I distriktsdomstolens beslut<sup>758</sup>, som fastställdes av appellationsdomstolen<sup>759</sup>, konstateras att det är klart att fildelningsapplikationer kan användas för lagliga ändamål, t.ex. för att sprida verk med upphovsrättsinnehavarens tillåtelse eller verk för vilken den upphovsrättsliga tidsfristen gått ut eller som annars hör till den ”allmänna sfären” (*public domain*). Domstolen förtydligar att ansvar för medhjälp (*contributory infringement*) uppkommer endast ifall man har specifik vetskap om intrånget i ett skede då man kan förhindra intrånget och ifall man väljer att inte vidta åtgärder för att förhindra intrånget. Domstolen konstaterar att *den avgörande frågan är om Grokster och StreamCast aktivt gör något annat för att möjliggöra intrång än sprider sitt eget datorprogram och om de kunde göra någonting för att stoppa upphovsrättsintrång utförda av användarna*.

*Grokster* är i högre grad en distribuerad tjänst än *Napster*. I detta fall baserar sig den underliggande tekniken på ett flertal s.k. supernoder, som möjliggör samma slag av meta-informationstjänster som *Napsters* centraliserade fildelningsnätverk. Där som det i *Napster* alltså fanns endast en supernod, som *Napster* hade kontroll över, finns det flera supernoder i den teknologi (*FastTrack* distributionsteknologi) som *Grokster* baserar sig på. *Grokster* har inte tillgång till källkoden för det datorprogram (*Kazaa Media Desktop*) man sprider och har inte heller (längre) kontroll över någon rotsupernod<sup>760</sup>. *Grokster* kan alltså inte själv utöva kontroll över eller modifiera varken datorprogrammet eller nätverket.

*StreamCasts* *Morpheus*-produkt skiljer sig på några viktiga punkter från *Groksters*. För det första innehar *StreamCast* upphovsrätten till datorprogrammet *Morpheus* och har därför också kontroll över dess källkod. *StreamCast* har därför möjlighet att modifiera datorprogrammets funktion. För det andra använder sig *Morpheus* av *Gnutella* fildelningsplattform, som är en open-source produkt och över vilken varken *StreamCast* eller någon annan har kontroll. *Gnutella* är ännu mera decentraliserat än *FastTrack*. Användarna kopplar upp sig på *Gnutellas* nätverk genom att kontakta en annan användare som redan är uppkopplad. Detta sker automatiskt genom att användarens dator (med hjälp av det installerade programmet, som kan vara vilket som helst *Gnutella*-baserat program, t.ex. *LimeWire*, *BearShare*,

<sup>757</sup> *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F.Supp.2d 1029, 2003, (distriktsdomstolens beslut). *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd.*, 419 F.3d 1005, 2005, (apellationsdomstolens beslut). *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 545 U.S. 913, 2005. (USA:s högsta domstols beslut).

<sup>758</sup> *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F.Supp.2d 1029, 2003.

<sup>759</sup> *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd.*, 419 F.3d 1005, 2005.

<sup>760</sup> Det bör här för klarhetens skull poängteras att *FastTrack* baserar sig på en teknologi där en nod automatiskt kan aktiveras och bli en supernod beroende på det aktuella behovet i nätverket. Datorprogrammet har dock en lista över ”rotsupernoder” genom vilka en nod (en användares dator) styrs till en aktiv supernod.



Morpheus eller något annat) kontakter en av många tillgängliga listor över dem som är uppkopplade på nätverket. StreamCast har inte själv kontroll över någon sådan lista eller någon relation med någon som upprätthåller eller kontrollerar en sådan lista. StreamCast har alltså kontroll över sitt datorprogram men inte över distributionsnätverket.

Domstolen fäste sig vid att Grokster och StreamCast såtillvida skiljde sig från Napster att ingendera hade full kontroll över fildelningsnätverket: Ifall Grokster och StreamCast skulle upphöra att fungera skulle detta inte inverka på fildelningsystemet. Samma gällde inte Napster, vars fildelningsystem slutade fungera så snart Napster stängde sina servrar. Napster kunde klart konstateras erbjuda rum och möjlighet (*site and facilities*) för upphovsrättsintrång. Detsamma gäller inte Grokster och StreamCast.

Domstolen konstaterade att svaranden inte hade någon möjlighet att i praktiken förhindra specifika upphovsrättsintrång, liksom de inte heller kunde göra någonting för att förhindra spridning av datorvirus. Endast det att svaranden kunde kommunicera med sina användare innebar enligt domstolen inte att de kan anses delaktiga i användares olagliga förfarande. Domstolen ansåg att Groksters och StreamCasts verksamhet är att jämföra med kopieringsmaskiner eller videobandspelare och att svarandena lika litet kunde påverka hur användarna väljer att nyttja deras produkter.

Domstolen konstaterade vidare att Grokster och StreamCast har mycket begränsade möjligheter att övervaka nyttjandet av deras produkter. Eftersom Napster genom det centraliserade filindexeringssystemet och det obligatoriska registreringssystemet ansågs ha kontroll över fildelningsystemet, kunde Napster åläggas ansvar för övervakning av vad som skedde i nätverket. Svaranden hade inte i detta fall samma möjligheter, eftersom det inte är fråga om någon integrerad service som i Napster och svaranden inte hade någon kontroll över nätverket (vilket i Groksters fall är FastTrack som en annan privat entitet har kontroll över och i StreamCasts fall är Gnutella, som ingen enskild part har kontroll över). Svaranden tappade också kontrollen över datorprogrammet efter att det nedladdats av användarna.

Käranden ansåg att det fanns goda möjligheter att integrera filtreringssystem i datorprogrammen, t.ex. genom textfiltrering eller med hjälp av metainformationsfiltrering eller identifiering av digitala vattenstämplar. Domstolen ansåg att svaranden inte enligt gällande rätt har en skyldighet att modifiera produkterna för att omöjliggöra olaglig användning, då de inte har någon kontroll över användaren av produkten.

Högsta domstolen i USA ansåg dock i sitt domslut av den 27 juni 2005 att den som distribuerar en applikation *i avsikt att främja upphovsrättsintrång* bär ansvaret för tredje parts intrång i upphovsrätt<sup>761</sup>. Eftersom det varit så tydligt att Groksters avsikt varit att främja upphovsrättsintrång hade det ingen betydelse att tjänsten var uppbyggd på ett sådant sätt att det var svårt för Grokster att kontrollera användning av tjänsten. Avgörande var att domstolen kunnat fastslå att tjänsten marknadsförts som ett medel för att göra intrång i upphovsrätt.

Högsta domstolen använde sig vid värderingen av den patenträttsliga ”*staple article of commerce*”-doktrinen, enligt vilken man skall anses göra sig skyldig till patentintrång ifall en artikel endast kan användas i en kombination som gör intrång på patentet och det inte finns något legitimt allmänt intresse för dess olicenserade tillgänglighet. Enligt doktrinen räcker det inte att man inser att produkten även kan användas på ett sätt som kan komma att göra intrång i

<sup>761</sup> Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913, 2005.

annans rättighet, utan det bör av omständigheterna tydligt framgå att *avsikten* varit att främja patentintrång.

#### 4.3.4. Slutsatser gällande mellanhänders skyldighet att tillse upphovsrättsinnehavares intressen

I ljuset av Napster- och Grokster-fallen kan man dra vissa slutsatser om mellanhänders ansvar för upphovsrättsintrång och deras kontrollansvar.

För det första har tjänstens *syfte* stor betydelse. Ifall en tjänsteleverantörs primära syfte är att erbjuda medel för upphovsrättsintrång, fritas inte tjänsteleverantören från ansvar för medhjälp till upphovsrättsintrång enbart på grund av det faktum att tjänsten är uppbyggd på ett sådant sätt att tjänsteleverantören inte på ett effektivt sätt kan utöva kontroll över användning<sup>762</sup>.

För det andra kan man konstatera att frågan om de *verkliga möjligheterna att effektivt övervaka användning av innehåll* på ett nätverk är en kärnfråga. Då det gäller Grokster har man ingen möjlighet att modifiera varken datorprogrammet eller distributionsteknologin, eftersom man inte har tillgång till källkoder och nätverket även i övrigt till sin natur är sådant att Grokster inte har någon möjlighet att kontrollera informationsflödena i nätverket. Vad gäller StreamCast kunde man tänka sig att StreamCasts upphovsrätt till datorprogrammet och kontroll över källkoden skulle möjliggöra förändringar som skulle beakta upphovsrättsinnehavarnas intressen.

Amerikansk rätt, liksom även EG-rätten, innehåller en princip om att man inte är tvungen att designa produkter så att de stöder tekniska åtgärder<sup>763</sup>. DMCA innehåller dessutom ett klart stadgande om att DMCA:s stadganden (skyddet av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning) inte inverkar på lärorna om medhjälp (*contributory infringement*) eller kontrollansvar (*vicarious liability*)<sup>764</sup>. Av dessa stadganden kan man dra slutsatsen att tjänste- och varuproducenternas ansvar bör stå i relation till deras kontrollmöjligheter och verksamhetens ”farlighet” eller inverkan på andra parter viktiga intressen och centrala rättigheter. Ifall tjänste- och varuproducenterna skulle vara skyldiga att i alla lägen tillse upphovsrättsinnehavarnas intressen skulle detta kunna innebära så stora kostnader att deras möjlighet att bedriva verksamhet skulle kunna omintetgöras. Dessa kostnader ökar i takt med ökningen av antalet rättighetshanteringsystem som dessa tjänster och varor borde vara kompatibla med eller innehålla.

Gällande rättstillståndet i finsk rätt kan konstateras att Sorvari förhållit sig förbehållsamt till möjligheten att en mellanhand skulle kunna ställas inför straffrättsligt ansvar för medhjälp till upphovsrättsbrott på basen av att man inte vidtagit åtgärder för att förhindra brott. Orsaken till Sorvaris inställning är att det inte finns något explicit stadgande som skulle påföra mellanhänderna en sådan ansvarsposition. Dessutom har den straffrättsliga ansvarsdoktrinen gällande på undlåtenhet baserat ansvar utvecklats för brott mot liv. Rättsgodas har också en

<sup>762</sup> Denna fråga kommer troligen också att vara högst relevant i rättegången mot Pirate Bay, som i Sverige anklagas för upphovsrättsintrång. Pirate Bay är en indexeringservice som erbjuder länkar till fildelningsapplikationer och nedladdningsbara filer. I sin helhet kan Pirate Bay klassificeras som en portal för fildelning. Själva filerna lagras inte på Pirate Bays servrar. Det torde dock stå utom allt tvivel att Pirate Bay kan anses ha uppmannat till och förhållit sig positivt till upphovsrättsintrång.

<sup>763</sup> DMCA 1201 § (c)(3) samt punkt 48 i ingressen till upphovsrättsdirektivet.

<sup>764</sup> DMCA 1201 § (c)(2).

inverkan på om ansvarsdoktrinen är tillämplig. Därför är det mindre troligt att ansvar för skydd av annans immaterialrätt skulle jämföras med ansvar för skydd av annans liv. Ingen etablerad doktrin verkar vara tillämplig på förmedlingstjänster, varför det är ytterst tveksamt om förmedlingstjänsten kan ställas till svars, även om en sådan möjlighet inte kan uteslutas. I vilket fall som helst krävs då att den personens handlande som innehar en ansvarsställning kan jämföras med aktivt handlande. Dessutom måste personen ha förmåga och möjlighet att uppfylla sin handlingsskyldighet. Även om Sorvari inte utesluter att en förmedlingstjänst kan hållas ansvarig anser hon att en långt gående analogi strider mot den straffrättsliga legalitetsprincipen.<sup>765</sup>

Såsom Grokster-fallet visar, finns det en risk att tjänster och varor utformas på ett sätt som är ägnat att minimera riskerna för rättsligt ansvar för användarnas illegala handlingar. Samtidigt är det högst problematiskt att påföra rättsligt ansvar för tjänster och varor vars användning inte kan kontrolleras, ifall dessa tjänster och varor även har lagliga användningsändamål. Varor och tjänster avsedda för distribution av filer kan onekligen användas även för helt legitima ändamål, varför det är problematiskt att kringskära möjligheterna att tillhandahålla fildelningstjänster och -varor<sup>766</sup> på marknaden.

Mellanhändernas ansvar bör också ses i relation till användarnas ansvar för upphovsrättsintrång. I princip är utgångspunkten den att användarna ansvarar för rättighetsintrång till den del de sprider illegalt material över Internet. Verken kommer ju inte från intet, utan det är ju alltid någon användare som först tillgängliggör verket över nätverket. Vem detta är kan vara svårt att bevisa<sup>767</sup>, men är det trots detta tjänsteleverantörens fel att tjänsten används för olagliga ändamål?

Det ter sig naturligt att se fildelningsnätverks användare, som ofta består av ungdomar och studerande, som en svagare part som bör förhindras från att göra upphovsrättsintrång. Med tanke på hur vissa fildelningstjänster är uppbyggda är det helt klart att upphovsrättsintrång kan göras omedvetet, av okunskap (om vad som är tillåtet eller hur fildelningssystemet fungerar eller om innehållets laglighet) eller slarv<sup>768</sup>. Slutanvändarna har heller vanligen inget ekonomiskt intresse av att sprida upphovsrättsliga verk. Däremot erhåller mellanhänderna vanligen något slag av ekonomisk nytta av att erbjuda fildelningstjänster eller produkter relaterade till dessa<sup>769</sup>, varför det kan te sig normalt att det i första hand är fildelningstjänsten som skall bära ansvaret för eventuella upphovsrättsintrång som följer av att fildelningstjänsten används på avsett sätt<sup>770</sup>.

Man kan alltså säga att det finns en gråzon, där ansvaret för fildelnings- och kommunikationstjänster och -varor är oklart och där det också är oklart hur ansvaret mellan användare, mel-

<sup>765</sup> Sorvari, *Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta* (2005), s. 305-313.

<sup>766</sup> Man kan även tala om kommunikations- eller infrastruktur tjänster och -varor.

<sup>767</sup> Det har dock, såsom tidigare nämnts, utvecklats tjänster med hjälp av vilken man kan uppbära bevisning i dylika fall.

<sup>768</sup> Enligt standardinställningen i den traditionella Napster-applikationen är man alltid uppkopplad och man kan alltid "dela med sig" av de musikfiler som finns i mappen. Dessa egenskaper kan kopplas bort genom att ändra inställningarna (varvid användaren fram till lagändringen som trädde i kraft den 1.1.2006 enligt finsk lag inte gjorde sig skyldig till upphovsrättsintrång). Datorprogrammet är dock konstruerat på ett sådant sätt att dylika inställningar ifrågasätts varje gång man öppnar programmet. Klickar man i misstag i fel box, så ändras inställningarna tillbaka till standardinställningen. Detta påvisar att applikationens design kan göra det svårt för en användare att handla lagenligt även i de fall hon önskar göra det.

<sup>769</sup> De fildelningsnätverk som finns baserar sin ekonomiska nytta på att man besöker deras hemsidor eller dylikt, och består alltså av reklaminkomster som inte i sig förutsätter att upphovsrättsliga verk sprids illegalt.

<sup>770</sup> Enligt Jones ansåg 50 % av tillfrågade i en undersökning att tjänsteleverantören bör bära ansvar för upphovsrättsintrång på grund av fildelning, medan 18 % ansåg att individen hade ett ansvar för intrång och 12 % att bägge bar ansvaret för intrång. Jones, *Entertaining Code* (2005).

lanhänder och upphovsrättsinnehavare *borde* fördelas<sup>771</sup>.

Debatten om ansvar och ansvarsfördelning för upphovsrättsintrång har i hög grad fokuserat på användarnas och förmedlingstjänsternas ansvar. Det verkar inte finnas så många som frågat sig vilket ansvar *rättsinnehavaren* borde ha *de lege ferenda* att beivra rättighetsintrång<sup>772</sup>. Denna fråga har inte varit aktuell förut, i och med att rättsinnehavarna sällan haft möjligheter att i förväg beivra intrång. *Man kan dock inte fortsätta att nonchalera denna fråga då DRM-system i allt högre grad ökar rättsinnehavarnas egen förmåga att beivra intrång*<sup>773</sup>.

Det är allt annat än klart att mellanhänder *de lege lata* eller *de lege ferenda* borde bära ett omfattande ansvar för att upphovsrättsintrång inte kan utföras med hjälp av deras tjänster eller produkter, speciellt som ett dylikt ansvar skulle innebära att mellanhänderna även skulle bära kostnaderna för övervakningen av att intrång i upphovsrätten inte sker. En viktig fråga kommer alltså att utgöras av ansvars- och kostnadsfördelningen mellan upphovsrättsinnehavare och mellanhänder. Frågan är alltså om kostnaderna borde bäras av mellanhänderna, som inte själva tillgängliggör upphovsrättsligt innehåll, eller av upphovsrättsinnehavaren, som har både ideella och ekonomiska intressen av att kontrollera användning av innehåll. Då man bedömer vad som anses utgöra den relevanta kontrollsfären, inom vilken man har ett visst ansvar, borde man alltså även beakta kostnaderna för att skapa och upprätthålla en dylik kontrollsfär. Det bör finnas en viss balans mellan dessa kostnader och de sociala kostnader och skador<sup>774</sup> som bristen på dylik kontroll förorsakar samt (den privata och samhälleliga) nyttan av ökad kontroll.

Det är inte helt klart att rättsinnehavarna lider någon märkbar ekonomisk skada av fildelning. Enligt forskningsresultat är det de som laddar ner mest över fildelningsnätverk som också köper mest musik<sup>775</sup>. Fildelning kan i så fall närmast jämföras med reklam. Dessutom bör man beakta att inte alla fildelare hur som helst skulle ha köpt musiken ifall de varit tvungna att välja mellan att betala eller låta bli att ladda ner. Å andra sidan kan fildelningens substituteffekt inte helt åsidosättas. Andra möjligheter att gratis konsumera musik (till exempel genom radio och television) torde dock inverka på fildelningens substitut-effekt. Dessutom bör man beakta att rättsinnehavarna idag får ersättning för lagringsmedel, vilket åtminstone delvis kompenserar rättsinnehavarens förluster. Det är alltså inte klart att en ökad kontroll av fildelning substantiellt skulle öka rättsinnehavarnas inkomster.

Även om fildelningsnätverk på det principiella planet kan anses utgöra ett hot mot rättsinnehavarnas intressen bör man nog förhålla sig skeptiskt till huruvida detta i praktiken är fallet med åtminstone de (olagliga) fildelningsnätverk som används idag. Tjänsteleverantörerna ger i dessa fall vanligen inga garantier för tjänsten eller dess innehåll. Trots att fildelningstekniken utvecklas är den långt ifrån bra. För det första är det osäkert om innehållet i filen man laddar ner motsvarar det man avsett. Det finns heller ingen kundservice och ingen att kontakta och ställa krav på ifall man är missnöjd med filen eller med hur applikationen fungerar. Det finns inga garantier över att filindexeringen stämmer överens med innehållet i filen. Det finns lika litet garantier över att filen innehåller hela musikstycket eller att filen/innehållet har

<sup>771</sup> Det är mer än troligt att denna gräzon kan komma att utgöra föremål för ivrig rättspolitisk debatt. Mellanhänderna har vanligen bättre riskbärningsförmåga och ekonomi än individuella konsumenter, som är de som egentligen utför den handling som medför rättighetsintrång, dvs. som laddar ner eller sprider upphovsrättsliga verk illegalt. Det är också enklare att specificera och hitta mellanhänderna än individuella konsumenter.

<sup>772</sup> I den undersökning citerad i Jones, *Entertaining Code* (2005) framkommer det inte att det ens skulle ha förekommit som alternativ att rättsinnehavaren borde ha ett ansvar att beivra intrång.

<sup>773</sup> Det finns till exempel lösningar som gör filer obrukbara ifall det inte går att verifiera att användaren har rätt att använda filen. Chang, *Does Lessig's Criticism* (2005). Se närmare om de tekniska lösningarna ovan i kapitel III.

<sup>774</sup> Det är inte heller enbart fråga om ekonomiska spörsmål, utan man måste även kunna väga in vilken betydelse en eventuell brist på kontrollansvar har ur moraliskt-etiskt perspektiv.

<sup>775</sup> Blomqvist et al., *Trends in downloading and filesharing of music* (2005).

en viss kvalitet. Dessutom är risken rätt stor för att filen skall kunna innehålla virus. En ytterligare risk som avskräcker användare är att många fildelningsapplikationer innehåller så kallade ”spyware”, som kan förmedla all möjlig information, såsom vilka hemsidor man öppnar och om innehållet i datorn eller till och med själva filerna på datorn<sup>776</sup>. Applikationen kan också vara svår att få bort från maskinen. Det är väl känt att BearShare innehåller dylikt spyware och dessutom är mycket svår att avinstallera, eftersom programmet är innäslat i datorns operativsystem. Dessa faktorer gör att det är troligt att lagliga tjänster skulle vara mycket konkurrenskraftiga.

En ökad kontroll som kombinerar garantier för innehållet och tjänsten kan därmed stå i både rättsinnehavarnas och användarnas intressen.

Det finns alltså å ena sidan risk för att man försöker skapa tjänster och produkter så att man undgår rättsligt ansvar. Å andra sidan finns det risk för att ansvaret utsträcks alltför långt, så att tjänsteleverantörerna anses bära ett långt gående ansvar för att stävja eventuella upphovsrättsintrång. Den digitala miljön möjliggör vanligen att bygga in kontrollfunktioner, varför det i vanliga fall är möjligt att på relativt automatisk väg stävja upphovsrättsintrång.

Då det i allt högre grad är möjligt för antingen rättsinnehavare eller mellanhänder att stävja upphovsrättsintrång uppkommer frågan om önskvärdheten av ökad kontroll på det allmänna planet. Detta är både en kostnadsfråga och en principiell fråga om huruvida det är en sådan värld vi vill leva i<sup>777</sup>.

## 5. KONKLUSION OM HUR REGLERINGEN AV DRM-SYSTEM BEAKTAR OLIKA AKTÖRERS INTRESSEN

I kapitel IV.1.2 definierades olika aktörer och deras potentiella intressen och frågor som gäller det rättsliga skyddet av DRM-system. Gällande reglering av elektroniska rättighetshanteringssystem har i kapitlet analyserats utgående från denna indelning. Avsikten har varit att visa till vilken del olika intressenters intressen i lagstiftningen beaktats. Analysen har också utsträckt till den riskfördelning som den aktuella regleringen ådagalägger, eftersom detta markant påverkar aktörernas rättsliga position.

Den aktuella lagstiftningen verkar primärt utgå ifrån upphovsmannens och övriga innehållsproducenters intressen. Rättsinnehavaren har följaktligen full frihet att disponera över digitala objekt med hjälp av DRM. Denna frihet stöds av ett allmänt förbud mot kringgående av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning. Endast ifall ett verk distribuerats med rättsinnehavarens tillstånd på ett fysiskt medium och utanför ett licenseringsförhållande kan denna frihet begränsas på basen av ett nationellt stadgande om en upphovsrättslig inskränkning i enlighet med vad som tillåts i upphovsrättsdirektivet. Rättsligt skydd erbjuds även för DRM-system som skyddar icke-upphovsrättsligt skyddade verk eller delar av sådana verk samt även gällande förfoganden som inte baserar sig på upphovsrätt.

Upphovsrättsdirektivet förutser vissa grunder för allmänna begränsningar av det rätts-

<sup>776</sup> Se Kotilainen, Käyttäjien tiedostoja ripotellaan nettiin, Tietokone 14.6.2006.

<sup>777</sup> Man bör dock minnas att det finns många grader av kontroll och olika sätt att genomföra kontroll.

liga skyddet av DRM-system till förmån för kryptografisk forskning (ingresspunkt 48), reverse engineering och dekompileering av datorprogram (ingresspunkt 50), allmän ordning och allmän säkerhet (ingresspunkt 51), kompatibilitet och interoperabilitet mellan datasystem (ingresspunkt 54) och persondataskyddet (ingresspunkt 57). Därutöver stadgas att den elektroniska utrustningens normala funktion eller den tekniska utvecklingen av denna inte får hindras (ingresspunkt 48), det skall inte finnas någon skyldighet att utforma varor eller tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder (ingresspunkt 48) och proportionalitetsprincipen bör beaktas så att skyddet inte medför förbud mot sådana anordningar eller verksamheter som har något annat kommersiellt betydelsefullt syfte eller användningsområde än att kringgå tekniskt skydd (ingresspunkt 48)

Lagstiftningen ställer vissa kvalitetskrav angående DRM, eftersom den kräver att en teknisk åtgärd bör vara *effektiv*, det vill säga den tekniska åtgärden bör uppfylla *skyddsändamålet*. Ingen princip för prövning av detta har dock fastslagits i upphovsrättsdirektivet. Frånvaron av en specificering av hur man bör bedöma vad en effektiv teknisk åtgärd är ger vid handen att bedömning bör ske utifrån en *in casu* helhetsbedömning där inga aspekter utesluts.

En närmare analys ger dock vid handen att vissa generella riktlinjer kan ges. Ett minimi-krav enligt upphovsrättsdirektivet verkar vara att åtminstone en del av det objekt som skyddas av tekniska åtgärder skall vara ett i upphovsrätten skyddat verk eller alster. Däremot verkar direktivet inte förutsätta att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder exakt skall följa konturerna i det upphovsrättsliga skyddet. Utgångspunkten är alltså att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder ges en vid tolkning.

En åtgärd som av misstag kan kringgå eller som är mycket primitiv kan inte anses vara effektiv. Ett kringgående som beror på att en teknisk åtgärd är oförenlig med exempelvis en kommunikationsstandard kan knappas heller anses utgöra ett förbjudet kringgående av en teknisk åtgärd. Även sådana faktorer som den nyttjade teknikens kvalitet i förhållande till vid varje tidpunkt tillgänglig teknik (*state of the art*) kan tillmätas betydelse. Likaså kan man ifrågasätta om effektivitetskravet uppfylls ifall det gått en lång tid sedan en teknisk åtgärds svaghet blivit allmänt känd och man fortgår att nyttja samma teknik för att skydda verket.

Lagstiftningen förutsätter inte att rättsinnehavaren skall vidta några åtgärder för att skydda sina upphovsrättsliga intressen. Gällande rätten till ersättning för privatkopiering har man i upphovsrättsdirektivet utgått ifrån att det skall finnas ett samband mellan användning av tekniska åtgärder och rätten till ersättning för privatkopiering. EU-kommissionen har planer på att utge riktlinjer i frågan.

Gällande ansvarsfördelningen avseende kontrollen av nyttjande kan man konstatera att det vanligen inte finns någon explicit skyldighet att vidta åtgärder för att å rättsinnehavarens vägnar skydda dennes intressen med hjälp av tekniska åtgärder. Ett exempel på en lagstadgad skyldighet att vidta tekniska skyddsåtgärder är stadgandena i den finska FiURL 16 a – 16 c §§ om en skyldighet för museer, bibliotek och arkiv att förhindra vidareöverföring och digital kopiering.

En skyldighet för exempelvis en kommersiell (mass)nyttjare att vidta tekniska åtgärder kan basera sig på avtalsrättsliga grunder och framförallt den avtalsrättsliga lojalitetsplikten. Dessa har heller ingen lagstadgad rättighet att utkräva kompensation för skyddskostnaderna av rättsinnehavarna, utan detta är en sak som bör avgöras inom kontraktsförhållandet. Direktivet ställer i sig inga särskilda kvalitetskrav på åtgärder som påförs av kommersiella



(mass)nyttjare. Däremot klargör man åtminstone i finsk rätt att skyldigheten att tillse tillämpligheten av upphovsrättens inskränkningar även gäller dem som å rättsinnehavarens vägnar tillhandahåller verket i skyddad form (FiURL 50 c §).

Gällande slutanvändares intressen kan man först konstatera att EU-rätten inget säger om användarens rättighet att kringgå en teknisk åtgärd, utan detta är en sak som avgörs i den nationella regleringen. Medlemsländerna kan erbjuda denna möjlighet gällande teknologiska åtgärder ifall rättsinnehavaren inte på frivillig väg erbjuder en möjlighet att tillgodogöra sig en upphovsrättsinskränkning enligt artikel 6.4 i upphovsrättsdirektivet. I Finland finns en explicit rättighet att kringgå tekniska åtgärder för att kunna se eller höra ett lagligen förvärvat verksexemplar. Enligt förslaget i kommittébetänkande 2003:14 till ny lag om friexemplar, skulle det finnas en rätt att kringgå en teknisk skyddsåtgärd för i lagen avsedd arkivering<sup>778</sup>.

Enligt artikel 6.4 i upphovsrättsdirektivet bör medlemsländerna vidta åtgärder för att garantera att tekniska åtgärder inte inverkar på möjligheterna att nyttja ett verk i enlighet med vissa inskränkningar. Dessa inskränkningar berör inte endast slutanvändning utan även till viss del potentiellt annan icke-kommersiell eller till och med kommersiell användning. Förutom de i artikel 6.4 nämnda inskränkningarna får medlemsländerna vidta åtgärder för att garantera möjligheten till privatkopiering.

Det är oklart om de åtgärder som på nationell nivå förutsetts för genomförande av direktivets bestämmelser på ett adekvat sätt tillser användarnas intressen. Dessutom bör man beakta att det inte finns någon skyldighet för rättsinnehavaren att beakta upphovsrättens inskränkningar då ett verk erbjuds i enlighet med artikel 6.4 stycke 4 i direktivet (det vill säga då det gjorts tillgängligt 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). Det enda rättsskydd användaren i dessa fall har är att ett villkor anses ogiltigt på grund av oskälighet eller någon annan orsak. Detta bedöms enligt nationell rätt.

Frågan om villkoren för att bli bunden av ett licensavtal bedöms utgående från allmän avtalsrätt, konsumentskydds rätt samt eventuella specialstadganden i upphovsrättslagstiftningen. I dagens läge finns endast några få indispositiva stadganden i upphovsrättslagen till användarens förmån, och dessa gäller endast datorprogram och databaser<sup>779</sup>.

Aktörer i nyckelposition har ingen grundläggande skyldighet att påföra elektroniska rättighetshanteringsystem. I vissa situationer kan dock ett rättsligt medverkansansvar uppkomma om inga åtgärder vidtagits för att förhindra upphovsrättskränkningar. Detta gäller ifall det finns en verklig möjlighet att effektivt övervaka upphovsrättsligt relevant användning av innehåll. Dessutom verkar direktivet om elektronisk handel (2000/31/EG) kräva att vissa tjänsteleverantörer utformar sina system på ett sådant sätt att allmänt accepterade DRM-standarder beaktas<sup>780</sup>.

Tredje parter ansvarar också för att produkter och verksamheter som har något annat kommersiellt betydelsefullt syfte eller användningsområde än att kringgå tekniskt skydd inte anses utgöra en produkt eller verksamhet som förbjuds på basen av direktivet.

Sammanfattningsvis kan man konstatera att man vid lagstiftningen vinnlagt sig om att i första hand skydda rättsinnehavarens intressen, medan förhållandet till andra (motstridiga)

<sup>778</sup>Kommittébetänkande 2003:14, s. 68-69.

<sup>779</sup>Dessa indispositiva stadganden gäller en rättighet att framställa säkerhetskopior samt *reverse engineering* och dekompilering av datorprogram.

<sup>780</sup>Detta gäller särskilt cachningstjänster, se artikel 13 i direktivet om elektronisk handel samt ovan kapitel IV.4.3.

intressen getts en sekundär betydelse. Detta torde vara ett resultat av en snäv uppfattning av elektroniska rättighetshanteringssystem och dess rättsliga dimensioner.

I slutskedet av lagstiftningsprocessen på EG-nivå uppmärksammades den potentiella konflikten och uppenbara obalansen mellan skyddet av rättsinnehavarens intressen i förhållande till de intressen som underliggjer de upphovsrättsliga inskränkningarna. Som en följd av detta infördes en skyldighet för medlemsländerna att tillse vissa upphovsrättsliga inskränkningar. Det är oklart om en begränsad implementering av denna skyldighet, så att det gäller endast de inskränkningar (och i den omfattning) som godkänts i nationell rätt, är förenligt med direktivet. Det får också den följden att skyddet av användarnas intressen varierar mellan olika länder, liksom även det rättsliga skyddet av DRM-system.

I samma skede infördes i upphovsrättsdirektivet också en begränsning av medlemsländernas skyldighet att garantera vissa inskränkningar genom den så kallade e-handelsklausulen i artikel 6.4 stycke 4. I enlighet med detta skall garantin för vissa inskränkningar i upphovsrätten inte gälla då ett verk är tillgängligt så att "enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer" och användningen styrs av licensvillkor. Detta stadgande innebär att upphovsrättens kontraktsrättsliga förhållanden lyfts fram. Framförallt uppkommer frågan om i vilka fall ett dylikt avtal kan anses ha uppkommit och i vilka fall ett avtalsvillkor kan anses oskäligt. Detta är dock en fråga som vid den nationella implementeringen av upphovsrättsdirektivet inte fått någon uppmärksamhet.

Enligt upphovsrättsdirektivet får även andra intressen än de som garanteras i direktivets artikel 6.4 stycke 1 beaktas. Detta gäller exempelvis behovet att tillåta ett undantag från ansvar för kringgående av teknisk åtgärd för att utföra kryptografisk forskning, beaktandet av allmän säkerhet, interoperabilitet mm. Denna möjlighet har i varierande grad använts av medlemsländerna. Till exempel i Norden har man gått in för att explicit garantera möjligheterna att utföra kryptografisk forskning, medan interoperabilitetshänsyn och allmän säkerhet fått en bakgrundsroll.

Enligt direktivet skall tillämpningen av DRM-system beaktas vid påförande av avgiftssystem för privatkopiering. Vilken inverkan DRM-system skall ha på beräkningsgrunderna har lämnats öppet. Direktivet har inte närmare reglerat frågan, och ett klagörande av kommissionen väntas under år 2007. Kommissionens avsikt torde ha varit att individuell licensering skall favoriseras framom olika kollektiva arrangemang och då framförallt upphovsrättsliga avgiftssystem (en. *levy*). Det vore olyckligt om direktivet genomförs på ett sådant sätt som möjliggör för rättsinnehavaren att erhålla dubbel (eller flerdubbel) ersättning för användning eller som erbjuder rättsinnehavare ersättning för användning som de upplåtit gratis.

På ett mer allmänt plan kan man konstatera att frågan om beaktandet av DRM-system i ersättningsfrågor kan avgöras genom tre principer som inte är sinsemellan uteslutande. För det första bör dubbla avgifter undvikas. Detta innebär till exempel att avgift för lagringsmedel inte skall utgå ifall man på basen av en individuell licens redan betalat för användningen. För det andra kan DRM-system tänkas ingå som en post vid beräkning av skadeersättning. En sådan tolkning har stöd i bland annat direktivet om säkerställande av immaterialrätt (2004/48/EG), enligt vilket medlemsländerna skall se till att rimliga och proportionella kostnader för förfarandet och andra kostnader som har åsamkats den vinnande parten ersätts av den förlorande parten. Till sådana kostnader räknas också kostnader för identifiering och utredning, som kan vara centrala funktioner i vissa typer av DRM-system. För det tredje kan påförande av

DRM-system tänkas ha inverkan på de allmänna förutsättningarna för ersättning. En sådan tolkning utgår från att det bör finnas en balans mellan rättsinnehavarens rättighet till ersättning och användarens försiktighetsplikt. I denna tappning internaliseras alltså överväganden som har att göra med upphovsrättens balans i den rättsliga värderingen av ersättningsplikt enligt upphovsrättslagen. Det vore att föredra att DRM-systems inverkan på ersättning skulle användas som incitament för att åstadkomma sådana rättighetshanteringsystem som kan sägas ligga i både användares och rättsinnehavares intresse och som därmed på ett adekvat sätt beaktar upphovsrättens målsättningar och balans.

Avgiftssystemet för lagringsmedel borde vara uppbyggt på ett sådant sätt att det inte kan utnyttjas av rättsinnehavarna i strategiskt eller vinstmaximerande syfte. I ju högre grad det finns möjligheter för rättsinnehavarna att skydda sina intressen genom DRM-system, desto mindre skäl finns det att över huvud taget upprätthålla sådana avgiftssystem. Om man så vill kan man till och med se dylika alternativa ersättningssystem som ett intrång i upphovsmannens självbestämmanderätt: Även om han vill skänka sitt verk och möjligheten att framställa exemplar av det alldeles gratis till allmänheten, är allmänheten tvungen att betala för exemplarframställningen, eftersom exemplarframställning förutsätter tillgång till lagringsmedel, för vilka allmänheten varit tvungen att betala en upphovsrättsavgift.

Upphovsrättsdirektivet säger inget om DRM-systems potentiella inverkan på riskfördelningen mellan användare och rättsinnehavare. Frånvaron av DRM-system påverkar inte det grundläggande upphovsrättsliga skyddet eller rättsinnehavarnas tillgång till rättsskyddsmedel. Upphovsrättens traditionella riskfördelning har inneburit att det är användaren som bär risken för att verksamheten skall göra intrång i upphovsmans rättigheter. Denna riskfördelning kan anses basera sig på tanken att upphovsmannen som den svagare parten skall skyddas mot kommersiella nyttjare (den starkare parten). Ett strikt ansvar är ju vanligt vid kommersiell verksamhet, men ter sig mindre adekvat vid icke-kommersiell verksamhet och i synnerhet då det är frågan om konsumenter eller andra slutanvändare.

Den snedvridning av ansvarsfördelningen som beror på förändringarna i upphovsrättens verksamhetsmiljö kan leda till ett samhälle där all slags hantering av innehåll kräver rättsinnehavarens tillåtelse och till ett därav följande underutnyttjande av innehåll. Detta problem har redan fått uttryck i desperata försök att återställa balansen genom avtalsarrangemang inom ramen för *open source*- och *creative commons*-rörelserna, där man på basen av avtalsrättsliga arrangemang försöker återetablera användarfriheter eller ett så kallat "*public domain*". Problemet ger också anledning att överväga huruvida DRM-system borde ges en större roll för att återetablera en balans inom upphovsrätten.

I förhållande till mellanhänders ansvar framhävs frågan om mellanhänders potentiella skyldighet att skrida till åtgärder för att stävja upphovsrättsintrång. En allmän utgångspunkt, som också befästs i upphovsrättsdirektivet, är att man inte har någon skyldighet att beakta DRM-system och standarder för DRM-system då ny teknik utvecklas. Detta gäller dock inte information gällande rättighetsförvaltning, och det verkar med beaktande av både upphovsrättsdirektivets stadganden och stadgandena om cachningstjänster i direktivet om elektronisk handel möjligt att på nationell nivå påföra cachningstjänster en skyldighet att beakta standarder gällande DRM-system. Man bör också notera att det verkar möjligt att påföra cachningstjänster långt gående ansvar för att beakta DRM-system på basen av villkoren för ansvarsfriskrivning i direktivet om elektronisk handel.

I ljuset av rättsutvecklingen i USA, och särskilt rättsfallen Napster och Grokster som berört fildelning, kan man konstatera att mellanhändernas *syfte* är av stor betydelse vid bedömningen av vad som räknas som upphovsrättsintrång. Tjänsterna går inte fria från ansvar endast på den grund att de inte själv hanterat innehållet eller för att tjänsten är konstruerad på ett sådant sätt att de inte direkt kunnat kontrollera eller påverka användarnas handlingar. Samtidigt har dessa aspekter nog en viss betydelse. Enligt Sorvari skulle förmedlingstjänster kunna anses skyldiga till upphovsrättsintrång endast ifall deras underlåtenhet att agera är att jämföras med aktivt handlande och förutsatt att personen har både förmåga och möjlighet att uppfylla sin handlingsskyldighet<sup>781</sup>.

En fråga som i mindre grad diskuterats är riskfördelningen mellan tjänsteleverantörer och rättsinnehavare för att stävja upphovsrättsintrång och förhindra uppkomsten av skador på immateriella intressen. Denna fråga har både en etisk-moralisk och en ekonomisk aspekt. Den etisk-moraliska frågan gäller den allmänna justificationen av ökad kontroll, medan den ekonomiska aspekten berör frågan om vem som är mer lämplig att bära risken för upphovsrättsintrång, tjänsteleverantörerna eller rättsinnehavarna.

---

<sup>781</sup> Sorvari, Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta (2005), s. 305-313.







# V. Den elektroniska rättighetshandlingens sju rättsliga dimensioner

*All truths are easy to understand once they are discovered; the point is to discover them.*

- Galileo Galilei

## 1. INLEDNING

Jag har ovan gjort en genomgång av den aktuella regleringen av DRM-system. För att få en djupare förståelse för problematiken kring det rättsliga skyddet av elektroniska rättighetshandlingssystem är det dock nödvändigt att bredda perspektivet en aning. Man måste därvid betrakta elektronisk rättighetshandling i förhållande till de olika komponenterna i det upphovsrättsliga paradigmet och jämföra dessa rön med den argumentation som har framförts vid regleringen av DRM-system. Genom att ådagalägga de olika dimensionerna av det rättsliga skyddet av DRM-system kan man skönja den aktuella lagstiftningens blinda fläckar. Det är därför nödvändigt att öppet betrakta och reflektera över olika dimensioner i och regleringen av elektroniska rättighetshandlingssystem.

Jag kommer att påstå att DRM bör betraktas som en företeelse med åtminstone sju olika dimensioner som inte utesluter varandra. För det första utgör det *ett medel för att garantera de till upphovsrätten hörande rättigheternas effektivitet*. Detta är också den dimension som allra tydligast framkommer i den upphovsrättsliga lagstiftningen.

För det andra kan man se DRM-system som *en del av upphovsrättens nya affärsmiljö*. Utformningen av upphovsrätten har alltid varit beroende av även den konkreta affärsmiljön. I mångt och mycket kan man äga att upphovsrättslagstiftningen är en kodifiering av sedvanan inom en viss industri, och att denna sedvana mycket beror på affärsmodellerna inom en viss industrigren. DRM-system erbjuder ur denna synvinkel nya medel för rättsinnehavaren att anpassa sig till den nya verksamhetsmiljön utan att förlora de incitament att tillhandahålla innehåll som upphovsrätten i den analoga miljön erbjudit. DRM erbjuder de behövliga verktygen för att förverkliga elektronisk handel och utveckla affärsmodeller för den nya affärsmiljön.

DRM kan också ses som *en separat ny rättighet vid sidan av upphovsrättens ideella och ekonomiska rättigheter*. När allt kommer omkring är det knappast någon som kan påstå att elektroniska rättighetshandlingssystem exakt motsvarar skyddet av de ideella och ekonomiska rättigheterna.

För det fjärde kan DRM-system ses som *en mekanism för privatreglering*. Elektroniska rättighetshanteringssystem möjliggör ju för privata parter (rättsinnehavarna) att påföra sådana användningsvillkor som de vill utan hinder av upphovsrättslagen.

För det femte kan DRM-system betraktas ur *datasäkerhetsynvinkel*, dvs. som en del av en säker databehandlings- och kommunikationsinfrastruktur och de normer som gäller en säker hantering av innehåll och metadata.

För det sjätte påverkar den europeiska lagstiftningen gällande DRM-system i stor grad marknaderna för tjänster och produkter för elektronisk rättighetsförvaltnings- och skyddssystem. Därför kan man inte heller utesluta den regleringsteoretiska aspekt som gäller *den rättsliga regleringens inverkan på etableringen av marknader för dessa tjänster och produkter*.

Slutligen kan man betrakta DRM *som en komponent i det upphovsrättsliga paradigmet i sin egen rätt*, dvs. dess inverkan på den upphovsrättsliga *dynamiken*. Denna dimension av DRM-system möjliggör att på ett öppet sätt betrakta hur elektronisk rättighetshantering påverkar de underliggande antagandena och premisserna i det upphovsrättsliga paradigmet.

## 2. DRM-SYSTEM SOM MEDEL FÖR ATT GARANTERA DE TILL UPPHOVSRÄTTEN HÖRANDE RÄTTIGHETERNAS EFFEKTIVITET

Lagstiftaren kan långt sägas ha utgått från att DRM-system är nödvändiga för att skydda rättsinnehavarnas upphovsrätt i den digitala omgivningen. Den aktuella lagstiftningen utgår från att de är ett medel för att garantera upphovsrättens *effektivitet*<sup>782</sup>. Det räcker alltså inte med att det finns en principiell rättighet, utan denna rättighet bör också i praktiken vara tillämpbar.

Den EG-rättsliga regleringen av DRM-system verkar basera sig på antagandet att elektroniska rättighetshanteringssystem effektivt skyddar de till upphovsrätten hörande ekonomiska rättigheterna, dvs. rätten att mångfaldiga verk och överföra dem till allmänheten. Det torde dock stå klart att det inte finns något hinder för att se DRM-system som ett effektivt skydd av både de ideella och de ekonomiska rättigheterna. Detta är i sig inget märkligt. Man bör dra sig till minnes att man i åtminstone skandinavisk upphovsrättsdoktrin vanligen anser att de ideella och ekonomiska rättigheterna är djupt interrelaterade; Utan den ena tappar den andra en del av sitt innehåll och sin tyngd.

Det finns dock vissa faror med att överbetona effektivitetsprincipen, eftersom det kan leda till att andra rättigheter inte effektivt kan utnyttjas. *En överbetoning av upphovsrättens effektivitet kan alltså leda till att andra rättigheter eller friheter som direkt eller implicit skyddas av rättsordningen förlo- rar sin praktiska betydelse*. Som exempel kan nämnas de rättigheter som ligger bakom många av

<sup>782</sup> Särskilt i WIPO:s Internetkonventioner är detta så som ovan anförts en klar utgångspunkt. I upphovsrättsdirektivet (2001/29/EG) utgår man ifrån att direktivet erbjuder upphovsrätten ett starkt skydd, vilket man anser är en utgångspunkt för innehållsproduktion och skapandet av arbetsplatser i Europa. Av ingresspunkt 5 framkommer att upphovsrätten bör anpassas och kompletteras för att det på ett adekvat sätt skall motsvara den ekonomiska verkligheten, t.ex. de nya nyttjandeformerna.

upphovsrättens undantag och inskränkningar, som baserar sig på bl.a. rättigheten till utbildning och kultur, yttrande- och religionsfrihet, myndighetsverksamhets öppenhet och rätten till en rättvis rättegång. Denna fara är överhängande då tolkningen av vad som anses höra till det upphovsrättsliga skyddets omfattning och upphovsmannens förfogande- eller ensamrätt överförs till privata parter och t.o.m. rättsinnehavarna själva. De som utvecklar och påför DRM-system har i praktiken stor makt att tolka omfattningen av rättsinnehavarens förfoganderätt, då lagen baserar sig på ett summariskt skydd av DRM-system och de därtill hörande användningsvillkoren.

Elektronisk rättighetsförvaltning innebär också en privatisering av övervakningen av att lagen följs. I motsats till offentligt säkerställande (*public enforcement*) kan man tala om ett slag av privat säkerställande (*private enforcement*), där rättsinnehavarna i allt högre grad själva vidtar åtgärder för att försäkra sig om att villkoren för användning (och upphovsrättslagen) faktiskt följs.

En förskjutning av makten och skyldigheten att övervaka efterlevnaden av upphovsrättslagen verkar logisk och ändamålsenlig för det första därför att det är svårt för den offentliga makten att övervaka efterlevnaden av upphovsrättslagen i en global (internationell) miljö. Det är inte alltid sagt att myndigheterna får den handräckning de skulle behöva av andra staters myndigheter eller att det ens finns de formella förutsättningarna för att skrida till åtgärder mot upphovsrättsintrång som sker helt eller delvis i ett annat land. Värdet av ett specifikt intrång eller dess moraliska förkastlighet eller samhällliga betydelse kan dessutom ofta anses vara för litet för att särskilt omfattande myndighetsåtgärder skulle vara försvarbara.<sup>783</sup>

För det andra erbjuder DRM-system goda möjligheter att på ett effektivt sätt och utan att vara beroende av offentliga myndigheter tillse efterlevnaden av upphovsrätten. Det här naturligtvis förutsatt att (och i den mån som) elektroniska rättighetshanteringssystem kan utformas på ett sätt som förhindrar upphovsrättsintrång eller erbjuder bättre möjligheter för användarna att undvika upphovsrättsintrång. Kostnaderna för att ta reda på rättsinnehavarna och förhandla fram en licens kan ju i många fall bli så höga att det kan löna sig för användaren att ta risken att bli upptäckt och åtalad för upphovsrättsintrång och åläggas betala licensavgift i efterskott. Information gällande rättighetsförvaltning genom vilket rättsinnehavaren lätt kan identifieras och som även i övrigt underlättar licensering minskar transaktionskostnaderna och därmed även incitamenten för att låta bli att lagligen licensera verk.

Att stöda privat säkerställande av att upphovsrättslagen följs (*private enforcement*) kan också sägas ligga i det offentliga intresse, eftersom privata parter har ett naturligt intresse av att tillse att lagen efterföljs. Samtidigt har de en bättre position att följa med marknaden och upptäcka intrång. Ett dylikt arrangemang innebär dessutom minskade kostnader för det offentliga för att säkerställa att upphovsrättslagen följs.

Yeung har konstaterat att privat säkerställande i konkurrensrättsliga ärenden ofta prefereras därför att konkurrenterna har de bästa möjligheterna att upptäcka oegentligheter, har ett naturligt intresse av att ingripa mot illojal konkurrens och dessutom samtidigt kan framlägga sina skadeståndsrättsliga yrkanden. Genom att överlämna övervakningen av att lagstiftningen efterföljs till privata parter kan det offentliga göra inbesparingar i sina utgifter för rättsvården. Yeung kritiserar dock det offentliga iver att överföra ansvaret för övervakning av att lagar

---

<sup>783</sup> Hadfield, *Privatizing Commercial Law* (2000).

efterföljs på privata parter. Problemen med en "privatiserad rättsvård" är att andra kommer att dra nytta av att saken förs till domstol utan att de behöver stå för kostnaderna för att saken drivs (det är alltså fråga om ett fripassagerarproblem). För små skadestånd leder dessutom till att lagens efterlevnad övervakas i mindre grad än vad som vore samhälleligt önskvärt (*under-enforcement problem*) och för stora skadestånd till käromål i vinstsyfte eller för att slå ut en konkurrent (*over-enforcement problem*). Yeung själv konstaterar att privat säkerställande av att lagen efterlevs endast är det nästbästa alternativet efter myndighetsövervakning (*public enforcement*)<sup>784</sup>.

Lagstiftaren verkar långt ha baserat det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder på tanken om att man med hjälp av dem kan garantera de till upphovsrätten hörande rättigheternas effektivitet i den digitala miljön. Typmodellen för en teknisk åtgärd är ju kopieringsskyddet som effektivt förhindrar illegal kopiering av ett verk. Denna typmodell är mycket genomslagskraftig i det att kopieringsskyddet förhindrar intrång i upphovsmannens ensamrätt att framställa exemplar av ett verk.

Vad lagstiftaren inte ursprungligen verkar ha beaktat är att DRM-system inte nödvändigtvis endast utgör en mekanism för att tillse den offentliga upphovsrättslagstiftningens effektivitet i den digitala miljön, utan elektroniska rättighetshanteringssystem kan utnyttjas även för att effektivt tillse sådana intressen som inte skyddas genom lag. DRM-system kan nämligen även utnyttjas för att garantera effektiviteten av sådana användningsvillkor som rättsinnehavaren själv definierar. Denna egenskap hos DRM-system accentueras ytterligare genom att det är möjligt att bygga in självhjälpsmekanismer som bland annat kan blockera tillgång till ett verk som används i strid med ett villkor, blockera tillgång till hela applikationen för nyttjande av ett verk eller som till och med kan förstöra eller ändra information på användarens dators hårddisk eller annat lagringsmedel. Med tanke på det omfattande skyddet av DRM-system uppkommer svåra frågor kring användarens rättighet att på basen av konsumentskydd, upphovsrätt eller annan lagstiftning erhålla rättsligt skydd mot rättsinnehavarens egenhandsrätt.

Det är lätt att protestera mot synsättet att DRM-system skulle utgöra ett medel för att garantera de till upphovsrätten hörande rättigheternas effektivitet. För det första motsvarar de konkreta applikationerna inte till sin natur de abstrakta upphovsrättsliga normerna. De begrepp och termer som används i upphovsrätten har inga exakta motsvarigheter i den materiella världen. Den rättsliga abstraktion som "verket" utgör kan inte jämföras med det digitala objekt som en teknisk åtgärd skyddar. Tekniska applikationer kan därför knappast fånga essensen i upphovsrätten, eftersom upphovsrätten inte i grunden handlar om rätten att förfoga över verksexemplar, utan om rätten att förfoga över det ekonomiska nyttjandet av verket samt skyddet av upphovsmannens idéella rättigheter<sup>785</sup>.

För det andra kan tekniska åtgärder inte skilja mellan olika typer av användning och balansera olika, eventuellt motstridiga intressen. Om DRM-system kan förhindra en viss typ av användning eller ställa användningsvillkor som skiljer sig från upphovsrättens normer omöjliggörs en balansering av motstridiga intressen som utgör en så central del av det upphovsrättsliga rättsinstitutet. Det upphovsrättsliga rättsinstitutet baserar sig ju på att det finns vissa i lagen godkända ursäktande grunder i form av "upphovsrättsliga undantag och be-

<sup>784</sup> Yeung, *Private Enforcement of Competition Law* (1999), s. 37-65. Jfr. Hadfield, *Privatizing Commercial Law* (2000), som med hänvisning till att det inte finns någon orsak för staten att reglera förhållandet mellan privata parter förordar ett tydligare godkännande av privat reglering.

<sup>785</sup> I första hand alltså skyddet av patenterätten och respekträtten.

gränsningar” eller grunder för berättigad användning (*fair use*). De normer i upphovsrättsdirektivet (artikel 6.4 stycke 1 och 2.) som ålägger medlemsstaterna att tillse att tekniska åtgärder inte omöjliggör möjligheterna att dra nytta av vissa av upphovsrättens undantag och begränsningar är ett uppenbart försök att närma det skydd DRM-system erbjuder till den upphovsrättsliga regimen.

Den traditionella upphovsrättsdoktrinen baserar hela sin balanseringsmekanism på ett paradigm där användning inte i förväg kan förhindras eller styras. Upphovsrättsliga krav och bedömningen av huruvida ett upphovsrättsintrång ägt rum sker efter att någon utfört en gärning som potentiellt har upphovsrättslig relevans. Det faktum att många typer av tekniska åtgärder är ägnade att *i förväg* förhindra rättsintrång gör alltså den i upphovsrätten så betydelsefulla intresseavvägningen irrelevant.

Det skydd DRM-system erbjuder kan alltså knappast jämföras med det skydd som upphovsrättslagstiftningen erbjuder trots upphovsrättsdirektivets försök att bringa skyddet av elektronisk rättighetshantering i linje med den upphovsrättsliga regimen. DRM-system som ett medel att trygga upphovsrättens effektivitet i den digitala miljön är dock en aspekt som trots detta inte skall undervärderas, men man bör vara medveten om svårigheterna med att jämföra skydd av ett verk genom DRM-system med upphovsrättsligt skydd. Det är därför svårt att hålla med om att skyddet av DRM-system inte skulle medföra en förändring av omfattningen av det upphovsrättsliga skyddet och upphovsmannens förfoganderätt.

### 3. DRM-SYSTEM SOM EN DEL AV DEN NYA AFFÄRSMILJÖN UPPHOVSRÄTTEN TILLÄMPAS PÅ

Allting tyder på att man i samband med regleringen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning hade två separata problem för ögonen. För det första gällde det att tillmötesgå innehållsproducenternas oro över att Internet och den moderna digitaltekniken möjliggjorde en snabb spridning av mer eller mindre perfekta kopior av verk. För det andra handlade det om att etablera internationella identifieringssystem för verk, vilket skulle möjliggöra en snabb och effektiv licensering av verk på global nivå. Det handlade om att erbjuda de rättsliga ramarna för etablering av nya businessmodeller i form av s.k. *one stop shops*<sup>786</sup> eller andra e-handelsmodeller med klarerade rättigheter, där alla behövliga rättigheter snabbt och enkelt skulle kunna licenseras från ett och samma ställe.

Det gemensamma för dessa målsättningar är att det ligger i både upphovsmännens (representerade genom upphovsrättsorganisationer) och innehållsindustrins (förlags-, skiv- och filmindustrins samt de nya mediernas) intressen dels att förhindra oauktoriserad spridning av verk och dels att åstadkomma effektivare internationella licenseringssystem.

De rättsliga ramarna till stöd för global licensering är fortfarande under utveckling, eftersom ett effektivt internationellt licenseringssystem kräver enighet om vilken eller vilka

---

<sup>786</sup> Med *one-stop-shops* har man ofta avsett sådana klareringssystem som handhas av upphovsrättsorganisationer. Copyright Clearance Center var den första organisationen att implementera en sk. *one-stop-shop*. Övriga e-handelsmodeller baserar sig vanligen på modeller som skapats av producentorganisationer eller sådana som i övrigt förmedlar innehåll.

identifieringsstandarder och indexeringssystem<sup>787</sup> som skall användas samt hur och på vilka villkor nationellt baserade klareringsorgan (t.ex. en upphovsrättsorganisation) skall ha rätt att licensera verk för användning i andra länder<sup>788</sup>.

Man kan här notera att kommissionen i maj 2005 utfärdade en rekommendation om licensering av musik, Commission Recommendation of 18 May 2005 on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services (2005/737/EC). I rekommendationen tar man explicit ställning mot arrangemang som binder rättsinnehavarna till den nationella upphovsrättsorganisationen på hemorten. Enligt punkt 3 i rekommendationen skall rättsinnehavarna ha rätt att välja vilka rättigheter som skall förvaltas av vilken upphovsrättsorganisation. Denna punkt motverkar därmed upphovsrättsorganisationernas kutym att kräva att deras klienter överför sina rättigheter med ensamrätt till upphovsrättsorganisationen.

I rekommendationen nämns inte DRM-system explicit, men mellan raderna kan man skönja en strävan efter en övergång från kollektiv licensering<sup>789</sup> till individuell licensering (med hjälp av upphovsrättsorganisationer)<sup>790</sup>, där rättsinnehavaren i allt högre grad själv kan avgöra villkoren för licensering. En sådan utveckling kräver naturligtvis att man i allt högre grad förlitar sig på elektronisk rättighetsklarering, dvs. i hög grad automatiserade klareringsprocesser. Detta resonemang framkommer också av meddelandet från kommissionen till rådet, europaparlamentet och europeiska ekonomiska och sociala kommittén om förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter på den inre marknaden från år 2004 (KOM(2004)261 slutlig). I dokumentet tar man inte ställning till organisationernas roll i denna klareringsprocess, vilket innebär att man inte i sig avser förhindra att organisationerna har en roll att spela i klareringsprocessen.

DRM-systemens centrala betydelse för utformningen av e-handeln med upphovsrättsliga verk kan knappast förnekas eller ifrågasättas. Då den upphovsrättsliga regimen till stor del kan sägas basera sig på eller vara anpassad till praxisen inom de olika till innehållsindustrin hörande näringsgrenarna och utgöra en kodifiering av denna praxis, är det ur reglerings-synvinkel utan vidare av betydelse till vilken del och hur DRM-system påverkar affärsmodeller och praxisen inom olika branscher.

Traditionellt har affärsmodeller och praxis inom näringslivet haft en betydande inverkan på utformningen av den upphovsrättsliga lagstiftningen. Det är fortfarande oklart hur till-

<sup>787</sup> Identifieringsstandarder och indexeringssystem behandlas närmare i kapitel III.3.4 ovan.

<sup>788</sup> Licensering sker normalt på nationell basis och gäller endast för användning inom territoriet. Licensering av verk för t.ex. streaming på internet har därför varit problematisk. För att lösa detta problem slöt upphovsrättsorganisationerna inom området för musik år 2001 ett avtal, det sk. Santiago-avtalet. På basen av avtalet kunde de avtalslutande organisationerna licensera rättigheter på internationell basis. Enligt Santiago-avtalet skall licensavtalet slutas mellan upphovsrättsorganisationen i det land där licenstagaren har sin hemort. Denna punkt i Santiago-avtalet ogillades av EU-kommissionen, som i april år 2004 påbörjade ett förfarande för att undersöka huruvida denna praxis överensstämmer med gemenskapens konkurrensrättsliga regler. Som en följd av detta upphörde Santiago-avtalet att gälla fr.o.m. januari 2005. Barcelona-avtalet, som fungerade som ett komplement till Santiago-avtalet och som gällde de sk. ”mekaniska rättigheterna” upphörde likaså fr.o.m. januari 2005. Upphovsrättsorganisationernas samarbete har fortfarande inte fått kommissionens godkännande. I januari 2006 påbörjade kommissionen igen ett nytt förfarande mot CISAC och dess medlemsorganisationer. Memo 06/63, 7.2. 2006. Pressmeddelande gällande påbörjande av konkurrensrättsligt förfarande mot CISAC i fallet COMP/38.698 - CISAC Agreement. Enligt pressmeddelandet gäller förfarandet endast vissa aspekter, nämligen det att en upphovsman endast kan tillhöra en organisation, att licens endast kan beviljas av lokal organisation och nätverkseffekten av (den uppenbarligen bilaterala) avtalskonstruktionen, som innebär att organisationerna kan upprätthålla monopolställning på marknaderna.

<sup>789</sup> Med kollektiv licensering menas i detta sammanhang arrangemang såsom blanco-licensering, som antingen kan basera sig på lag eller vara frivillig. Utmärkande för kollektiv licensering i denna betydelse är dessutom att upphovsmannen inte själv kan avgöra licensvillkoren, utan de avgörs av upphovsrättsorganisationen.

<sup>790</sup> Individuell licensering innebär i detta sammanhang att upphovsmannen i högre grad själv kan avgöra villkoren för licensering, även om förvaltningen av licenseringen, inklusive övervakning, utförs av en upphovsrättsorganisation.



lämpningen av DRM-system kommer att påverka affärsmodellerna. En upphovsrättslig lagstiftning som baserar sig på traditionella affärsmodeller och praxis kommer därför indirekt att styra uppkomsten även av framtida affärsmodeller. Naturligtvis försöker man vid den upphovsrättsliga regleringen beakta uppkomsten av nya affärsmodeller<sup>791</sup>, men det är inte i detta skede fråga om en kodifiering av gällande praxis utan man skapar ett ramverk för kommande affärsmodeller. Ur regleringsteoretiskt perspektiv är detta ett dilemma, eftersom det är mycket svårt dels att avgöra lagstiftningens inverkan på olika branscher och deras affärsmodeller och dels att avgöra huruvida lagstiftningen kommer att kunna åstadkomma en rättvis balans mellan olika motstridiga intressen. Det finns inte heller någon uppkommen praxis vars rättvishet man skulle kunna bedöma eller som skulle kunna kodifieras.

Ett speciellt problem i samband med den rättsliga regleringen av DRM-system är frågan hur man skall förhålla sig till överlappningar mellan individuell licensering och avtalslicensering samt speciella upphovsrättsavgifter såsom avgiften för lagringsmedel (kassettavgiften). Frågan, som extensivt har behandlats ovan i kapitel IV.4.1, har inverkan också på affärsmodellerna och framförallt frågan om förhållandet mellan individuell licensering (antingen direkt eller genom en upphovsrättsorganisation eller annan förmedlare) och avtalslicensarrangemang. Det finns nämligen fara för att rättsinnehavarna medvetet undviker att påföra DRM-system eftersom detta skulle minska möjligheterna att inkassera multipla avgifter, dvs. genom individuella licenser, genom avtalslicensering och genom avgiften på lagringsmedel. Det här innebär att man undviker att utforma DRM-system på ett sådant sätt att lagring på ett dylikt lagringsmedel<sup>792</sup> omöjliggörs eller att man använder sådana filformat eller teknik som kräver så mycket lagringskapacitet som möjligt<sup>793</sup>. Det är också möjligt att man strävar efter överlappningar mellan individuell licensering och avtalslicensering för att maximera vinsten.

Frågan om strategiska val gällande beslut om påförande av DRM-system är en sak som närmare borde analyseras så snart det finns mera information att tillgå gällande tillämpningen av såväl ersättningen för privatkopiering som avtalslicensarrangemangen. Det är inte endast i förhållande till ersättningen för privatkopiering som frågan är intressant. Enligt Katz är det intressant att notera att man inom programvaruindustrin trots påstådda miljardförluster inte i högre grad använder sig av DRM-system. Man slutade använda tekniska skyddsåtgärder då piratismen uppgick till 80 % av hela marknaden<sup>794</sup>. Med tanke på dessa siffror måste det enligt Katz ligga något annat bakom beslutet att låta bli att utveckla tekniska åtgärder till skydd för datorprogram än endast praktiska svårigheter eller missnöje bland kunderna. Såsom be-lysts av Katz, kan det ligga i rättsinnehavarnas intresse att låta bli att påföra DRM-system i vissa situationer, trots de ”förluster” som *prima facie* uppstår pga. ”piratism”. Inom programvaruindustrin baserar sig denna strategi på nätverkseffekter och *lock-in*. Genom olika slag av

<sup>791</sup> Det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning är ett exempel på detta. Då WIPO:s Internetkonventioner uppkom 1996 var utvecklingen av DRM-applikationer först i sin linda. Det kan inte ha varit möjligt att i detta skede bilda sig en klar uppfattning om vad DRM-applikationerna skulle innebära, eftersom de tekniska åtgärder som fanns till vid denna tidpunkt närmast gällde kopieringsskydd.

<sup>792</sup> Dvs. sådana lagringsmedel för vilka upphovsrättsavgift erläggs. Enligt gällande finsk rätt erläggs till exempel inte lagringsavgift för mobiltelefoner och datorers hårddiskor, trots att det är möjligt att lagra verksexemplar på dem, se 3 § i undervisningsministeriets förordning 20.12.2006/1241 om avgift på lagringsmedel.

<sup>793</sup> Eftersom rättsinnehavarna ersätts på basen av lagringsmedlets totalkapacitet i förhållande till den omfattning av lagringskapaciteten som används för lagring av upphovsrättsligt skyddade verk, ger detta rättsinnehavarna incitament att ty sig till lösningar som förbrukar möjligast mycket lagringskapacitet.

<sup>794</sup> Katz, *A Network Effects Perspective* (2005), s. 164, där han hänvisar till siffror framförda av Bradford Smith på Microsoft år 2001. Enligt Katz uppgick piratismen till 40 % av marknaden år 2001.

rättsligt säkerställande kan man efter marknadsetablering (dvs. då marknaden ”mognat”) få ut vinster som överskrider det som hade varit fallet ifall man redan från början aktivt motverkat piratism<sup>795</sup>. Katz diskuterar inte i sin artikel säkerställande genom DRM-system, men ett gott exempel på dylikt säkerställande är uppgifterna om att Microsoft i sina uppdateringar av Windows- och Office-programmen börjar införa kontrollmekanismer för spårning av olagligt installerad programvara<sup>796</sup>.

Motsvarande strategier torde vara relevanta även för annan innehållsindustri. Det torde knappast vara önskvärt att bygga upp ett ramverk för upphovsrättsliga transaktioner som snedvrider det incitamentssystem upphovsrätten skapar i förhållande till upphovsrättens målsättningar<sup>797</sup>.

Det traditionella upphovsrättsliga paradigmet har närmast gällt förhållandet mellan upphovsmän och innehållsindustri. DRM-applikationerna kan dock vara *business-to-business* (B2B), *business-to-consumer* (B2C) eller till och med *consumer-to-consumer* (C2C) applikationer. Då man betraktar den upphovsrättsliga regleringen i informationssamhället bör man därför beakta både upphovsrättsdoktrinen tillämplighet på icke-kommersiell eller slutanvändning och B2C- samt C2C-applikationernas inverkan på slutanvändarnas rättsställning<sup>798</sup>. Man måste alltså beakta att upphovsrätten inte endast gäller förhållandet mellan en med arbetstagare eller enskild yrkesutövare jämförbar person och ett företag eller förhållandet mellan två företag inom samma bransch, utan i allt högre grad konsumentförhållanden och med konsumenter jämförbara slutanvändare samt förhållandet mellan enskilda personer, eventuellt med anknytning till ett företag, såsom i sk. superdistributionsmodeller.

Denna aspekt har inte hittills getts någon särskilt omfattande betydelse eller lett till omvärderingar i den upphovsrättsliga doktrinen. Som ett konkret exempel kan man hänvisa till det omfattande skydd som upphovsrättsdirektivet ger DRM-system, och då särskilt e-handelsklausulen i artikel 6.4 stycke 4. Detta skydd torde basera sig på tanken om att ett starkt skydd av DRM-system är nödvändigt för att innehållsindustrin skall våga satsa på att utarbeta nya affärsmodeller och applikationer för produktion och spridning av innehåll i informationssamhället, vilket tillsammans med ett extensivt och effektivt skydd av upphovsrätten presumeras öka samhällets (ekonomiska) välfärd. Därför har man velat erbjuda rättsinnehavaren ett så starkt skydd av DRM-system som möjligt, eftersom elektroniska rättighetshanterings-system utgör en central del i de flesta modeller för elektronisk handel med upphovsrättsliga verk.

Man verkar ha utgått ifrån att fri konkurrens vad gäller olika affärsmodeller, applikationer och användningsvillkor skall kunna lösa många av de nya intressekonflikter som kan uppkomma. Därför har man inte gått in för att ställa några långt gående krav på utformningen

<sup>795</sup> Katz, A Network Effects Perspective (2005).

<sup>796</sup> Kotilainen, Kopio-Officen ja -Windowsin käyttäjät ahtaammalle. Tietokone 27.4.2006, där man berättar att systemet för Windows del används i sju länder och kommer att utökas med fem länder till. För Office-programmens del uppges att man tagit systemet i testbruk för sju olika språkversioner. Se även Microsofts informationssida om systemet på <http://www.microsoft.com/genuine/downloads/whyValidate.aspx>.

<sup>797</sup> I detta hänseende är det fråga om huruvida det är riktigt att upphovsrätten används för att maximera rättsinnehavarnas vinster på användarnas bekostnad. Detta är knappast upphovsrättens avsikt.

<sup>798</sup> Det traditionella upphovsrättsliga paradigmet förändras inte enbart p.g.a. elektronisk rättighetskontroll och det rättsliga skyddet av DRM-system, utan tillämpningen av upphovsrätt har redan i ett tidigare skede så småningom expanderat till slutanvändare. Se Ställ, Upphovsrättens expansion (2003) om upphovsrättens expansion och det rättsliga skyddet av DRM-system som en fortsättning på denna expansion samt Benkler, From Consumers to Users (2000) om hur den tekniska utvecklingen lett till att konsumenten blir en användare i upphovsrättslig bemärkelse och hur den tekniska utvecklingen ersätter massmedial kommunikation med kommunikation från en person direkt till en annan men på en massiv skala (*peer-to-peer*).

av DRM-system, utan man förväntar sig att den praxis som uppkommer påvisar en rättvis balans mellan olika intressen även i förhållande till icke-kommersiell eller slutanvändning. Detta antagande kan visa sig vara felaktigt av ett flertal orsaker. Den horisontella och vertikala integration (konvergens) som skett inom innehålls- och kommunikationsindustrin utgör ett uppenbart hot mot informations- och kommunikationsmiljöns diversitet<sup>799</sup>. Även om hotet om en monopolisering av produktion och distribution av innehåll kan avvärjas, finns det ingen anledning att tro att de som utformar och tillhandahåller DRM-applikationer skulle ha något intresse av att tillse användarnas intressen i sig, utan applikationerna utarbetas utifrån uppdragsgivarens intressen. Lika litet som man inom ramen för konsumentskyddet kan förlita sig på att fri konkurrens avhjälpas konsumenträttsliga problem, lika litet kan man inom upphovsrätten förlita sig på att marknaderna sörjer för användarnas intressen.

Då DRM-system möjliggör nya affärsmodeller kan man fråga sig om inte indelningen i ideella rättigheter och ekonomiska rättigheter är gammalmodig. Kanske uppkommer nya användningssätt som borde skyddas genom upphovsrätt? Kanske är det dags att "ersätta", spjälka upp eller omformulera gällande rättigheter?

Även om man inte anser att det finns någon anledning att ändra på upphovsrättslagstiftningens rättighetsspråk i sig, kanske det inte är något fel med att DRM-system ändrar affärsmiljön och ersätter lagens rättighetsspråk med sitt eget rättighetsspråk. DRM-system kan ju erbjuda ett flexibelt och "marknadsanpassat" rättighetsspråk som i sin tur möjliggör en regim där det "upphovsrättsliga" skyddet formuleras och sträcker sig till just sådant nyttjande som är relevant med tanke på incitamenten för skapande verksamhet. Elektroniska rättighetshanteringsystem kan i detta sken ses som ett effektivare regleringsinstrument än lagen, eftersom de möjliggör ett flexibelt och marknadsanpassat incitamentssystem.

Å andra sidan kan detta business-centrerade synsätt kritiserats, eftersom upphovsrätten inte endast handlar om business utan lika mycket om kultur- och informationspolitik. Upphovsrätten anger balansen mellan privata personlighets- och förmögenhetsrättsliga intressen och andra privata och samhälleliga intressen. Ur denna synvinkel ter sig en privatisering av den informationsrättsliga regimen (till vilken upphovsrätten hör) problematisk, eftersom det finns starka samhälleliga intressen av att trygga en öppen informationsmarknad där olika parter har tillgång till innehåll på lika och skäliga villkor. Upphovsrätten kan och bör därför inte reduceras till en fråga om enbart affärer.

---

<sup>799</sup> Ett exempel är fusionen mellan AOL och Time Warner år 2000. Det nya Time Warner täcker en stor del av det mediala fältet, dvs. allt från film, böcker och tidningar till radio- och televisionsverksamhet och Internet-tjänster. Ett annat exempel på vertikal integration är Sony Corporation, som idag omfattar allt från konsumtionselektronik till olika slag av underhållning såsom film, musik och spel. Även upphovsrättsorganisationernas verksamhet kan komma att utgöra hinder för en fri konkurrens, ifall samarbetet sker på osunda grunder. EU:s konkurrensmyndigheters insyn i upphovsrättsorganisationernas licensförfaranden är ett tecken på detta.

## 4. RÄTT ATT PÅFÖRA DRM-SYSTEM SOM EN SEPARAT NY RÄTTIGHET

Man kan i princip säga att det rättsliga skyddet av DRM-system så som det är utformat i dagens lagstiftning utgör en ny rättighet vid sidan av upphovsmannens ekonomiska och ideella rättigheter. Den här rättigheten består i *en rättighet att hindra, styra eller övervaka användning av verk i den utsträckning detta är möjligt genom DRM-system*. Man kan kanske bäst beskriva denna nya rättighet som en rättighet baserad på *reellt förfogande*, eftersom det väsentligen är fråga om rättsinnehavarens frihet att *etablera och utöva kontroll över verk i digital form*.

Det att kringgående av tekniska åtgärder eller information gällande rättighetsförvaltning utgör en separat straffbar handling *oberoende* av upphovsrättsintrång understryker DRM-systemens autonoma ställning inom det upphovsrättsliga paradigmet. Det är kanske närmast på denna grund man faktiskt kan anse att skyddet av elektronisk rättighetshandling verkligen utgör en ny, separat rättighet inom upphovsrätten.

Rätten att påföra DRM-system som en ny, separat rättighet verkar vara en synvinkel som i det närmaste helt och hållet tycks ha förbigått lagstiftaren. Denna dimension har dock i rättslitteraturen begrundats desto mera, och har fått sitt uttryck i en omfattande diskussion om huruvida DRM-system skapar nya rättigheter, t.ex. *en ny ensamrätt till att förhindra tillgång till verksexemplar eller tjänster som förmedlar verk (access right)*<sup>800</sup>.

Frågan om DRM-system som ett rättighetsskapande element eller ny rättighet fick sitt slutliga genombrott i internationella upphovsrättsliga kretsar då ämnet togs upp till diskussion vid ALAI-konferensen 13-17.6.2001 i New York. *Shira Perlmutter* konstaterade där i sitt inlägg att man både i WIPO-konventionerna och amerikansk upphovsrättslagstiftning utgår från att tillåta något mått av *de facto* kontroll över "den fysiska världen", dvs. verket och den digitala omgivningen där verket nyttjas<sup>801</sup>. Överlag verkar kommentatorerna vara ense om att någon ny ensamrätt till att förhindra tillgång till verksexemplar inte instiftats, men att man däremot kan tala om en rättighet att med hjälp av tekniska åtgärder kontrollera tillgång till och användning av verksexemplar<sup>802</sup>.

*Thomas Hoeren* har skarpt kritiserat en på reellt förfogande baserad rättighet, eftersom "även en tjuv kan förfoga över ett objekt"<sup>803</sup>. Reellt förfogande innebär alltså inte i sig en självverkande *rättighet* att förfoga över objektet. Dessutom passar inte tankarna om reellt förfogande ihop med upphovsrättsens immateriella natur. Även *Jon Bing* har ifrågasatt huruvida en rättighet att utöva *de facto* kontroll över ett verk kan eller ens borde knytas till det upphovs-

<sup>800</sup> Hoeren har skarpt kritiserat termen "access right" som alltför diffus och rentav missvisande. Hans definition av innehållet i denna "access right" torde dock rätt väl stämma överens med den allmänna uppfattningen om innehållet i denna rättighet, dvs. en rättighet att hindra vem som helst från vilken som helst tillgång av innehåll oberoende av om det utgör föremål för upphovsrättsligt skydd eller inte. Hoeren, *Access Right as a Postmodern Symbol* (2001), s. 348-363.

<sup>801</sup> Perlmutter, *The "Access Right" in the United States* (2001), s. 371.

<sup>802</sup> Bing, *The New or Evolving "Access Right"* (2001), s. 288-315. Hoeren, *Access Right as a Postmodern Symbol* (2001), s. 348-363. Koizumi, *The New or Evolving "Access Right" in Japan* (2001), s. 364-367. Perlmutter, *The "Access Right" in the United States* (2001), s. 368-372. Såsom Koizumi framhåller, kan dock det rättsliga skyddet av DRM-system implicit innebära att nya rättigheter (en ny "access right") uppstår.

<sup>803</sup> "... even a thief can have possession". Hoeren: *Access Right as a Postmodern Symbol* (2001), s. 353.

rättsliga förfogandet över verket<sup>804</sup>. Det att reellt förfogande skulle innebära en skyddad rättighet att förfoga över ett verk på det sätt som detta förfogande (*possession*) skulle möjliggöra är en ur europeisk synvinkel märklig konstruktion. Det kanske därför bättre överensstämmer med den europeiska juridiska terminologin att tala om en *frihet* att hindra, styra eller övervaka användning av verk i den utsträckning detta är möjligt genom DRM-system.

Ifall det rättsliga skyddet av DRM-system ses som en separat ny rättighet (eller frihet) kan man på ett helt annat sätt betrakta även behovet av begränsningar av det rättsliga skyddet. Det möjliggör också att man på ett nytt sätt betraktar förhållandet mellan DRM-system och upphovsrätten i övrigt samt mellan intressen att skydda DRM-system i förhållande till motsatta intressen. Det här behöver inte innebära att man helt och hållet lösgör denna rättighet från den upphovsrättsliga ramen – och detta låter sig inte ens göras med tanke på att det rättsliga skyddet av DRM-system trots allt instiftats som en del av den upphovsrättsliga regimen. Däremot löser detta synsätt den svåra dogmatiska konflikt som uppstår genom att essensen i det skydd som DRM-system kan erbjuda inte till sin natur motsvarar de till upphovsrätten hörande rättigheterna.

Poängen är hur som helst att det rättsliga skyddet av DRM-system *de facto* innebär en ny rättighet oberoende av om detta varit lagstiftarens intention eller inte. Det är därför ur politisk synvinkel problematiskt att en så viktig konsekvens av lagstiftningen lämnats obeaktad. Samtidigt medför detta också rättsdogmatiska problem<sup>805</sup>.

## 5. DRM-SYSTEM SOM PRIVATREGLERING UPPBACKAD AV OFFENTLIGT ELLER PRIVAT SÄKERSTÄLLANDE

Skyddet av DRM-system kan mycket väl beskrivas som en rättslig lösning som innebär en förskjutning av regleringsmakt till privata parter (upphovsrättsinnehavaren eller den som å dennes vägnar påför elektroniska rättighetshanteringssystem). *Denna regleringsmakt baserar sig på en erkänd rättighet att disponera över ett objekt genom kontraktuella och tekniska medel.* Privatreglering i den här bemärkelsen innebär primärt en möjlighet för privata rättssubjekt (fysiska eller juridiska personer) att bestämma om användningen av verk eller andra alster antingen genom avtal eller därmed jämförbara viljeyttringar samt genom tekniska åtgärder. Den som

<sup>804</sup> Bing, *The New or Evolving "Access Right"* (2001), s. 288-315. Se även Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres* (2005), s. 377-418 som ingående analyserar det rättsliga skyddet av DRM-system i förhållande till det upphovsrättsliga skyddet av det immateriella verket. Framförallt jämför hon DRM-system med reellt förfogande över objekt och DRM-system som en tjänst.

<sup>805</sup> Se även Riis, *Immaterialret & IT* (2001), s. 169, där han konstaterar att det att man inte insett att skyddet av DRM-system *de facto* innebär en starkare rättsposition för upphovsrättsinnehavaren kan medföra svåra tolkningsproblem då man skall bedöma om ett kringgående av tekniska åtgärder är rättsstridigt.

skapar koden är den som reglerar användning i den digitala miljön<sup>806</sup>.

Lawrence Lessig har mycket beskrivande talat om rätten som datorkod<sup>807</sup>. Hur man kan och får använda ett objekt förvandlas nämligen i den digitala miljön i hög grad till en fråga om hur datorkoden som styr databehandlingen är utformad och om den alltså tillåter/möjliggör önskad användning. *Användning i den digitala miljön sker alltså på teknologins (datorkodens) villkor*. Man kan till exempel programmera en applikation så att utskrivning av en bild omöjliggörs<sup>808</sup> eller så att ett verk som överförs från en dator till en annan inte finns tillgänglig på den dator varifrån den överförs<sup>809</sup>. Det är också till exempel möjligt att förhindra sökmotorer från att lagra en kopia av ett verk som är tillgängligt på Internet eller att kontrollera vissa typer av länkning av innehåll<sup>810</sup>.

Trots att användning av verk (och de upphovsrättsliga frågeställningarna) alltid stått i ett visst beroendeförhållande till tekniken, kan teknik baserad på databehandling anses utgöra en revolutionerande förändring. Det här beror på att den semantiska, språkligt utformade datorkoden medger större flexibilitet än den mer statiska och klumpiga mekaniken och elektroniken. Då användning av verk i allt högre grad sker inom ramen för den digitala tekniken och de globala informationsnätverken ökar de elektroniska rättighetsförvaltnings- och skyddssystemens potentiella styrande och kontrollerande verkan i samma takt. Man kan alltså säga att DRM-system påverkar användarnas *handlingsfrihet* i en utsträckning som inte är möjlig i den analoga miljön.

I bilden nedan beskrivs den delvis alternativa, delvis överlappande strukturen med upphovsrätt, avtal och DRM-system. Förhållandet mellan dessa medel för förfogande kan i korthet beskrivas på följande sätt; *Upphovsrätten* utgör en lagstadgad rättighet avsedd att erbjuda ett skydd för upphovsmannen *erga omnes*. Det upphovsrättsliga skyddets omfattning avgörs på basen av en tolkning av gällande rätt. *Avtal* erbjuder ett skydd gentemot avtalsparten. Upphovsrätten och annan lagstiftning kan innehålla stadganden som begränsar parternas avtalsfrihet och på basen av vilka avtalsvillkorens giltighet bedöms. Till den del upphovsrätten eller annan lagstiftning inte begränsar avtalsfriheten kan parterna fritt komma överens om sin inbördes relation. Det är mycket vanligt att man med hjälp av avtal försöker skydda viktiga ekonomiska eller idéella intressen i sådana situationer där lagen inte erbjuder något skydd eller den rättsliga tolkningen av situationen skulle vara osäker. Sådana avtal kan bestå av avtal mellan fysiska eller juridiska personer eller av kollektivavtal<sup>811</sup>, som gäller vissa branscher.

<sup>806</sup> Vanligen är det inte en enda instans som skapar den digitala miljön för användning av verk och andra alster. Det relevanta är inte vem som i sig har skapat koden, utan vem som bestämmer om "användningsvillkoren". I vissa fall är det den som beställer en applikation som används vid e-handel med verk som kan anses inneha "regleringsmakten" trots att det är någon annan som skapar koden. Det är inte alltid så uppenbart vem som har kontrollmakten över en applikation, och detta bör beaktas då man diskuterar en förskjutning av regleringsmakten till privata parter. Man kan dock gott tala om en *privatisering av regleringsmakten* eftersom det är den privata sektorn som är involverad i utarbetandet av e-handelsapplikationer. Det är sen en annan sak huruvida man kan tala om privatreglering i det hänseendet att innehavaren av "regleringsmakten" kan identifieras eller huruvida det skulle vara skäl att hänvisa till "marknadskrafterna".

<sup>807</sup> Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace (1999).

<sup>808</sup> Denna funktion möjliggörs lex. genom Alchemedias produkt Clever Content, se <http://www.alchemedia.com> och Authentica, se [http://www.document-solution.com/services\\_protection.html](http://www.document-solution.com/services_protection.html).

<sup>809</sup> Denna teknik baserar sig på att kopian i den överförande datorn görs obrukbar efter att den emottagande datorn erhållit en kopia.

<sup>810</sup> Kontroll av frame-linking är möjligt med Mindsets produkt Mprotect. Se [http://www.micropubnews.com/pages/issues/2000/900\\_web-watermark\\_mpn.shtml](http://www.micropubnews.com/pages/issues/2000/900_web-watermark_mpn.shtml).

<sup>811</sup> Se lex. teaterförbundets kollektivavtal för åren 2005-2007 § 94 punkt 5, enligt vilken teatern måste överenskomma inte bara med regissören utan även dramaturg, scenograf, ljus- och ljudtekniker etc., om inspelning av teaterstycket samt framförande av sådan inspelning.



Beroende på hur DRM-system i varje enskilt fall utformas kan DRM-system beskrivas som ett skydd *erga omnes* och/eller ett skydd *inter partes*. Till den del elektroniska rättighets-hanteringssystem innehåller en licenseringsprocess på basen av vilken användningsvillkoren avgörs, kan man tala om ett skydd *inter partes*. Till exempel kopieringsskyddet på CD-skivor utgör ett exempel på ett skydd *erga omnes*.

Bilden nedan beskriver de tre skyddsmekanismerna upphovsrätt, avtal och DRM-system. Det är inget nytt för traditionell upphovsrätt att beakta situationer där avtal antingen delvis, helt eller inte alls överlappar med det lagstadgade upphovsrättsliga skyddet<sup>812</sup>. När det gäller överlappningen mellan DRM-system och upphovsrätt finns det likaså sådana DRM-system som helt, delvis eller inte alls överlappar med det upphovsrättsliga skyddet. På samma sätt finns det system där DRM-system överlappar med ett avtalsbaserat skydd som dock ligger utanför upphovsrättens tillämpningsområde. I skärningspunkten mellan upphovsrätt, avtal och DRM-system kan man tala om ett tredubbelt skydd av rättsinnehavarens intressen<sup>813</sup>.

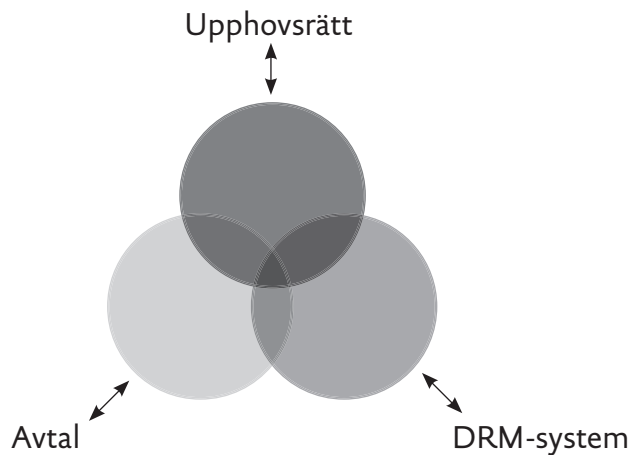


Bild 6: DRM-system, avtal och upphovsrätt som alternativa och överlappande governance-mekanismer

Privatreglering kan konceptuellt sägas vara motsatsen till offentlig reglering, som huvudsakligen tar sig form som lagstiftning eller administrativa beslut. Privatreglering kan vanligen anses innebära ett genom rättsliga medel garanterat utrymme för bestämmandefrihet för individer. Avtal utgör den huvudsakliga formen av privatreglering och domstolsbeslut med därtill hörande rättsligt verkställande, t.ex. interimistiska åtgärder och utmätning samt handräckning av polisen, utgör i praktiken de viktigaste formerna av offentliga garantier för denna privatreglering. Privatreglering kan även stödjas av privat säkerställande (*private enforcement*) genom självhjälp. Vid användning av DRM-system kan sådan självhjälp exempelvis bestå av att en kopia av ett verk görs otillgänglig eller förstörs.

<sup>812</sup> Rosén, Upphovsrättens avtal (2006), s. 24 f.

<sup>813</sup> Hugenholtz, Code as Code (1999).

Schematiskt kan förhållandet mellan privat reglering (*private ordering*), privat säkerställande (*private enforcement*), offentlig reglering (*public ordering*) och offentligt säkerställande (*public enforcement*) uttryckas på följande sätt:

	Reglering (ordering)	Säkerställande (enforcement)
Privat	Avtal eller privata beslut	Självhjälp (uppbackad av lagstiftning och rättsväsende)
Offentligt	Lagstiftning, administrativt beslutsfattande	Offentlig makt (administrativ-, polismakt), säkerställande av domslut, straffrättsliga och administrativa sanktioner

Tabell 6. Förhållandet mellan privat och offentlig reglering och säkerställande.

För att kunna tala om privat reglering krävs ett av rättsordningen erkänt utrymme för denna privatreglering. Detta uttrycks klarast i de element i rättsordningen som garanterar säkerställandet av privatreglering. Privatreglering kan antingen säkerställas genom ett av rättsordningen godkänt utrymme för självhjälp eller genom offentligt säkerställande genom domstolsförfarande och/eller genom annat offentligt verkställande. Detta är fallet vid käromål. DRM-system kan också utgöra ett medel för privat säkerställande eller självhjälp (egenhandsrätt).

Gränsen mellan offentlig reglering och privat reglering är inte helt skarp. Det här beror på att privat reglering sker inom ramen för det utrymme som den offentliga regleringen medger<sup>814</sup>. Standarder och specifikationer samt sedvana (t.ex. god handelssed eller god databehandlingssed) utgör en hybrid mellan privat och offentlig reglering. Graden av offentlig styrning<sup>815</sup> och offentligt godkännande<sup>816</sup> av dessa varierar.

Amerikansk rättsordning ger ett tydligt utrymme för privat reglering och privat säkerställande. UCITA (Uniform Computer Information Transactions Act), som ursprungligen var avsedd att gälla all slags information, inklusive upphovsrättsliga verk, ger en omfattande frihet att avtala om privata informationstransaktioner. Numera hör endast databaser och datorprogram till dess tillämpningsområde<sup>817</sup>. En viktig fråga som uppkommit vid arbetet med UCITA, som är ett slags nationell modellag på delstatsnivå i USA, är frågan om de tillbudsstående doktrinerna om rättighetsmissbruk är praktiskt tillämpbara och tillräckliga.

Reichman och Franklin förespråkar en doktrin om "public-interest unconscionability", som de anser bör inskrivas i UCC2B (föregångaren till UCITA) för att undvika att undergräva välinarbetad, god offentlig användning av information för syften såsom undervisning och forskning, innovation, yttrandefrihet och bibehållandet av fri konkurrens. De hänvisar till frånvaron av traditionella avtal baserad på

<sup>814</sup> Flexibla, principbetonade regler ger vanligen större utrymme för privatreglering eller en delegering av tolkningsmakten till de aktörer som regeln riktar sig till. Black, *Using Rules Effectively* (1999). Såsom Black poängterat bör en genomtänkt reglering noga överväga frågan kring vem som skall tolka reglerna, hur diskursen kring tolkningen byggs upp (dvs. kommunikationen mellan lagstiftare, regleringssubjekt, domstol, eventuell andra myndigheter etc.) och vilken relativ tyngd de skall ha.

<sup>815</sup> T.ex. dataombudsmannen har i Finland en viktig position vid utformandet av god databehandlingssed, se Personuppgiftslagen 22.4.1995/523, speciellt § 38.1 om dataombudsmannens skyldighet att ge anvisningar och råd samt § 42 om dataombudets roll vid utarbetandet av branschspecifika uppförandekodexar.

<sup>816</sup> God handelssed baserar sig normalt på sedvana som uppkommit inom handeln, det vill säga inom ramen för interaktion mellan privata parter. Genom explicit hänvisning till sedvana i lagstiftningen transformeras sedvanan till offentlig norm, se exempelvis köplagen (355/1987) 31 §. Uppkommen sedvana kan naturligtvis också nedtecknas i lagstiftningen, vilket är mindre flexibelt och ger mindre utrymme för beaktande av förändringar i sedvana. Jfr. Hadfield, *Privatizing Commercial Law* (2000), som går ett steg längre i "privatiseringen" av offentlig normgivning än vad som är brukligt och förespråkar explicita lagstadganden som godkänner tillämpningen av regler utfärdade av privata parter. Hadfield förbiser dock att det kan finnas skäl att styra handelsrätt till den del denna kan ha en samhällelig betydelse.

<sup>817</sup> Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA), Oct 2002.

ömsesidigt medgivande som en orsak till behovet av doktrinen.<sup>818</sup>

Reichman & Franklin anser alltså att det i lagstiftningen som gäller informationstransaktioner (UC-C2B, sedermera UCITA) bör införlivas en norm enligt vilken alla standardavtal som gäller tillgång till information och som inför icke-avtalbara restriktioner på användning av informationsnyttigheter måste basera sig på rättvisa och sunda villkor, som beaktar det offentliga intresset till bildning, vetenskap och forskning, innovation, yttrandefrihet och en fungerande fri konkurrens. Denna norm skulle kompletteras med följande test: Villkoren presumeras vara giltiga men kan åsidosättas i fall den totala skadan på offentliga intressen p.g.a. villkoren är större än de privata fördelarna av den specifika transaktionen. I förlängningen innebär doktrinen antingen standardiserade upphovsrättsvillkor eller att man i varje fall skilt för sig gör en *public-interest unconscionability*-test.

Vad gäller utrymmet för privat reglering inom ramen för det upphovsrättsliga systemet kan man konstatera att det dels beror på huruvida upphovsrätten anses utgöra offentlig informationspolicy eller endast är avsedd att korrigerera ett marknadsmisslyckande (som består i att upphovsrätten minskar risken för *free riding*, som kan klassificeras som en typ av illojal konkurrens) och dels på den grad av privat säkerställande som den privata regleringen kan förlita sig till. Till den grad privat reglering kan säkerställas genom privata medel uppstår ett från offentlig reglering autonomt utrymme för privat reglering, vars inskränkande måste kunna motiveras och för vilken specifika mekanismer måste utformas.

Man kan naturligtvis framlägga kritik mot denna teori om att påförandet av DRM-system skulle innebära något slag av privat (upphovsrättslig) reglering med hänvisning till att nyttjande av verksexemplar inte utgör föremål för upphovsrätten. Då det gäller elektronisk handel med innehåll skulle det vara mera exakt att tala om förfogandet över en vara eller en tjänst, som är en icke-upphovsrättslig fråga<sup>819</sup>.

*Den juridiska konstruktion, som införandet av ett rättsligt skydd för DRM-system i den upphovsrättsliga lagstiftningen resulterar i, kan dock i praktiken sägas kullkasta eller sudda ut skillnaden mellan en rättighet att förfoga över (det abstrakta) verket och (det konkreta) verksexemplaret.* Detta är i och för sig inget helt nytt problem, utan är en av upphovsrättens grundläggande spänningar. Denna spänning är särskilt framträdande när det gäller den avtalsrättsliga regleringen av verksanvändning, ett problem som *Stuevold Lassen* förutspådde redan år 1960: ”Men her ligger i virkeligheten også et veldig problem som vi förr eller senere må hanskes ved i hele dets bredd, nemlig om det skal vaere adgang til å utvide ophavsretten ved avtalerettslige bånd på eksemplarkjøperne”<sup>820</sup>.

Frågan om vad som utgör föremål för ett avtal, en upphovsrätt (licens) eller ett verksexemplar (produkt) är en fråga som ofta diskuterats i samband med licensering av dator-

<sup>818</sup> Reichman och Franklin påpekar att en *public-interest unconscionability*-doktrin är nödvändig därför att de traditionella doktrinerna inte är lämpade att behandla problemet. *Preemption*-doktrinen handlar om förhållandet federal lag - delstatslag och fokuserar därmed på offentlig rätt, och åsidosätter på så vis själva saken. *Misuse*-doktrinen är ännu svårare att tillämpa än ”preemption”, för den fokuserar på konsumenter snarare än vidare offentliga intressen som immaterialrätten är avsedd att befrämja. *Public policy*, dvs. allmänt vedertagen praxis, fungerar endast när denna praxis har blivit kristallklar och en restriktion av avtalsfriheten är en logisk följd av tidigare lagstiftning och rättspraxis. Om *public policy*-kriteriet inte tolkas på detta sätt riskerar domaren överskida sina befogenheter, för domaren får ej beakta annat än lag, dvs. får ej skapa ny lag, på bekostnad av avtalsfriheten. *Unconscionability*-doktrinen är alltför konsumentdriven för att spela den medlarroll mellan privata och offentliga intressen som skribenterna anser behövs, eftersom beaktar överraskande och betungande villkor endast inom ramen för en specifik transaktion. Reichman & Franklin, *Privately Legislated Intellectual Property Rights* (1999).

<sup>819</sup> Jfr. Hoeren, *Access Right as a Postmodern Symbol* (2001), s. 349, där han konstaterar att frågan om det är riktigt att man betalar för att erhålla tillgång till ett musikverk för vilket skyddstiden utgått inte har något att göra med frågan om upphovsrätt.

<sup>820</sup> Lassen, *Sosialtrygd, monopol og forsvarspolitik* (1960), s. 237-247. I artikeln diskuterar han licensavgifter för användning av verk för vilka det upphovsrättsliga skyddet utgått.

program<sup>821</sup>. Detta är helt naturligt med tanke på att det upphovsrättsliga skyddet av datorprogram även sträcker sig till förhållandet med slutanvändaren. I HD 2003:88 konstaterades att ett datorprogram i fysisk form som överläts för en engångssumma och där nyttjanderätten inte är tidsbegränsad är att betrakta som överlåtelse av ett verksexemplar och inte upphovsrättslig licensering. Därmed konsumerades även spridningsrätten till verksexemplaret<sup>822</sup>.

På samma sätt kan man fråga sig om en överlåtelse av ett verksexemplar i digital form innebär överlåtelse av ett verksexemplar eller licensering av en upphovsrättslig nyttjanderätt. Meningarna är delade gällande detta, men den förhärskande åsikten verkar vara att upphovsrättens distributionsrätt inte konsumeras då ett verk överförs i digital form<sup>823</sup>. Upphovsrättsdirektivet föreskriver tydligt att verk tillhandahållna som on-line tjänster samt verk som överförs i digital form inte utgör föremål för konsumtion, eftersom de utgör föremål för ett licensavtal<sup>824</sup>. Saken är dock inte helt klar, trots detta yttrande. *Rognstad* har ansett att man bör kunna beakta konsekvenserna för rättssystemet vid tolkning av direktivets stadgande som säger att konsumtion inte sker vid digital överföring. Situationer vid online-tjänster som har samma praktiska realiteter som vid spridning av fysiska verksexemplar borde kunna få likadana rättslig behandling. Rognstad anser att man borde utgå ifrån licensbetraktningar istället för konsumtionsmetaforen; frågan är då om rättighetsöverlåtelsen inkluderar (täcker) vidareförmedling av verket<sup>825</sup>.

*Sammansmältningen av det upphovsrättsliga skyddet med det rättsliga skyddet av näringsfrihet (rätten att erbjuda tjänster och varor) och äganderätt (rätten att förfoga över ett objekt) accentueras genom det rättsliga skyddet av DRM-system, eftersom tekniska åtgärder helt uppenbart berör enskilda verksexemplar eller tjänster.*

Den diffusa gränsen mellan upphovsrättsligt och ”äganderättsligt” skydd av verk kan leda till ett överlappande rättsligt skydd för upphovsrättsinnehavaren. Detta problem har även observerats av *Bell*, som anser att det dubbla skyddet av upphovsrättsinnehavarens rättsposition, dvs. både ett på *common law* baserat skydd av rättsinnehavarens förfoganderätt och upphovsrättsligt skydd, innebär en alltför stark maktposition för rättsinnehavarna. Han anser att detta även borde beaktas vid bedömningen av de rättsliga konsekvenserna så att ett dylikt dubbelt rättsligt skydd undviks, t.ex. genom en doktrin som tvingar rättsinnehavarna att i förväg välja vilken typ av rättsmedel (*remedy*) man föredrar<sup>826</sup>.

Enligt *Bell* innebär möjligheten att avtala om nyttjandet genom påförande av DRM-system

<sup>821</sup> Frågan har betydelse bl.a. vid bedömningen av huruvida den till upphovsrätten hörande distributionsrätten konsumeras, eftersom rättens konsumtion endast gäller överlåtelse av verksexemplar. Därutöver har det betydelse med tanke på tillämpligheten av köplagens bestämmelse om ansvar för fel i köpgods samt vid bestämningen av inkomsttyp vid beskattningen. Vedenkannas, Tietokoneohjelman luovutuksen luonne (2002), s. 865.

<sup>822</sup> Rättsfallet har haft en viktig betydelse för klarläggandet av rättsläget i Finland. I rättslitteraturen har man tidigare ofta utgått från att köpets föremål är en nyttjanderätt, inte själva programmet. Se Takki, IT-sopimukset (2003), speciellt s. 163, där han konstaterar att klienten köper en icke-exklusiv nyttjanderätt och att rätten att nyttja programmet inte innebär att han har äganderätt, för att inte tala om upphovsrätt, till själva programmet.

<sup>823</sup> Enligt Vedenkannas kan överlåtelse av verk i digital form över Internet vara jämförbar med överlåtelse av ett verksexemplar. Vedenkannas konstaterar dock att överlåtelsens faktiska natur skall beaktas även då verket överförs i digital form. I dessa fall skulle konsumtion av distributionsrätten alltså även gälla verksexemplar i digital form. Vedenkannas, Tietokoneohjelman luovutuksen luonne (2002), s. 866. Av motsatt åsikt är Kallioniemi, Tekijänoikeudellisista kysymyksistä vertaisverkoissa (2001), s. 499-506, speciellt s. 503 samt Lindberg & Westman, Praktisk IT-rätt, (1999), s. 172. Upphovsrättsdirektivet och den finska upphovsrättslagen verkar inte ge utrymme för tolkningen att rättigheterna till ett verk som överförs i digital form skulle kunna konsumeras, trots att detta av olika skäl skulle vara ändamålsenligt.

<sup>824</sup> Ingresspunkt 29 i upphovsrättsdirektivet.

<sup>825</sup> Rognstad, Konsumpsjon og digitale overføringer (2003), s. 447-472.

<sup>826</sup> Bell, Escape from Copyright (2001), s. 741-805.

att upphovsrättsligt skydd inte längre behövs. Upphovsrätten är ju avsedd att erbjuda skydd i situationer där man inte kunnat avtala. Därför finns det ingen anledning att stöda sig på upphovsrätten i de fall då det finns möjligheter att avtala om nyttjande.<sup>827</sup>

Bells argumentation innehåller ett flertal svagheter. Dels innehåller upphovsrättslagen av idag många stadganden avsedda att skydda upphovsmannen då avtal sluts. Möjligheten att påföra avtalsvillkor genom DRM-system minskar inte heller behovet av att skydda den svagare parten, som i det moderna upphovsrättsparadigmet kan vara användaren. Dessutom är det inte sagt att den som licenserar ett verk fritt kan disponera över alla rättigheter till ett verk. Han kan inte överlåta rättigheter eller tillåta nyttjande i en större omfattning än avtalet med upphovsmannen (eller annan rättsinnehavare bakåt i överlåtelsekedjan) möjliggör.

Typiskt för immateriell egendom är att det kan finnas flera olika rättsinnehavare som kan inneha olika rättigheter till det immateriella objektet. Upphovsrätten består av ett knippe idéella och ekonomiska rättigheter. Man har normalt ansett att de idéella rättigheterna kan överlåtas endast i en mycket begränsad omfattning, t.ex. genom att ge tillåtelse att ändra ett verk. De ekonomiska rättigheterna, som består av rättigheten att framställa exemplar av verket samt rätten att tillgängliggöra verket för allmänheten genom att distribuera verksexemplar, offentlig visning, offentligt framförande eller överföring till allmänheten, är överlåtbara i sin helhet och kan uppdelas på olika sätt. Därtill kommer att licenstagaren kan erhålla rätt till vidareöverlåtelse. Vidare skiljer man på exklusiv och icke-exklusiv överlåtelse, dvs. situationer då rättigheten övergår med ensamrätt för licenstagaren och situationer där denne endast får en icke-exklusiv, parallell nyttjanderätt. Bell verkar utgå från att rättsinnehavaren innehar alla rättigheter till verket och att det därför utgående från detta skulle vara möjligt och även önskvärt att rättsförhållandet i sin helhet skulle regleras genom avtalet. Med andra ord skulle användaren ha full frihet att använda verket till den del avtalsvillkoren inte skulle hindra detta och oberoende av upphovsrättslagstiftningens stadganden.

Bells förslag verkar åtminstone ur nordisk synvinkel absurt dels därför att licenstagaren har liten möjlighet att försäkra sig om att licensgivaren innehar alla rättigheter till verket och dels för att lagstiftningen vanligen fått fungera som utfyllnad vid avtal, dvs. till den del det inte finns avvikande villkor i avtalet tillämpas lagstiftningens presumtionsregler.

Även i Europa kan det uppkomma situationer där det är oklart huruvida en förfoganderättighet skyddas inom ramen för den upphovsrättsliga lagstiftningen eller inte. Det rättsliga skyddet av DRM-system verkar dels ha en upphovsrättslig dimension och dels en äganderättslig dimension; till den del DRM-system möjliggör reellt förfogande verkar upphovsrättslagens skydd av tekniska åtgärder erbjuda detta förfogande rättsligt skydd även i de fall då förfogandet inte direkt motsvarar de rättigheter som tillkommer rättsinnehavaren enligt upphovsrättslagen. Tekniska åtgärder kan hänföra sig till delar av verk som inte erhåller upphovsrättsligt skydd. Dessutom är det inte självklart att de tekniska åtgärderna, inklusive rättighetsspråket på vilken en teknisk åtgärd baserar sig, motsvarar upphovsrättens begrepp av upphovsrättsligt skyddat nyttjande<sup>828</sup>.

DRM-systemens dimension som ett medel för privatreglering baserar sig endast delvis på det rättsliga skyddet av DRM-system, dvs. förbudet mot kringgående av tekniska åtgärder eller avlägsnande eller ändring av information gällande rättighetsförvaltning. Den andra delen

---

<sup>827</sup> Ibidem.

<sup>828</sup> Jfr. kap. III.4.4 ovan om förhållandet mellan upphovsrättens och de tekniska åtgärdernas rättighetsspråk.

baserar sig på avtalsfriheten, dvs. friheten för privata parter att sinsemellan överenskomma om sina angelägenheter<sup>829</sup>.

Artikel 6.4 stycke 4 i upphovsrättsdirektivet utgår från att rätten att nyttja ett verk eller annat alster i enlighet med upphovsrättens undantag inte skyddas i de fall då det finns ett avtal mellan rättsinnehavaren och användaren. Man kan därför säga att privatreglering genom avtal favoriseras. I stadgandet bestäms dock inte omfattningen av den rättsligt skyddade avtalsfriheten. Hur långt denna avtalsfrihet skyddas är en brännande fråga. Handlar det om en av lagstiftaren godkänd förskjutning av regleringsmakten till privata parter över vår informationspolitik? Eller är det fråga om en mera begränsad avtalsfrihet inom ramen för den informationsrättsliga politik (policy) som upphovsrätten utstakar?

Det här är frågor som beror på uppfattningar om förhållandet mellan demokratiskt beslutsfattande och självbestämmanderätt inom ramen för privat autonomi<sup>830</sup> samt om den rättsystematiska tolkningen av bestämmelsens innebörd<sup>831</sup>. Den här frågan har också en regleringsteoretisk aspekt, som i det här sammanhanget är särskilt relevant, nämligen frågan om huruvida privatreglering kan motiveras ur samhälleligt perspektiv.

Då man diskuterar privatreglering utgår man vanligen ifrån antagandet att privatregleringen består av *avtal* mellan *jämlika* avtalsparter. Detta är inte nödvändigtvis fallet när det gäller avtal om användning av ett verk, speciellt inte då det är fråga om e-handel som riktar sig till konsumenter eller andra slutanvändare. I dessa fall är det ofta fråga om licensavtal som inte individuellt framförhandlas och där den ena parten, konsumenten, vanligen kan sägas ha en svag förhandlingsposition. I praktiken kan konsumenterna vanligen antingen godkänna eller förkasta licensavtalet i sin helhet, utan att kunna omförhandla individuella avtalsvillkor.

Förutom behovet att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande kan man tänka sig att det finns skäl att begränsa avtalsfriheten av andra orsaker. Dels kan det finnas viktiga rättspolitiska skäl till detta och dels kan avtalet få följder också för tredje parter, som inte direkt kan påverka avtalets innehåll. Till de rättspolitiska skälen kan höra att man vill slå vakt om kulturella, sociala och politiska rättigheter, strävan efter jämlikhet mellan sämre och bättre lottade samhällsgrupper eller minoritetsskydd.

Bell har framfört att det skulle ligga i allas intresse att i en allt större utsträckning förlita sig på avtalsmässig reglering av rättigheter till innehåll. Han för fram att det ur användarens synvinkel är mycket säkrare att förlita sig på avtal än på en snäv och diffus *fair use*-doktrin.<sup>832</sup>

<sup>829</sup> Ovan i kap. III.4.9 redogjorde vi för hur DRM-system revolutionerat möjligheterna att licensera verk och andra alster. De nordiska upphovsrättslagarna begränsar i regel avtalsfriheten endast gällande avtalsvillkor till upphovsmannens nackdel. Undantag från detta är det skydd för vissa användarrättigheter som framkommer av datorprogramdirektivet 91/250/EEG och databasdirektivet 96/9/EG. Avtalsvillkor som är fördelaktigare för upphovsmannen än den ordning som upphovsrättslagen föreskriver anses alltså giltiga. Man har alltså vanligen ansett att upphovsrättens undantag giltigen kan inskränkas genom avtal. Haarmann, *Tekijänoikeus ja lähioikeudet* (2006), s. 241. En mer generell analys av avtalsfrihetens förhållande till upphovsrättens undantag och inskränkningar görs i Guibault, *Copyright Limitations and Contracts* (2002).

<sup>830</sup> Vad gäller stadgandet i direktivet uppkommer också frågan om huruvida man giltigen kan överföra regleringsmakt från det offentliga till det privata genom ett direktiv, eller om detta på ett fundamentalt sätt strider mot principerna om statlig suveränitet och begränsningarna av unionens befogenheter. Direktivets stadgande innehåller dock ingen *explicit* bestämmelse som överför regleringsmakt i denna bemärkelse.

<sup>831</sup> Av det faktum att man stadgar om skyddet av DRM-system och *a priori* skyddet av avtalsfriheten inom ramen för upphovsrättslagstiftningen kan man sluta sig till att denna avtalsfrihet endast skulle gälla avtal som gäller *upphovsrättsligt förfogande*. Det rättsliga skyddet av DRM-system medför dock tolkningsproblem gällande omfattningen av det upphovsrättsliga förfogandet, jfr diskussionen i kap. III.4.5 om huruvida skyddet av DRM-system *de facto* innebär att upphovsrätten kommer att omfatta en ny typ av förfoganderätt. Dessutom bör man beakta den ovan beskrivna sammansmältningen av äganderättsligt och upphovsrättsligt förfogande.

<sup>832</sup> Bell, *Fair Use Vs. Fared Use* (1998).



Bell går till och med så långt att han anser att yttrandefriheten är sekundär i förhållande till elektronisk rättighetshantering. *Fared use*-villkor kunde enligt Bell användas i anti-kritisismavtal, enligt vilka användare kan förhindras att kritisera ett verk. Dylika licenser skulle naturligtvis bli dyra för upphovsmännen, anser Bell, eftersom användarna inte gärna skulle gå med på en dylik licens. *Fared use* kunde också användas i anti-censureringsavtal, enligt vilka användaren köper en licens som tillåter honom att använda så mycket han vill av verket t.ex. vid recensioner av verket.<sup>833</sup>

Bell utgår från att *fair use* hur som helst innebär en stor kostnad, i och med att det kostar att hitta innehållet. Därtill tillkommer den ovan framförda kostnaden av den rättsliga osäkerheten som *fair use*-doktrinen innebär för användaren. *Fared use*, dvs. avtal, minskar denna osäkerhet. Dessutom skulle DRM-system enligt Bell möjliggöra för rättsinnehavaren att sänka avgiften för tillgång, eftersom kontroll av verket genom DRM-system minskar den värdeförlust som beror på en omfattande okompenserad användning vid tillämpningen av *fair use*-doktrinen.<sup>834</sup>

Trots de ur europeisk och nordisk synvinkel främmande utgångspunkterna i Bells argumentation, innehåller de en intressant tanke om förutsättningarna för, önskvärdheten av och den möjliga utsträckningen av avtalsfrihet inom ramen för DRM-system. Det verkar helt riktigt att avtalsmässig reglering av nyttjandet skulle erbjuda en tryggare basis för nyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk än de relativt diffusa upphovsrättsliga undantagen såsom citaträtten i FiURL 22 §. Däremot kan man ifrågasätta önskvärdheten av Bells tanke på att utsträcka den upphovsrättsliga förfoganderätten till informationsfrihetens sfär och alltså tillåta upphovsrätten att fungera som ett medel för privat censur.

Med tanke på det omfattande rättsliga skydd som ges DRM-system och med beaktande även av att de upphovsrättsliga undantagen i vissa länder, och framförallt i Finland, ges en snäv tolkning och att man där fritt får avtala på ett sätt som minskar tillämpligheten av undantagen, är Bells förslag till olika typer av licenser avsedda att förhindra eller underlätta nyttjandet av yttrandefriheten inte alls så verklighetsfrämmande som de verkar vid första anblicken. Och med tanke på att upphovsrättslagstiftningen mycket entydigt överför risken för intrång på användaren, ter sig avtalsmässiga lösningar allt mer rationella. Så länge man utgår ifrån att man fritt kan inskränka tillämpligheten av de upphovsrättsliga undantagen innebär det att avtal som kränker yttrandefriheten eller andra grundläggande rättigheter skulle vara tillåtna. Detta innebär också en privatisering och kommersialisering av grundläggande rättigheter såsom yttrandefriheten.

Elektroniska rättighetshanteringssystem som privatreglering är en aspekt som inte närmare betraktats inom ramen för WIPO:s Internetkonventioner. I upphovsrättsdirektivet har DRM-systemens förhållande till privatreglering genom avtal eller tekniska åtgärder indelats i två typfall, beroende på det sätt på vilket produkten kommersialiseras. Då det gäller spridning av verksexemplar, och då man alltså anser att ett avtalsförhållande inte normalt uppkommer mellan rättsinnehavare och användare, skyddas användarens intressen genom stadgandena i artikel 6.4 stycke 1 och 2<sup>835</sup>. Då det gäller överföring på digital väg, dvs. då verk "gjorts tillgängliga för allmänheten i enlighet med överenskomna avtalsvillkor på ett sätt som gör

---

<sup>833</sup> Ibidem.

<sup>834</sup> Ibidem.

<sup>835</sup> Stadgandena har närmare analyserats ovan i kapitel IV.3.2.

att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer”, påbjuder direktivet att tillämpligheten av upphovsrättens undantag inte får säkerställas genom att tvinga den som tillgängliggör verket att ändra tekniska åtgärder så att visst nyttjande möjliggörs.

Det här behöver dock inte tolkas som ett *in blanco*-godkännande av vilka slags avtalsvillkor som helst. Tvärtom kan man i dessa fall tillämpa normala avtalsrättsliga och konsumenträttsliga stadganden. Det är sen en annan sak att det kanske finns skäl att på nationell nivå införa bestämmelser om att villkor som tillintetgör vissa centrala användarrättigheter är ogiltiga. Med hänvisning till Bells förslag att man skulle kunna avtala om rätten att kritisera ett verk är det alltså inte alls uteslutet att den nationella lagstiftaren skulle anse det nödvändigt att deklarerat att villkor genom vilka yttrandefriheten kringskärs är ogiltiga<sup>836</sup>.

DRM-systemens dimension som privatreglering bör alltså särskiljas från DRM-system som medel för säkerställande (*enforcement*) av rättigheter. Ur regleringssynvinkel är det fråga om huruvida och i vilken utsträckning privatreglering är önskvärd samt om gränserna för och medlen för att begränsa denna privatreglering. De viktiga frågorna är därför vilka krav lagstiftningen ställer på DRM-system, begränsningarna av det rättsliga skyddet av elektronisk rättighetshandling samt definieringen av utrymmet för avtalsfrihet inom upphovsrätten. Vid lagstiftningsarbetet verkar man just inte ha funderat över behoven att närmare betrakta hur utrymmet för privat reglering förändras genom införandet av ett rättsligt skydd av DRM-system. Inte heller har man närmare övervägt hur kombinationen av ökade möjligheter till privat reglering av användning i kombination med privat säkerställande genom DRM-system påverkar den informationsrättsliga policyn och behovet att säkerställa den upphovsrättsliga balansen.

## 6. DRM-SYSTEM UR DATASÄKERHETSSYNVINKEL

DRM-system kan också betraktas utifrån ett datasäkerhetsperspektiv. Frågan om vad som på ett allmänt plan avses med datasäkerhet ur ett rättsligt perspektiv är komplicerad. Det är inte möjligt eller ändamålsenligt att inom ramen för denna avhandling närmare gå in på hur datasäkerhet kan eller skall betraktas ur ett rättsligt perspektiv i allmänhet<sup>837</sup>, men det kan ändå vara skäl att belysa vissa grundläggande begrepp i samband med det och beröringspunkterna med DRM-system.

Datasäkerhet brukar vanligen anses sammanhänga med säkerställandet av vissa egen-

<sup>836</sup> Även om resultatet av en grundrättstillvänd tolkning skulle ge samma resultat, skulle det stämma väl överens med upphovsrättslagens tekniska utformning att införa explicita normer om vissa specifika restriktioner av avtalsvilkors giltighet som baserar sig på behovet av en balans mellan olika informationsrättsliga intressen. Trots att upphovsrättsrådet inte uttalar sig i avtalsrättsliga eller bevisningsfrågor skulle detta troligtvis ha en viss inverkan på upphovsrättsrådets utlåtanden. Som det nu är finns det inget i upphovsrättslagen som skulle besvara frågan om de upphovsrättsliga undantagens ställning, varför upphovsrättsrådet inte heller i sina utlåtanden kan ta ställning till undantagens tillämplighet eller beakta eventuella undantags ovillkorlighet. Med beaktande av den praktiska betydelsen av upphovsrättsrådets utlåtanden skulle det vara önskvärt att saken förtydligas i lagen.

<sup>837</sup> En mångsidig analys av datasäkerhetens rättsliga dimensioner och en klassificering av olika typer av datasäkerhetsnormer har gjorts i Saarenpää & Pöysti (toim), Tietoturvallisuus ja laki (1997).

skaper hos information, nämligen förtrolighet<sup>838</sup> (*confidentiality*), tillförlitlighet<sup>839</sup> (*integrity*) och tillgänglighet (*availability*). Med förtrolighet avses att uppgifter, system och tjänster bara är tillgängliga för dem som har berättigats till dessa och att de inte avslöjas eller på annat sätt ställs till utomståendes förfogande. Med tillförlitlighet avses att uppgifter, system och tjänster inte förändras eller förstörs. Med tillgänglighet avses att uppgifter, system och tjänster utan hinder kan utnyttjas av dem som är berättigade till dessa<sup>840</sup>. Med tanke på denna grundläggande definition av datasäkerhet kan man lätt se sambandet med DRM-system, som kan sägas vara avsedda att skydda dessa egenskaper hos innehållet (eller det upphovsrättsliga verket).

Jag åsidosätter här frågan om huruvida man ur rättslig synvinkel med datasäkerhetsreglering bör avse rättsnormer som berör informations tillförlitlighet, integritet och tillgänglighet och vad detta skulle innebära ur upphovsrättslig synvinkel. Istället utgår jag ifrån den snävare definitionen av datasäkerhet som baserar sig på att datasäkerhet omfattar *tekniska, organisatoriska och andra åtgärder* för att tillse informationens sagda egenskaper. Det rättsliga skyddet av DRM-system inom upphovsrätten är indelat i ett rättsligt skydd av tekniska åtgärder och ett rättsligt skydd av information gällande rättighetsförvaltning. På basen av den genomgång som i tidigare kapitel gjorts gällande dessa kan man konstatera att de i praktiken är nära anknutna till varandra, och man kan inte utgå ifrån att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder (endast) korrelerar med tekniska åtgärder ur datasäkerhetsteoretisk synvinkel, utan de tekniska åtgärder som avses i upphovsrättslagstiftningen har även ett nära samband med organisatoriska kontrollåtgärder. På samma sätt innebär påförandet av information gällande rättighetsförvaltning naturligtvis en organisatorisk åtgärd avsedd att skydda ett verk, men kan också vara nära knutet till tekniska åtgärder.

DRM-system kan ur datasäkerhetssynvinkel beskrivas som varor och tjänster vars avsikt är att försäkra att upphovsrätten till verk och andra alster säkerställs i den digitala miljön. Förbudet att kringgå tekniska åtgärder, att avlägsna eller ändra information som gäller rättighetsförvaltning samt att marknadsföra eller sprida varor eller tjänster avsedda för dessa ändamål, kan ur denna synvinkel ses som ett medel för att försäkra sig om att datasäkerhetsåtgärderna (dvs. tekniska åtgärder och rättighetsförvaltningssystem) fungerar som de skall (*non-interference of data security measures*).

Det som kan sägas vara frapperande då man betraktar den upphovsrättsliga regleringen av DRM-system är att DRM-systemen så ensidigt betraktas ur *rättsinnehavarens* synvinkel; DRM-systemen ses som ett medel att tillse rättsinnehavarens intressen. Användarnas intressen och det allmännas intresse tycks förbli sekundära.

Förvisso säger man i upphovsrättsdirektivets ingresspunkt 53 att skyddet av tekniska åtgärder är ägnat att ”säkerställa en säker miljö för interaktiva tjänster”, men av sammanhanget framkommer dock att det är närmast rättsinnehavarnas kontrollintressen som beaktas. I princip kan man dock tänka sig att den digitala infrastrukturens säkerhet anses utgöra en förutsättning för konsumenternas och tjänstproducenternas tillit till e-handel, och att DRM-system därför ligger i bägges intresse. Direktivet utesluter därför inte en mer neutral syn av DRM-system som en mekanism som säkrar vissa datasäkerhetsintressen till både upphovsmännens

<sup>838</sup> Även kallat sekretess.

<sup>839</sup> Även kallat riktighet eller dataintegritet.

<sup>840</sup> Ingen definition av datasäkerhet kan sägas vara slutgiltig, utan detta är ett område under ständig begreppsmässig utveckling. Ibland brukar man även tillägga övriga faktorer såsom spårbarhet (*authenticity*) och oavvislighet (*non-repudiation*).

och användarnas fördel.

Ett centralt tema i den allmänna datasäkerhetsteorin är frågan om hotbilder och riskbedömning. Vilken är alltså den hotbild som kan sägas ligga bakom den rättsliga regleringen av DRM-system? Hur betraktar man riskerna och vilka normativa följder får detta?

Upphovsrättsdirektivets stadganden om skydd av DRM-system verkar primärt basera sig på den traditionella hotbilden mot upphovsmannens intressen, det vill säga att den digitala miljön underlättar kopiering och olaglig spridning av innehåll. Förutom att rättsinnehavaren skall ha en möjlighet att utarbeta tekniska åtgärder som förhindrar rättsintrång skall han också ha en möjlighet att utarbeta nya strukturer för e-handel. I detta sammanhang tillåter upphovsrättsdirektivet i princip att även användarnas intressen beaktas. Enligt punkt 55 i ingressen till upphovsrättsdirektivet bör rättsinnehavarna uppmuntras att använda märkning som innehåller information om villkoren för användningen av verket eller alstret. Detta kan tolkas så att även (slut)användarnas legitima intressen skall beaktas. Till dessa hör framförallt kommunikationsfriheten och i relation till upphovsrätten en minimering av den rättsliga osäkerheten gällande hur verket får användas.

Trots att den rättsliga regleringen av DRM-system ger intryck av att i första hand endast bereda väg för rättsinnehavarnas intressen, kan man säga att upphovsrättsdirektivet öppnar dörren på glänt för ett mer allmänt förhållningssätt, där DRM-systemen utgör en del av den tekniska och organisatoriska miljö som skapar en trygg användnings- och transaktionsmiljö för upphovsrättsliga verk och alster både till rättsinnehavarnas och till användarnas fördel. Vid den nationella implementeringen av upphovsrättsdirektivet har denna aspekt tyvärr regelmässigt förbigåtts<sup>841</sup>. Regleringen av DRM-system kan därmed inte anses vara särskilt balanserad, eftersom endast den ena partens datasäkerhetsintressen i regel beaktats.

Rättsligt sett kan man säga att den mest centrala upphovsrättsliga hotbilden anknyter till anonymiseringsproblemet. Med anonymiseringsproblemet avses att det kan vara svårt att binda en rättsligt relevant handling och dess effekter till person, tid och plats<sup>842</sup>. Det handlar alltså om svårigheter att subsumera fakta under de parametrar som behövs för en rättslig bedömning av en handling eller ett skeende. Ur upphovsrättsligt perspektiv handlar det bland annat om att identifiera vad som är ett verk, vem som är rättsinnehavare till verket och användningsvillkoren eller de parametrar som är avgörande för att avgöra användningsvillkoren (såsom information på basen av vilken man kan avgöra upphovsrättskyddets tidslängd). Det handlar också om en säker omgivning för licensering av verk, dvs. om att på ett adekvat sätt binda parterna till transaktionen och dess villkor, inklusive inkorporering av mekanismer för penningtransaktioner och mekanismer för uppföljning av användning. Användningen av DRM-system kan därmed innehålla funktioner som ökar den rättsliga säkerheten för både rättsinnehavare och olika kategorier av användare.

<sup>841</sup> Detta verkar gälla åtminstone de nordiska länderna. Jag har inte hört talas om att dessa aspekter skulle ha beaktats vid den nationella implementeringen av upphovsrättsdirektivet i någon medlemsstat.

<sup>842</sup> ”Transaktionens anonymisering” kan ses som ett försök att plocka fram ett instrument för att analysera de rättsliga problem som uppenbarar sig i samband med informations- och kommunikationsteknologin (IKT). Transaktionens anonymisering innebär att det är oklart *vem* som anses vara parter i transaktionen eller gärningsmän. Det är också svårt att avgöra *vad* som är föremål för transaktion eller skyddsobjekt. Det är svårt att avgöra *när* rättslig bundenhet uppstår, *var* transaktionen sker, effekt uppstår etc, samt *hur* transaktionen genomförs och hur bevisning förs och värderas. Dessa är frågor som enligt Benno borde beaktas av lagstiftaren. Det handlar dock inte bara om subsumering och bevisning, utan i främsta hand om att ”de i rättsreglerna uppställda kriterierna förlorar sin relevans för uppfyllandet av regelns ändamål”, och därmed finns det risk för att ”intressebalansen mellan parterna skiftas på ett icke avsett vis”. Benno, Transaktionens anonymisering (1997). Benno använder ordet transaktion i dess vidaste bemärkelse.

Rättsinnehavarens ställning urvattnas inte endast direkt på grund av upphovsrättsintrång, utan ett minst lika stort problem är frånvaron av effektiva strukturer för licensering och rättighetsförvaltning. Man bör dra sig till minnes att upphovsrättens omfattning i mångt och mycket även beror på möjligheterna att etablera en effektiv struktur för licensering och övervakning av rättigheterna.

Organisatoriska lösningar för att säkerställa upphovsrätten kan därför vara minst lika viktiga som tekniska åtgärder. Till dessa organisatoriska lösningar kan sedan gammalt räknas upphovsrättsorganisationerna. Upphovsrättsorganisationernas ställning som garant för upphovsrätten och central mekanism i licenseringsverksamheten torde förändras som en följd av möjligheten att påföra DRM-system. Som exempel kan nämnas automatisk verifiering av licensers giltighet, såsom till exempel vid användning av vissa av Microsofts tjänster<sup>843</sup>. Till den del rättighetsövervakning går att automatisera torde detta alltså påverka upphovsrättsorganisationernas roll för övervakning och bekämpning av upphovsrättsintrång.

Ett stort problem vid bedömningen av vad som utgör rättighetsintrång är de olika standarderna för vad som är tillåten användning i kombination med svårigheterna att anknuta användningen till ett visst lands territorium. Det här innebär också för användarna en ökad risk för intrång. Det ligger därför i både rättsinnehavarnas och potentiella användares intressen att etablera effektiva rättighetsförvaltningsstrukturer.

Den normativa följden av den riskbedömning lagstiftarna åtminstone implicit gjort är att rättsinnehavarna har getts en rättsligt skyddad frihet att påföra elektroniska rättighetshanteringsystem. Denna frihet tycks basera sig på en insikt om att det är viktigt att rättsordningen stöder uppkomsten av nya affärsmodeller och erbjuder ett adekvat skydd av rättsinnehavarnas intressen och att trygga en säker miljö för handel med upphovsrättsliga verk.

För detta ändamål är det inte endast det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning som har en viss betydelse. Lika viktiga är de *ansvarsnormer* vars avsikt är att erbjuda större säkerhet. Dessa ansvarsnormer gäller i första hand normer som ålägger avtalsparter att (på basen av en lagstadgad skyldighet eller inom ramen för avtalsrättslig lojalitetsplikt) vidta åtgärder för att tillse upphovsmannens och andra rättsinnehavares rättigheter. Ansvarsnormer kan även gälla tjänsteleverantörer och andra tredje personer i nyckelposition, som har en reell möjlighet att kontrollera innehåll och infrastruktur för förmedling av innehåll. Dessa ansvarsnormer anger infrastrukturer och åtgärder som dessa parter bör upprätthålla eller vidta för att tillse rättsinnehavarens rättigheter. Den frihet att påföra DRM-system som upphovsrättslagstiftningen anger kompletteras alltså av skyldigheter för avtalsparter och tredje personer att trygga en säker omgivning för användning och handel med upphovsrättsliga verk.

Även i brist på uttryckliga positiva skyldigheter att beakta rättsinnehavarens intressen, kan detta bli resultatet av ett eventuellt medverkansansvar för upphovsrättsintrång, såsom i det ovan relaterade Napster-fallet. Det finns alltså en mjukt övergående skala i skyldigheterna att vidta åtgärder för att stöda rättsinnehavarnas intressen. På basen av upphovsrättsdirektivet stadgas till exempel i den finska upphovsrättslagen att museer, arkiv och allmänna bibliotek är skyldiga att vidta åtgärder för att förhindra digital framställning av exemplar eller vidareöverföring av ett verk då dessa tillgängliggörs i digital form genom terminaler avsedda för

---

<sup>843</sup> [Http://www.microsoft.com/genuine/downloads/whyValidate.aspx](http://www.microsoft.com/genuine/downloads/whyValidate.aspx).

överföring till allmänheten<sup>844</sup>. Ett annat exempel är stadganden som kräver att elektronik-tillverkare eller sändarföretag är skyldiga att beakta tekniska standarder som hänför sig till DRM-system<sup>845</sup>.

Upphovsrättsdirektivet innehåller också en egentlig datasäkerhetsnorm som gäller *definieringen av den trygghetsnivå eller datasäkerhetsnivå som lagstiftningen eftersträvar*. Denna står att utläsa av kravet på en viss miniminivå för en teknisk åtgärds effektivitet för att den skall er-hålla rättsligt skydd på det sätt lagstiftningen anger. Enligt artikel 6.3 i upphovsrättsdirektivet avses med en teknisk åtgärd ”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 skall anses vara ”effektiva” om användningen av ett skyddat verk eller annat alster kontrolleras av rättsinnehavarna genom en åtkomstkontroll- eller skyddsprocess, t.ex. kryptering, kodning eller annan omvandling av verket eller alstret eller en kontrollmekanism för kopiering, om processen uppfyller skydds-ändamålet”. Denna till synes tautologiska definition<sup>846</sup> avser dock troligtvis att ange en viss grad av effektivitet eller *datasäkerhetsnivå och datasäkerhetsändamål som en teknisk åtgärd bör uppfylla för att erhålla rättsligt skydd*.

Kriterierna för hur denna datasäkerhetsnivå skall bedömas har lämnats öppen. Eventuellt kunde man på basen av den modell som erbjuds i direktivet om persondataskydd utforma ett jämförbart kriterium. I direktivet om skydd av persondata (95/46/EG) har man formulerat en allmän optimeringsstandard som gäller den datasäkerhetsnivå som krävs för skydd av persondataregister. Denna optimeringsregel innebär att man beaktar a) åtgärdernas beräknade kostnader, b) uppgifternas eller datasystemens värde, betydelse eller rättigheter som hänför sig till dem, c) uppgifternas och meddelandenas art, antal och ålder, samt d) den datasäkerhetsnivå som existerande teknologi kan erbjuda. Dessa faktorer ligger då som grund för att i praktiken fastställa innehållet i registerhållarens datasäkerhetsansvar.

Denna optimeringsstandard kan sägas avspegla en generell riskekonomisk modell, där man avser att uppnå en optimal (och inte en maximal) skyddsnivå. Skadekostnaderna kan antas sjunka i takt med ökat skydd. Den optimala skyddspunkten nås då skadekostnadernas minskning understiger skyddskostnaderna enligt figuren nedan. Enligt den riskekonomiska modellen uppnås alltså den optimala skyddsnivån då totalkostnaderna är som lägst, vilket sker på skyddsnivå 3 i bilden nedan<sup>847</sup>.

<sup>844</sup> FiURL 16 a – 16 c §.

<sup>845</sup> Enligt Audio Home Recording act § 1002 måste digitala inspelningsapparater och lagringsmedel vara anpassade till SCMS (Serial Copy Management System). Dessutom har man i USA debatterat frågan om huruvida hemelektronik borde stöda HDCP (även kallat ”broadcasting flag”), som används för att skydda signaler vid HDTV-sändningar. I EU har dylika stadganden varit mer allmänt utformade, så som stadgandena i direktivet om elektronisk handel där leverantörer av cachingtjänster förutsätts ”uppfylla villkoren för tillgång till informationen” samt att de inte får ingripa i ”den lagliga användningen av den teknik som är allmänt vedertagen och som används inom branschen för att få fram data om hur informationen används”.

<sup>846</sup> Definitionen av en teknisk åtgärd anknyts till dess effektivitet, men ifall en åtgärd är effektiv och därmed ”uppfyller skydds-ändamålet”, borde den ju inte kunna kringgås. Se dock diskussionen i kapitel IV.2.3.1 för en mer mångfacetterad analys av stadgandets innehåll.

<sup>847</sup> Terminologi för Informationssäkerhet. SIS Handbok 550 (2003).



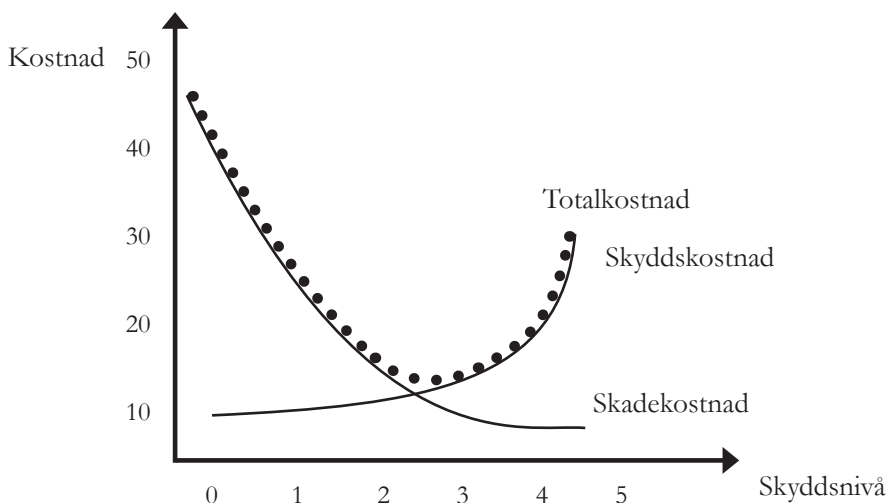


Bild 7. Optimal datasäkerhet ur riskekonometriskt perspektiv

Med tanke på definitionen av vad som är en effektiv teknisk åtgärd kunde man formulera en liknande optimeringsstandard, där man med effektiv teknisk åtgärd avser åtgärder vars a) *kostnader* och b) *ansedda tekniska effekt* står i proportion med c) *verkets art, värde och därtill hörande rättigheter* samt d) den datasäkerhetsnivå som *tillgänglig teknologi* kan erbjuda.

Man kan konstatera att diskussionen om den upphovsrättsliga användningsomgivningens säkerhet är långt ifrån uttömd. Det finns fortfarande ett antal regleringsteoretiskt viktiga frågor som lämnats öppna. För det första har man inte diskuterat *god databehandlings- eller god datasäkerhets sed* när det gäller den upphovsrättsliga användningsmiljön. Den datasäkerhetsrättsliga diskussionen är betydligt längre kommen inom ramen för skyddet av persondata.

Skyldigheten att tillse databehandlingens säkerhet är inte lika enkel att fördela som inom lagstiftningen gällande persondataskydd, där det är naturligt att det är den registeransvarige som innehar denna skyldighet. Datasäkerhetsdiskussionen kommer därför i den upphovsrättsliga kontexten utan tvekan att vara nära förbunden med frågan om en rättvis och effektiv riskfördelning och ansvarsfördelning mellan parterna samt speciellt frågan om huruvida den avtalsrättsliga lojalitetsprincipen eller medverkansansvar kommer att innebära ett krav på att licenstagaren/rättsinnehavaren påför tekniska åtgärder till skydd för upphovsmannens intressen.

Såväl när det gäller skyddet av persondata som när det gäller skyddet av upphovsrättsliga verk och alster förutsätts implicit en omräkning av icke-pekuniära värden. Inom det upphovsrättsliga paradigmet verkar skyddskostnaderna bestå av både kostnaderna för att påföra DRM-system och kostnader som DRM-system medför för användarna, bl.a. kringskärning av användarnas handlingsfrihet, *lock-in*-kostnader mm. Till skadekostnaderna hör både den ekonomiska förlusten för rättsinnehavarna liksom även den immateriella skadan för upphovsmännen. Inom det upphovsrättsliga paradigmet kompliceras modellen dock av att upphovsmannen (eller annan rättsinnehavare) i vissa fall till lägre kostnad kan undvika upphovs-

rättsintrång, med beaktande av kostnaderna för verifiering eller licensering av rättigheterna. Man kan alltså konstatera att det ur ekonomisk synvinkel kan finnas skäl att fördela ansvaret för vidtagande av åtgärder avsedda att minska risken för eller följderna av rättighetsintrång på något annat sätt än vad som gjorts i gällande rätt.

Datasäkerhetsaspekten för även fram frågan om DRM-systemens inverkan på uppkomsten av en tryggare informationsmiljö, där alla parter, såväl rättsinnehavares som olika typer av användares säkerhetsintressen och trygghet beaktas. Det är alltså inte enbart upphovsmännens och andra "ursprungliga" rättsinnehavares intressen som bör beaktas, utan man kan med tekniska och organisatoriska medel främja även användarnas tilltro till kommunikationsmiljön.

I detta sammanhang är det särskilt relevant att betrakta de eventuella datasäkerhetsrisker DRM-systemen kan medföra. I vissa fall kan tekniska åtgärder åstadkomma direkta datasäkerhetsproblem genom att de till sin natur är virus eller skadliga program. Detta var fallet i det mycket omtalade XCP-kopieringsskyddet som Sony BMG använde. XCP-kopieringsskyddet innehöll ett rootkit, som gömmer programmet. Kopieringsskyddet i sig innehöll inget virus, men innebär en avsevärd datasäkerhetsrisk, eftersom virus kunde använda detta rootkit för att gömma sig<sup>848</sup>. För användaren var programmet inte synligt. Inte heller medföljde något avinstalleringsprogram. Sony BMG tvingades sluta använda XCP-kopieringsskyddet i november 2005 efter att saken hade fått omfattande offentlig uppmärksamhet<sup>849</sup>.

Fallet pekar på ett flertal problem i samband med det rättsliga skyddet av DRM-systemen. XCP-kopieringsskyddet i sig innehöll inga virus och hade uttalat stöd i den lagstiftning som tillåter påförande av tekniska åtgärder. Samtidigt använde sig kopieringsskyddet av en teknik som allmänt används av hackers för att gömma en bakdörr i systemet, och med hjälp av vilken man kan kontrollera systemet. *Till den del ett DRM-system innebär en datasäkerhetsrisk för användarna uppkommer frågan om man har rätt att vidta åtgärder för att neutralisera DRM-systemet* (ursprungligen fanns ju inga medel för att avinstallera kopieringsskyddet).

Ifall det är lovligt att neutralisera en teknisk åtgärd som innebär en uppenbar datasäkerhetsrisk uppkommer frågan om när en teknisk åtgärd kan anses utgöra en datasäkerhetsrisk. I ovan nämnda fall baserar sig uppfattningen på ett offentliggjort meddelande från ett datasäkerhetsbolag som utvecklar virusbekämpningsprogram. Men det finns inget explicit stöd i lagen för en rättighet att kringgå en i upphovsrättslagen skyddad teknik som man misstänker innebär en datasäkerhetsrisk. Det verkar på denna punkt finnas en viss spänning mellan den lagstiftning som auktoriserar påförandet av DRM-system och lagstiftning avsedd att bekämpa datorbrottslighet, inklusive virus och intrång i datasystem, inbegripet användares frihet att vidta datasäkerhetsåtgärder<sup>850</sup>. Man kan dock konstatera att det rättsliga skyddet av DRM-system inte gör tillverkarna och distributörerna av dessa system immuna mot civil- eller straffrättsliga följder på basen av lagstiftning gällande datorbrottslighet, skydd av per-

<sup>848</sup> XCP-kopieringsskyddet klassificerades av F-secure som ett "malware", dvs. ett skadligt datorprogram. Datasäkerhetsproblemen förknippade med XCP-kopieringsskyddet har analyserats i F-Secure Rootkit Information: XCP DRM Software, [http://www.f-secure.com/v-descs/xcp\\_drm.shtml](http://www.f-secure.com/v-descs/xcp_drm.shtml). F-secure ansåg att det var olämpligt att kommersiella datorprogram använder sig av en dylik teknik.

<sup>849</sup> Hamm, Sony BMG's Costly Silence. Business Week Online 29.11.2005.

<sup>850</sup> När det gäller åtgärder som innebär att man skapar en sårbarhet som kan utnyttjas av hackers för spridning av virus eller intrång i datasystem uppkommer frågan om tillverkare och spridare av DRM-system kan göra sig skyldiga till medhjälp till dylik brottslighet.

sonlig integritet eller annan lagstiftning.

DRM-system kan ur datasäkerhetsperspektiv inneha olika datasäkerhetsfunktioner, det vill säga

- ▶ för att skrämma potentiella förövare genom en ökad risk för upptäckt (*deterrence*).
- ▶ för att i förväg undvika eller förhindra rättsintrång (*avoidance & prevention*)
- ▶ för att spåra gärningar som innebär intrång i upphovsrätten (*detection*)
- ▶ för att säkra bevis över användning för en eventuell rättsprocess och erhållande av ersättning samt för att kunna skrida till åtgärder för att avbryta rättsintrånget eller vidta andra självhjälpsåtgärder (*recovery & correction*).<sup>851</sup>

Det är inte helt entydigt i vilken utsträckning rättsinnehavarens användning av DRM-system skyddas i lag. Det verkar entydigt att upphovsrättslagstiftningens skydd av DRM-system utgår ifrån ett skydd av *preventiva* åtgärder. Åtgärder som avser att undvika eller förhindra rättsintrång kan därmed sägas utgöra kärnan i det rättsliga skyddet. Däremot kan åtgärder som innebär spårning och bevissäkring i vissa fall utgöra förbjudna intrång i datasystem eller åtgärder som annars exklusivt tillhör polisens befogenheter. I vissa fall kan en självhjälpsåtgärd också vara jämförbar med en rättsstridig egenhandsrätt. Rättsläget är dock oklart på denna punkt. Gällande rätt verkar inte heller ta ställning till huruvida det är förenligt med lagstiftningen att hävda att en viss användning skulle strida mot upphovsmannens rättigheter då så inte är fallet. Inget i lagen verkar förbjuda sådana åtgärder.

Slutligen kan DRM-systems förhållande till produkters och tjänsters samverkansförmåga (interoperabilitet) vara problematiskt. Brist på samverkansförmåga utgör ur användarsynvinkel ett tillgänglighetsproblem. Ur konkurrenssynvinkel kan brist på samverkansförmåga utgöra ett konkurrensfrihets- och etableringsproblem. I vissa fall beror bristen på samverkan på att man medvetet vill utesluta konkurrens genom att binda ett format till ett visst underlag. Det är inte ens uteslutet att det essentiella i en teknisk åtgärd är just att verket inte finns tillgängligt i vilket format som helst och inte kan spelas upp i vilken applikation som helst, utan endast i ett sådant format och i en sådan användningsmiljö som definieras som säker.

Det är inte alltid klart vad som definieras som en brist på samverkansförmåga. Framförallt är det oklart under vilka omständigheter det finns utrymme för skönsmässig bedömning *de lege lata* eller *de lege ferenda* för att lätta på skyddet för elektroniska rättighetshanteringsystem på grund av brister i samverkansförmåga hos DRM-system<sup>852</sup>.

Att lätta på skyddet för DRM-system innebär inte här att det skulle vara tillåtet att *kringgå* en teknisk åtgärd för att kunna nyttja ett verk t.ex. i ett annat format. Däremot kunde det innebära att tillverkare av DRM-system skulle vara skyldiga att tillhandahålla tillräcklig information gällande gränssnittet för att andra parter (konkurrenter) skall kunna utveckla kompatibla produkter. Information gällande rättighetsförvaltning, och då framförallt information med hjälp av vilken man kan identifiera verket och dess rättsinnehavare, kommer att utgöra

<sup>851</sup> Indelningen av säkerhetsfunktioner har utarbetats på basen av Parkers generella teori om datasäkerhetsfunktioner, Parker, *Managers Guide to Computer Security* (1981).

<sup>852</sup> Jfr. upphovsrättsdirektivets ingresspunkt 54 enligt vilken tekniska åtgärders interoperabilitet och kompatibilitet skall främjas. Välimäki & Oksanen, *DRM Interoperability and Intellectual Property Policy in Europe* (2006) framför att konkurrens- och konsumentskyddsåtgärder kräva att större vikt läggs vid interoperabilitetsproblemet.

en av kärnpunkterna i elektroniska transaktioner med verk. Det kommer därför att vara en essentiell förutsättning att säkra tillgången till informationen i de databaser som innehåller dylik information, i första hand då de databaser som idag handhas av upphovsrättsorganisationerna. Detta är viktigt med tanke både på rättsinnehavarnas och på användarnas intressen. Det ter sig därför essentiellt att se till att berörda parter har tillgång på lika och förmånliga villkor till information gällande verket och dess rättsinnehavare. Detta är en fråga som det ännu är för tidigt att gå till botten med, men som högst troligt kommer att utgöra en viktig fråga i framtiden.

## 7. REGLERINGEN AV MARKNADERNA FÖR DRM-SYSTEM

Upphovsrättsdirektivets stadganden om det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder och information om rättighetsförvaltning innebär delvis att lagstiftningen lösgör sig från synen på DRM-system som endast en garanti för upphovsrättens effektivitet i den digitala miljön. Istället framhävs frågan om skapandet av förutsättningar för en fungerande inre marknad för elektroniska rättighetsförvaltnings- och skyddssystem.

Mycket tyder emellertid på att man inte under lagstiftningsprocessens gång funderade särskilt mycket på hur direktivets stadganden kommer att påverka den inre marknaden för elektroniska rättighetsförvaltnings- och skyddssystem. Dels gäller det här hur formuleringen av det rättsliga skyddet av DRM-system och särskilt begränsningarna av detta skydd påverkar en gemensam inre marknad för DRM-system. Dels verkar man inte ha betraktat hur det rättsliga skyddet av DRM-system påverkar forskning och innovationsverksamhet som gäller DRM-system eller nya medier<sup>853</sup> och därmed utvecklingen av framtida marknader för DRM-system.

Medlemsländerna tillåts enligt upphovsrättsdirektivet att mer eller mindre fritt välja vilka upphovsrättsliga undantag som tillåts på nationell nivå. Samtidigt kräver man dock i artikel 6.4 att tekniska åtgärder inte skall få hindra användning i enlighet med vissa undantag eller inskränkningar varom stadgas i den nationella lagstiftningen. Det här innebär problem för skapandet av enhetliga marknader för tjänster och produkter avsedda att skydda upphovsrättsliga verk, eftersom en teknisk åtgärd kan strida mot de upphovsrättsliga stadgandena om begränsning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder i en stat (som godkänner de i direktivet nämnda undantagen och inskränkningarna), men inte i en annan (som inte godkänner de i direktivet nämnda undantagen och inskränkningarna).

En utväg ur detta problem, som skulle ha varit bättre med tanke på en gemensam marknad för DRM-system, skulle ha varit att lösgöra skyddet av DRM-system från de nationella stadgandena om undantag. Då skulle alltså medlemsstaterna inte i sig vara skyldiga att införa nya regler som gäller tillämpligheten av undantagen, men däremot skulle man då kunna harmoni-

<sup>853</sup> Med media avser jag här inte massmedier, utan all sådan infrastruktur och delar av infrastruktur som är avsedd att förmedla verksamhet. Nya medier i denna bemärkelse kan lika väl bestå av apparater som datorapplikationer.

sera det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder och därmed skulle lika regler och ”standarder” gälla för dem som utarbetar tekniska åtgärder oberoende av var de verkar. Dessa problem kommer också att gälla de uppförandekoder gällande DRM-system som medlemsländerna uppmanas uppmuntra i artikel 17 i direktivet om säkerställande av immaterialrätt (2004/EG/EG)<sup>854</sup>.

Frånvaron av harmonisering av skyddet av DRM-system kan alltså leda till att man ställer olika krav i olika länder på utformningen av elektroniska rättighetshanteringssystem, vilket kan utgöra ett hinder för en inre marknad för produkter och tjänster avsedda att erbjuda ett effektivt skydd av tekniska åtgärder.

Det andra problemet med tanke på den framtida gemensamma marknaden för varor och tjänster avsedda att erbjuda ett effektivt skydd mot upphovsrättsintrång är frågan om hur upphovsrättsdirektivet påverkar datasäkerhetsforskning och uppkomsten av nya tjänster och varor i branschen. Dels är det oklart hur det snäva undantaget från rättsligt ansvar på grund av kringgående av tekniska åtgärder i praktiken kommer att påverka möjligheten att utöva forskning gällande tekniska åtgärder. Det finns en viss risk att man inte vågar bedriva fri forskning, utan att man för säkerhets skull hemligstämplar (dvs. undviker att publicera) forskningsresultat som gäller tekniska åtgärder. Dels är det oklart vilka följder det får för marknaderna för varor och tjänster sammanhängande med tekniska åtgärder ifall skyddet av de tekniska åtgärderna anses utgöra en till upphovsmannen hörande ensamrätt och det därmed skulle vara förbjudet att påföra tekniska åtgärder utan upphovsmannens<sup>855</sup> tillstånd.

Till den del man i nationell rätt slår fast att tekniska åtgärder bör följa vissa tekniska standarder kan man tänka sig att detta har en stabiliserande effekt på marknader för DRM-system. Samtidigt finns det dock en risk för att sådana standarder kan hindra framtida teknisk utveckling eller att standarderna favoriserar någon viss produkt<sup>856</sup>.

## 8. DRM-SYSTEMENS INVERKAN PÅ UPPHOVSRÄTTENS DYNAMIK

Det är inte endast fråga om att en ny rättighet skulle ha uppkommit genom det rättsliga skyddet av DRM-system eller att elektroniska kontrollsystem innebär att upphovsrättens effektivitet kan tillses även i en digital miljö. DRM-systemens inverkan på det upphovsrättsliga paradigmet är mycket mer djupgående än så. Dels inverkar skyddet av DRM-system på de filosofiska grunderna bakom det upphovsrättsliga paradigmet. Det betonar nämligen en på reellt förfogande baserad äganderätt istället för det traditionella förmögenhetsrättsliga paradigmet där upphovsrättens omfattning varit beroende närmast av konkurrensrättsliga linjedragningar mellan behovet av ett rättsligt monopol för att försäkra tillräckliga incitament för skapande verksamhet och en rätt strikt begränsning av detta monopol för att försäkra fri

<sup>854</sup> Direktivets målsättning är att åstadkomma uppförandekoder på gemenskapsnivå, men man har helt klart tänkt sig att harmoniseringen skall ske med ”mjuka” medel, dvs. utan tvång och närmast genom informationsutbyte.

<sup>855</sup> Med upphovsman jämställs här framförande artister och andra innehavare av närstående rättigheter.

<sup>856</sup> Hausmann, Protecting Intellectual Property in the digital Age (2002).

konkurrens. Den fria konkurrensens betydelse har minskat, vilket kan ses i den expansion av upphovsrätten som ägt rum de senaste decennierna samt i det faktum att mycket liten uppmärksamhet har getts i lagstiftningen åt de eventuella konkurrensbegränsande lock-in-effekter<sup>857</sup> som DRM-system kan medföra.

I och med den snäva fokuseringen och målsättningen att DRM-system är ett medel för att säkerställa det upphovsrättsliga skyddet i en digital miljö, har lagstiftaren förbisett de långt gående konsekvenser skyddet av DRM-system får för det upphovsrättsliga paradigmet och upphovsrättsinstitutet som en helhet. *De facto* verkar man ha utgått ifrån att skyddet av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning inte skulle inverka på det upphovsrättsliga rättsinstitutet i sig eller den ”upphovsrättsliga balansen”. Det faktum att man vid utarbetandet av upphovsrättsdirektivet först i ett mycket sent skede beaktade att skyddet av tekniska åtgärder kunde stå i konflikt med de upphovsrättsliga undantagen och begränsningarna tyder på detta. Man kan därför anta att det att man inte beaktat övriga omfattande konsekvenser av skyddet av DRM-system likaså i många fall baserar sig på non-chalans snarare än medvetna politiska val. Det här minskar dock inte allvaret på de problem eller förskjutningar av balansen som skyddet av DRM-system medför inom det upphovsrättsliga paradigmet.

Elektronisk rättighetshantering förändrar vissa grundläggande presumtioner i det upphovsrättsliga paradigmet. Detta kan förändra många av de teorier, begrepp och lösningar som det traditionella upphovsrättsparadigmet bygger på. Den har helt enkelt en *effekt på den upphovsrättsliga dynamiken*. Med detta menar jag att en förändring i en eller flera grundpremissier inom upphovsrätten påverkar andra delar av upphovsrätten.

Ett gott exempel på detta är den diskussion som framlagts i kapitel IV.4 ovan, dvs. hur tillämpningen av DRM-system påverkar omfattningen av, modellen för och nivån på ersättningar för användning både inom ramen för privatkopiering och andra undantag och inskränkningar samt även som en del av riskfördelningen vid prevention och med tanke på påföljdssystemet för upphovsrättsintrång. Den dynamiska effekten av DRM-system gäller här dels utsträckningen av den ensamrätt som hör till upphovsrätten samt dels vad som är en rättvis riskfördelning, framförallt med beaktande av denna riskfördelnings konsekvenser på sådant som konkurrensen, marknaderna samt informationsflödet.

Den kanske viktigaste presumtionen som DRM-systemen förändrar är att användningen av upphovsrättsens objekt, verket, inte kan förhindras eller kontrolleras med andra medel än genom att skapa en ensamrätt. En ensamrätt som innebär att vissa typer av nyttjande av verket inte får företas utan upphovsmannens tillåtelse och som påbjuder betalning av rimlig kompensation i de fall då användning trots allt har skett. DRM-systemen erbjuder istället allt större möjligheter att tillse upphovsmannens intressen genom avtal eller direkt kontroll på basen av vilket visst nyttjande förhindras eller för vilket överenskommen kompensation erläggs<sup>858</sup>. Frågan om hur den utökade möjligheten att kontrollera användning av upphovsrättsligt skyddade verk och andra alster borde påverka den riskfördelning som upphovsrätten avspeglar gäller alltså frågan om huruvida man erkänner DRM-systemens inverkan på upphovsrättsens dynamik.

Om man godtar tanken på att DRM-system innebär en utökad möjlighet att utöva kon-

<sup>857</sup> Med lock-in menas att konsumenters valmöjligheter minskar på grund av produkters tekniska urformning. Detta kan utgöra ett effektivt konkurrensbegränsande medel. Shapiro & Varian, *Information Rules* (1999) s. 103 ff.

<sup>858</sup> I många fall sker ingen explicit överenskommelse, utan det är fråga om att användaren accepterar ersättningsbeloppet.



troll över användning av upphovsrättsliga verk och att det rättsliga skyddet av DRM-system i verkligheten innebär ett trefaldigt skydd av rättsinnehavarens intressen, ett skydd som baserar sig på upphovsrätt, (ensidigt utformade) avtalsvillkor samt det reella förfogande som en teknisk åtgärd medger, så måste man öppna ögonen för de följdfrågor som gäller skyddet av användarnas intressen i denna ändrade regleringsmiljö. Framförallt finns det anledning att beakta att DRM-system innebär en möjlighet till ex ante- kontroll över användning av verk – något som inte varit möjligt i den traditionella upphovsrättsliga paradigmen varken tekniskt eller organisatoriskt.

Lagsiftaren verkar inte ha betraktat DRM-systemens inverkan på upphovsrättens dynamik i någon större utsträckning. Endast till den del det är fråga om undantaget för privatkopiering och ersättningsmodellen för dylikt nyttjande verkar man ha beaktat detta. Då det är möjligt att inskränka eller helt förbjuda kopiering för privat bruk genom påförande av DRM-system finns det inte anledning att dessutom utkräva ersättning för lagringsmedel. Det är sen rättsinnehavarens sak att avgöra om det är förenligt med dennes affärsintressen att förbjuda privatkopiering eller inte. Till den del rättsinnehavaren väljer att inte inskränka eller omöjliggöra privatkopiering skulle det därmed inte finnas anledning att särskilt ersätta rättsinnehavaren för privatkopiering, eftersom man kan anse att denne gett sitt tillstånd till framställning av kopior för privat bruk.

Offentligt tillgängliggjorda illegala exemplar av verk utgör dock fortsättningsvis ett problem för denna logik. I dessa fall kan man inte anse att rättsinnehavaren varken implicit eller explicit gett sitt tillstånd till privatkopiering. Med beaktande av nuvarande användningsmiljöer sig därför en viss nivå av ersättning för privatkopiering fortfarande nödvändig.

En potentiellt omfattande följd av elektronisk rättighetshantering kan ses inom området för kollektiv licensering och bevekelsegrunderna för vidmakthållandet av upphovsrättsorganisationer som har monopol på licensering av användning. I detta sammanhang är det av mindre betydelse att DRM-system möjliggör för upphovsrättsorganisationer att på ett effektivare sätt handha sina traditionella uppgifter, dvs. licensering, förvaltning och säkerställande av rättigheter.

I korthet kan man beskriva problematiken här som en fråga om huruvida de upphovsrättsliga marknaderna bör avregleras på samma sätt som marknaderna för till exempel telekommunikation och energi. DRM-system kan här beskrivas som en banbrytande teknologi, som förändrar de ekonomiska förutsättningarna för det organisatoriska handhavandet av de uppgifter upphovsrättsorganisationerna innehaft, dvs. licensering, administrering av avgifterna samt säkerställande av upphovsrätten.

I och med elektroniska rättighetshanteringssystem uppkommer en alternativ struktur, med hjälp av vilken innehåll kan licenseras och administreringen av upphovsrättsavgifter kan automatiseras. Man kan ifrågasätta om kollektiv förvaltning i detta läge behövs, eller om en eller flera av dess funktioner kan ersättas med DRM-system på ett sätt som skulle effektivera licensering, administrering av avgifter eller säkerställandet av rättigheterna samt som skulle öka konkurrensen på marknaden.

Kollektiv rättighetsförvaltning har normalt justifierats med att den är nödvändig för att minska transaktionskostnaderna, att kollektiv licensering minskar riskerna för intrång ur användarens synvinkel samt att det är det enda möjliga och effektiva alternativet att erbjuda användare tillgång till en världsomfattande repertoar. Ur konkurrensrättsligt perspektiv är

kollektiv förvaltning dock problematisk. Ur användarperspektiv har upphovsrechtsorganisationerna möjlighet att monopolprissätta sina produkter i brist på konkurrens. Upphovsrechtsorganisationen kan alltså utnyttja sin dominerande ställning på marknaden vid utfärdandet av licenser. Dessutom utgör de en kartell, eftersom de effektivt förhindrar konkurrens *mellan* upphovsmännen<sup>859</sup>.

Kollektiv rättighetsförvaltning minskar transaktionskostnaderna ur upphovsmannasynvinkel genom de skalfördelar (*economics of scale*) som kollektiv rättighetsförvaltning erbjuder. Kollektiv rättighetsförvaltning minskar transaktionskostnaderna även ur användarsynvinkel, eftersom upphovsrechtsorganisationen tar hand om klareringen av rättigheter gentemot de individuella rättsinnehavarna. Det finns dock inget som säger att individuell klarering inte i princip kan åstadkommas genom privata samfund utan monopolställning. Som exempel kan anges licensering av fotografier för publicering i olika medier. Licensering av fotografier för publicering i olika medier handhas av ett stort antal privata företag, bland dem Lehtikuva, som genom internationellt samarbete har en licenserbar repertoar på över 2 miljoner fotografier som även kan licenseras för Internet-användning.

Den tekniska utvecklingen som möjliggör automatiserad hantering av licensering och förvaltning möjliggör individuell rättighetsklarering i större skala än tidigare. Man kan alltså säga att den nya tekniken erbjuder samma skalfördelar som tidigare har kunnat erbjudas endast genom kollektiv rättighetsförvaltning. Det skulle dock krävas ingående studier av de upphovsrättsliga marknaderna för att studera i vilken grad och i vilka situationer individuell licensering med hjälp av DRM-system erbjuder större skalfördelar och även i övrigt är samhällsligt mer fördelaktigt än kollektiv rättighetsklarering. I brist på bevis över att kollektiv licensering är effektivare (och därmed leder till lägre prisnivåer)<sup>860</sup> än elektronisk rättighetshantering, borde den rättsliga regleringen utgå ifrån individuell licensering genom DRM-system.

Framförallt skulle det vara nödvändigt att närmare analysera de organisatoriska, ekonomiska och tekniska faktorer som står i vägen för en effektivisering av de olika aspekterna av rättighetsförvaltning genom användning av DRM-system.

En av dessa faktorer är utan tvivel tillgången till de databaser som innehåller information om verk. Idag upprätthåller upphovsrechtsorganisationerna de viktigaste databaserna med information om verk och deras upphovsmän. Såsom ovan i kapitel III beskrivits, handhar upphovsrechtsorganisationerna system för verksidentifiering och referensdatabaser med uppgifter om rättsinnehavarna. Dessa system används i huvudsak för licensering på eftermarknaderna för verk, såsom vid offentligt framförande av musik. Dessa databaser är skyddade genom *sui generis*-skyddet för databaser och är inte allmänt tillgängliga<sup>861</sup>.

Kollektiv licensering sker antingen genom frivilliga arrangemang eller på basen av lagstadgade licenseringsarrangemang. I norden tillämpas i stor utsträckning avtalslicensarrangemang.

<sup>859</sup> Katz, *The Potential Demise* (2005), s. 547-548.

<sup>860</sup> Ett faktum som talar till förmån för kollektiv licensering är att kollektiv licensering vanligen leder till en prisutjämning, där användaren betalar samma pris oberoende av verket. Detta innebär till exempel att ett radiobolag betalar samma pris för att spela en populär musikkått som för en mindre populär. Vid individuell prissättning kunde priset för populära låtar vara betydligt högre än det pris som betalas för en mindre populär. Enligt Katz utgör systemet med payola (som kan beskrivas som muta av anställda på radiostationer för att spela en viss musik), och de upprepade försöken att kringgå förbudet mot payola, ett bevis för att kollektiv rättighetsförvaltning inte är ett naturligt monopol. Det skulle vara samhällsligt effektivare med en fri marknad, eftersom payola då skulle ersättas av en prisminskning för offentligt framförande av musik. Payolan grundar sig på att musikproducenterna är väl medvetna om att musik som framförs oftare på radio säljer bättre, varför det lönar sig för dem att betala för att få musiken framförd. Katz, *The Potential Demise* (2005), s. 582-590.

<sup>861</sup> Till exempel CISAC upprätthåller den gemensamma referensdatabasen CIS (genom vilket flera regionala databaser samlas). Databasen är dock tillgänglig endast för upphovsrechtsföreningar som är medlemmar i CIS.

emang som ett alternativ till tvångslicensering<sup>862</sup>. Även i länder med tvångslicensstadganden kan upphovsrättsorganisationerna ha en lagstadgad ställning vid rättighetsförvaltningen. Den kollektiva licenseringens ställning på marknaden har alltså ofta befästs genom lagstadganden som ger upphovsrättsorganisationerna ensamrätt att bevilja licenser för visst bruk.

Även i de fall då kollektiv licensering inte direkt har stöd i lagen innebär överföringen av exklusiva rättigheter till en upphovsrättsorganisation att nya aktörer på området, dvs. konkurrerande licenseringsorganisationer eller -arrangemang, inte kan träda in på marknaden.

Även tekniska hinder kan finnas som förhindrar eller fördröjer en övergång till individualiserad licensering. Många av dessa hinder håller dock på att försvinna i och med det standardiseringsarbete som genomförs inom framförallt ISO.

Det utan tvivel största hindret för en övergång från kollektiv till individuell licensering består av att de organisationer som idag handhar kollektiv licensering knappast gärna ger upp en lukrativ verksamhet. Dessutom skulle en övergång till individuell licensering troligtvis innebära en effektivare konkurrens mellan upphovsmän, vilket skulle leda till sjunkande priser och därmed lägre snittinkomster för upphovsmännen<sup>863</sup>.

DRM-system föranleder alltså potentiellt en övergång till individualiserad licensering vid de tillfällen då de idag är baserade på kollektiv licensering, som antingen har stöd i lag eller har blivit praxis inom ett område. Utnyttjandet av DRM-systemens potential till fullo inom områden som idag stöder sig på kollektiv licensering kan kräva lagändringar till den del lagstiftningen stöder system där en viss organisation får en dominerande marknadsposition. Dessutom kan det krävas rättsliga åtgärder för att garantera tillgång till den grundinformation som behövs för licensering av verk till rättvisa, lika och förmånliga villkor. De rättsliga utmaningarna berör upphovsrättsorganisationernas intresse att skydda sina immateriella tillgångar, i detta fall *sui generis*-skyddet av databaserna ifråga, samt frågan om skyddet av persondata gällande upphovsmännen. Dessa utmaningar utgör dock inte hinder för sådana arrangemang som ökar de individuella upphovsmännens förmåga att själv bestämma ramarna för prissättningen<sup>864</sup>.

Nackdelen ur användarsynvinkel är att upphovsrättsorganisationerna genom sin lagstadgade monopolställning kan utnyttja sin dominerande position vid prissättningen. I och med att upphovsrättsorganisationerna i många fall kräver att medlemmarna överför rättigheterna genom exklusiva avtal finns inte heller någon möjlighet att komma överens med upphovsmännen på individuell basis<sup>865</sup>.

---

<sup>862</sup> Upphovsrättslagen innehåller ett antal bestämmelser om avtalslicens, varom stadgas närmare i FiURL 26 §. Rättigheten att bevilja licenser på basen av ett stadgande om avtalslicens beviljas av undervisningsministeriet för fem år åt gången åt en organisation som företräder ett stort antal inhemska upphovsmän. Avtalslicensstadganden finns gällande fotokopiering, användning i internt informationssyfte, undervisning, användning i arkiv, museer och bibliotek samt användning inom radio- och televisionsverksamhet.

<sup>863</sup> I vissa fall skulle inkomsterna troligen stiga, men i de flesta fall sjunka. Detta beror som ovan förklarats på att kollektiv licensering innebär att organisationen får en dominerande marknadsställning och i många fall kan diktera villkoren för licensering. De villkor upphovsrättsorganisationerna använder gentemot upphovsmännen är också avsedda att förhindra eller avskräcka individuell licensering.

<sup>864</sup> CLARCS-tjänsten, en klareringstjänst inom förlagsbranschen i Storbritannien, hade ett system som möjliggjorde att förlagen själva kunde avgöra i vilken omfattning de överförde licenseringsrättigheter till CLARCS och sen själva avgöra även priset. Om inget pris angetts (olika pris kunde anges för olika titlar) kunde CLARCS själv bestämma priset. CLARCS handlade licenseringen och distribuerade inkomsterna till förlagen. I fall licensförfrågan överskred det som CLARCS fick bevilja kunde CLARCS överföra förfrågan till förlaget (mot en låg tjänsteavgift). Clark, *The Publisher in the Electronic Age* (1993).

<sup>865</sup> Individuell licensering skulle i de flesta fall kräva att upphovsmannen antingen säger upp avtalet med upphovsrättsorganisationen eller sluter ett säravtal om handhavande av licenseringen av ett visst verk. Bägge alternativen är oförmånliga för upphovsmannen, varför de exklusiva avtalen med upphovsrättsorganisationerna kan anses utgöra en struktur som utgör ett hinder fri konkurrens. Se även Katz, *The Potential Demise* (2005) om upphovsrättsorganisationernas kartellbildande verkan.



# VI. Mot en mer balanserad reglering av DRM

*”The application of a technology-aided paradigm of copyright is about managing the relationship between technology and copyright law, not about replacing one by another.”*

- Sévérine Dusollier

## 1. KULTURKONFLIKTEN MELLAN DET GAMLA INTERNET OCH DE NYA KOMMERSIELLA INTRESSENA

Mot bakgrunden av den tekniska utvecklingen och särskilt uppkomsten av de globala informationsnätverken, i första hand Internet, är det förståeligt att rättsinnehavarna upplevt sina intressen som hotade. Det här gäller särskilt med tanke på den kultur som ännu i medlet av 1990-talet florerade på Internet, en kultur som i mycket karakteriserades av ”anarki” och en strukturell brist på *governance*<sup>866</sup>.

Olika typer av governance-system har snabbt växt upp. Till de viktigaste specifika för Internet hör standardisering genom det arbete som bland annat Internet Engineering Task Force och World Wide Web Consortium utför samt även upprättandet av en internationell domännamnsförvaltning ICANN. Idag behandlas saker som sammanhör med governance-strukturer på Internet av många olika organ, bland dem även till exempel FN.

FN:s Working Group on Internet Governance definierar i sin slutrapport från år 2005 ”Internet governance” på följande sätt: “Internet governance is the development and application by Governments, the private sector and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures, and programmes that shape the evolution and use of the Internet”<sup>867</sup>.

Den primära normkällan för beteende på Internet var netiketten<sup>868</sup>, det vill säga en ”etik för nätet”, som kan definieras som sedvaneregler som var mer eller mindre allmänt accepterade bland medlemmarna i cybersamhället. Netiketten var ursprungligen avsedd att minimera onödig trafik, eftersom förbindelser och lagringskapacitet var mycket kostsamma<sup>869</sup>.

<sup>866</sup> Se även Lessig, *Free Culture* (2004), särskilt s. 276-277, där den nuvarande upphovsrättsliga expansionstrenden utmålas som en reaktion på den brist på möjligheter att säkerställa sina rättigheter som tidigare var ett faktum. Enligt Graham kan anarki uppfattas i både positiv och negativ mening. Den förra poängterar frihet och framförallt frihet från statlig intervention, det senare en brist på ordning och trygghet. Om anarkistiska ideal och Internet, se Graham, *The Internet* (1999), s. 84-102. Denna brist på ”governance” och särskilt på toppstyrning kan ha ansetts utgjort en viktig grogrund för uppkomsten av Internet. Hauben & Hauben, *Netizens* (1997) belyser Internets uppkomst och framförallt det viktiga arbete som gjorts på gräsrotsnivå för att bygga upp det vi idag känner som Internet.

<sup>867</sup> Report of the Working Group on Internet Governance (2005).

<sup>868</sup> Uttrycket netikett uppkom enligt Lynch år 1986, Lynch, Keith, Lynch’s timeline of net related terms and concepts, version 27.8.2006.

<sup>869</sup> Det var först i takt med att dessa resurser blev förmånligare och i takt med att lämpliga medel för digitalisering av innehåll blev tillgängliga, som idéer om Internet som ett globalt ”bibliotek” började slå igenom på allvar.

Denna netikett har utvecklats med tiden, och kommit att omfatta även ”sedvaneregler” som berör upphovsrätten<sup>870</sup>.

National Science Foundation, som upprätthöll den bärande infrastrukturen för nätverket, publicerade år 1989 en ”Acceptable Use Policy”, där man förklarade att nätet är till för att användas för forsknings- och undervisningsändamål och där all kommersiell verksamhet uttryckligen förbjöds<sup>871</sup>. I denna netikett var det fullt acceptabelt och till och med önskvärt att dela med sig av information och bygga upp ”*the commons*”. Frågan om beaktandet av upphovsrätt var sekundärt<sup>872</sup>. Eller som man förklarar i Michael och Rhonda Haubens ”Netizens: On the History and Impact of Usenet and the Internet” från år 1997; Internet uppstod på basen av mycket frivilligt arbete och att dela med sig av information var en dygd, vare sig det gällde tekniskt kunnande om hur man kunde få Internet att fungera bättre eller sällsynt litteratur<sup>873</sup>.

Man bör minnas att Internets historia alltså baserar sig just på tanken om fri kommunikation och globalt samarbete fritt från kommersiella imperativ. Man skall också minnas att kommersiell verksamhet på Internet till och med var förbjuden fram till år 1995<sup>874</sup>.

Internets ursprung är alltså icke-kommersiell, och det är inte utan friktioner som nätet har anpassat sig till nya kommersiella krav. Än idag kan denna friktion skönjas kanske särskilt väl just i de diskussioner som gäller kommunikationens frihet på nätet och ”*the intellectual commons*” å ena sidan och de kommersiella intressena att förbjuda spridning av upphovsrättsligt skyddat innehåll å den andra.

## 2. PROBLEM I SAMBAND MED RÄTTSSINNEHAVARENS KONTROLLPOSITION

Rättsinnehavarnas oro över det hot som den nya tekniken och de globala nätverken medförde låg bakom stadgandena i WIPO:s Internetkonventioner (WCT och WPP1) som erbjöd ett rättsligt skydd för tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning, inklusive de avtalsvillkor som hänför sig till verket. Det verkar uppenbart att avsikten med skyddet av DRM-system var att möjliggöra för rättsinnehavarna att bättre säkerställa sina rättigheter i den nya verksamhetsmiljön. Det framkommer ingenstans att avsikten skulle ha varit att öka rättsinnehavarnas rättigheter eller överföra beslutsmyndighet eller verkställande makt från offentliga organ i den demokratiska staten till privata händer.

<sup>870</sup> IETF:s (Internet Engineering Task Force) Netiquette Guidelines (Oct. 1995) kan man se hur netiketten här har utvecklats att beakta även upphovsrätten. Man kan inte idag säga att det finns en enda Netikett, utan olika ”sedvaneregler” har skapats inom olika användargrupper i olika forum på Internet.

<sup>871</sup> Denna användningspolicy har publicerats i Hauben & Hauben, Netizens (1997), s. 219-220.

<sup>872</sup> I Nordisk rättslitteratur har även Blume förespråkat ett upphovsrättsfritt Internet med hänvisning till uppkomsten av freeware-, shareware och GNU-licenserna samt eftersom informationssamhället baserar sig på idén att den enskilda medborgaren har reell möjlighet att använda information och att intresset och behoven av att förmedla information blir allt större. Blume, Internettet og retten (1998), s. 44-45.

<sup>873</sup> Hauben & Hauben, Netizens (1997), särskilt s. 185-186 och 214 ff.

<sup>874</sup> Utvecklingen mot kommersiellt upprätthållna nätverk beskrivs i Hauben & Hauben, Netizens (1997), s. 214 ff.



DRM-systemen och det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning kommer dock *á priori* att erbjuda rättsinnehavarna en drastiskt stärkt kontrollställning jämfört med vad som varit brukligt i det traditionella upphovsrättsliga paradigmet. En möjlighet att kontrollera användning av utgivet innehåll utgör i sig ett paradigmskifte, eftersom upphovsrätten uttryckligen grundar sig på ett paradigm där sådan kontroll inte är möjlig. Hur stark rättsinnehavarens kontrollställning *de facto* är beror dels på de tekniska möjligheterna och utvecklingen av säkra användningsmiljöer och dels på det utrymme och stöd för privatreglering som rättsordningen ger rättsinnehavarna.

Den tekniska utvecklingen av DRM-system har lett mot allt säkrare användningsmiljöer, där man i allt högre grad kan säkerställa att endast auktoriserad användning förekommer och endast av lagligen tillgängliggjort innehåll. Utvecklingen mot säkra användningsmiljöer har gått så långt att det idag till och med finns tekniska möjligheter att täppa till det ”analoga hålet”, det vill säga förhindra inspelning av en uppspelning i sådan form som kan upplevas med människans sinnen. Detta har traditionellt ansetts omöjligt och man har därför också ansett att tekniska åtgärder per definition inte kan utgöra ett hinder för yttrande- och kommunikationsfrihet.

Tekniken möjliggör både *ex ante* och *ex post*-kontroll av användning av innehåll. DRM-system kan alltså användas för att i förväg ange villkoren för, styra eller hindra åtkomst eller användning, för att följa upp och förhindra oauktorerad användning eller åtkomst, för att samla in bevis över rättighetsintrång eller såsom självhjälpsåtgärder.

Den kontrollställning som den upphovsrättsliga lagstiftningen tillerkänner rättsinnehavaren beror på den autonomi den ger rättsinnehavaren och det rättsliga stöd den tillerkänner rättsinnehavarens åtgärder. Lagstiftningen ger rättsinnehavaren en principiell rättighet att kontrollera tillgång och användning av innehåll genom DRM-system med därtill hörande förbud för manipulering och kringgående av sådana system. Dessutom har tredje parter såsom tjänsteleverantörer eller teknikproducenter i vissa fall ålagts en skyldighet att stöda elektronisk rättighetshantering. Enligt Audio Home Recording Act § 1002 måste digitala inspelningsapparater och lagringsmedel anpassa sig till SCMS och andra av Secretary of Commerce certifierade kopieringsskydd. DMCA § 1201 (k) förbjuder tillverkning, import, tillgängliggörande eller handel med vissa analoga apparater (videobandspelare och videoapparater) som saknar stöd för automatisk kopierings- och åtkomstkontrollteknologi. EG-rätten är inte lika explicit, men man kan notera att stadgandena om förutsättningarna för ansvarsfrihet för caching-tjänster enligt direktivet om elektronisk handel förutsätter att tjänsteleverantören inte ändrar informationen, uppfyller villkoren för tillgång till informationen, följer regler för uppdatering av informationen samt inte ingriper i den lagliga användningen av den teknik som är allmänt vedertagen och som används inom branschen för att få fram data om hur informationen används (artikel 13 a - d). Å andra sidan säger man i upphovsrättsdirektivets ingresspunkt 48 att det inte skall finnas någon skyldighet att utforma varor och tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder.

Varför då oroa sig över rättsinnehavarens möjlighet att kontrollera tillgång och användning av innehåll? Innehåll består av uttryck som förmedlar information<sup>875</sup>. En rättighet att

<sup>875</sup> Dessa uttryck erhåller under vissa förutsättningar upphovsrättsligt skydd eller ett *sui-generis*-skydd eller utgör föremål för en närstående rättighet.

kontrollera information innebär därför samtidigt en möjlighet att kontrollera *informationsflödet*. Information och informationsflöde har en central ställning i vårt samhälle som en motor för innovation och produktivitet, som förutsättning för kunskap och kunskapsförmedling, som ett medel för öppenhet och demokrati samt för kulturell mångfald. Dessa värden är nära förbundna med eller en förutsättning för ekonomisk, social och kulturell välfärd och en adekvat maktfördelning i ett demokratiskt samhälle.

En obegränsad rättighet att kontrollera tillgång och användning av information med därtill hörande brist på rättslig balans och adekvata rättsskyddsmedel (*checks and balances*) leder i värsta fall till att dessa värden offras på den kommersiella äganderättens altare och till en maktposition och maktkoncentration som inte är förenlig med demokratiska värderingar.

Då man i den europeiska kommissionens grönbok gällande upphovsrätten och teknikens utmaningar (COM (88) 172 final) för första gången i ett europeiskt policy-dokument uppskisserade det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder hade man endast enkla kopieringsskydd för ögonen. Dessa kopieringsskydd förhindrade andrahandskopiering. Man såg kopieringsskyddet endast som ett sätt för rättsinnehavaren att skydda en legitim rättighet i en miljö där privatkopiering upplevdes som ett allt större problem för industrin. Det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder fick i detta dokument sin konkreta utformning genom ett förslaget påbud för tillverkare och importörer att tillverka eller importera endast sådana DAT-spelare för konsumentbruk som innehöll kopieringsskyddet. Man kunde i detta läge knappast föreställa sig att ett lagstadgat skydd mot kringgående av en teknisk skyddsåtgärd skulle medföra möjligheter för rättsinnehavaren att missbruka sin ställning.

Det rättsliga skyddet av DRM-system har på internationell nivå genomförts genom WIPO:s Internetkonventioner från år 1996, som påbjuder ett nytt rättsligt skydd för kringgående av tekniska åtgärder och information gällande rättighetsförvaltning. I USA genomförde man år 1998 detta skydd genom DMCA, som också innehöll stadganden om ett förbud mot kommersialisering och spridning av produkter och tjänster för kringgående av åtkomstkontroll (dock ej för kringgående av andra slags tekniska åtgärder). Inom EG-rätten infördes motsvarande bestämmelser i upphovsrättsdirektivet år 2001, som enligt bestämmelserna i direktivet skulle träda i kraft år 2002. Endast Danmark och Grekland implementerade direktivet inom utsatt tid, och i Norge och Sverige genomfördes lagstiftningen genom lagändringar som trädde i kraft år 2005 samt i Finland år 2006.

Under de tio år som gått mellan uppkomsten av WIPO:s Internetkonventioner och den nationella implementeringen av upphovsrättsdirektivet har både den tekniska utvecklingen och den rättsliga diskursen gått framåt. I en av de första kritiska artiklarna om det rättsliga skyddet av DRM-system framförde Thomas Vinje sin oro över skyddets rättsliga konsekvenser för det upphovsrättsliga institutet och de bredare samhällsliga målsättningar som ligger bakom detta institut, inbegripet reglernas effekt på upphovsrättens inskränkningar och *public domain* samt teknologisk innovation och samverkansförmåga. Vinje varnar också för att ett skydd, vars tillämpningsområde inte är tillräckligt specifikt, kan ge upphov till omfattande oförutsedda konsekvenser och ersätta den existerande upphovsrättsliga regimen med en ny, privat regim som inte erkänner några upphovsrättsliga undantag eller beaktar *public domain*. Den som påför ett tekniskt skyddssystem kan därför själv avgöra rättighetens omfattning oberoende av upphovsrättens regim<sup>876</sup>.

<sup>876</sup> Vinje, A Brave New World (1996), s. 431-440.

I en senare artikel tar Vinje igen upp frågan och poängterar den potentiella effekt tekniska skyddssystem i kombination med avtal kan få som en motor för en privat regim som åsidosätter den informationsrättsliga balans upphovsrätten baserar sig på<sup>877</sup>.

Dessa artiklar är aktuella för den upphovsrättsliga diskussionen av regleringen av DRM-system än idag, även om problemen till viss del har specificerats och diskussionen om de rättsliga lösningsmodellerna gått framåt. Det bör dock redan i detta sammanhang poängteras att den rättsliga diskussionen om de problem som det rättsliga skyddet av DRM-system föranleder särskilt kommit att gälla huruvida, och med vilka medel, upphovsrättens inskränkningar skall garanteras.

Lagstiftningen erbjuder ett rättsligt skydd inte endast mot kringgående av tekniska åtgärder avsedda att förhindra *ett upphovsrättsligt nyttjande* (reproduktion, tillgängliggörande för allmänheten) utan även av tekniska åtgärder som är avsedda att hindra *åtkomst*. Man kan därför säga att lagstiftningen i verkligheten ger rättsinnehavaren en *ny rättighet* att hindra åtkomst *även efter att verket publicerats*. Traditionell upphovsrätt erbjuder endast upphovsmannen en rättighet att bestämma om åtkomst till verket vid publiceringsskedet.

Det rättsliga skyddet av DRM-system erbjuder inte bara en möjlighet att vidta *preventiva* åtgärder för att säkerställa sina rättigheter utan även en möjlighet att styra och kontrollera användning. Man kan tala om att lagen skapar en autonom sfär för privat reglering och privat säkerställande, som ytterligare befästs genom e-handelsklausulen i upphovsrättsdirektivet, enligt vilket upphovsrättens inskränkningar inte skall gälla verk tillhandahållna på ett interaktivt sätt och inom ramen för överenskomna villkor.

Den kontroll DRM-systemen möjliggör motsvarar inte upphovsrättens konturer. Det är åtminstone förknippat med stora tekniska och praktiska svårigheter och skulle kräva enorma investeringar att försöka omsätta upphovsrättslig policy till en automatiskt påförbar användningspolicy. För att inte tala om att ett DRM-system skall vara anpassningsbart till upphovsrättsliga regimer inom olika nationella rättsordningar<sup>878</sup>.

Överhuvudtaget ställer DRM-systemen upphovsrättens paradigm på ända, eftersom de uttryckligen ger rättsinnehavaren en kontrollmöjlighet efter att ett verk (eller verksexemplar) tillgängliggjorts för allmänheten. Det traditionella upphovsrättsliga paradigmat har uttryckligen baserat sig på att det inte är möjligt att utöva kontroll genom att avtala med slutanvändarna eller på annat sätt kontrollera eller styra användning då ett verk eller verksexemplar en gång satts i omlopp. Det här påverkar naturligtvis hela det upphovsrättsliga systemets dynamik och kräver att upphovsrättens allmänna läror och de rättsskyddsmedel som ingår i systemet omvärderas.

Ibland har de ovan beskrivna problem som hänför sig till det rättsliga skyddet av DRM-system beskrivits som en *legitimitetsbrist*. Denna legitimitetsbrist har av *Kretschmer* ansetts bero på att upphovsrätten alltid har erbjudit rättsinnehavaren endast en begränsad förfoganderätt, att rättsinnehavarna aldrig har haft rätt eller möjlighet att förhindra tillgång till de verk som de innehar rättigheterna till, att vissa användarrättigheter har främjats i lagen och att det rättsliga skyddet varit tidsbegränsat<sup>879</sup>.

Det är lätt att omfatta synen att det rättsliga skyddet av DRM-system har bristande le-

<sup>877</sup> Vinje, *Copyright Imperilled?* (1999), s. 192-207.

<sup>878</sup> Man bör minnas att trots att upphovsrättsdirektivet harmoniserar upphovsrättens inskränkningar erbjuder den inte en koherent och enhällig policy för upphovsrättens inskränkningar eller tolkning av dem.

<sup>879</sup> Kretschmer, *Digital Copyright* (2003), s. 333-341.

gitimitet i det att man i lagstiftning eller förarbeten vanligen inte tagit ställning till hur det rättsliga skyddet av DRM-system skall betraktas i förhållande till de värderingar som det upphovsrättsliga systemet grundar sig på och den rättsliga balans som ingår i det. Den bristande legitimiteten gäller framförallt bristen på rättslig balans och adekvata rättsskyddsmedel (*checks and balances*) gällande omfattningen av den förfoganderätt rättsinnehavaren skall anses inneha, förutsättningarna för och omfattningen av rättsinnehavarens privatautonomi gällande reglering och säkerställande av rättigheter, det rättsliga stöd sådan privat reglering och säkerställande skall få samt DRM-systemens inverkan på upphovsrättens dynamik i allmänhet<sup>880</sup>.

## 3. FÖRESLAGNA LÖSNINGSMODELLER

### 3.1. Snäv tolkning av det rättsliga skyddet av DRM-system

I praktiken har problemet med ett alltför brett tillämpningsområde klarast ådagalagts i de rättsfall som uppkommit i USA, där man med hänvisning till det rättsliga skyddet av DRM-system försökt förhindra konkurrenter från att utveckla och saluföra sådant som bläckpatroner (Lexmark-fallet) och garageportsöppnare (Chamberlain v Skylink-fallet).

Den mest uppenbara lösningen på problemet med att skyddet av DRM-system innebär en omotiverat stark kontrollposition för rättsinnehavaren är att definitionsmässigt begränsa tillämpningen av det rättsliga skyddet. I USA har detta gjorts genom explicita undantag i DMCA till förmån för viss användning vid bibliotek, arkiv och undervisning, då allmän säkerhet eller myndighetsverksamhet så förutsätter, för dekompilering, krypteringsforskning, skydd av minderåriga och personlig integritet samt vid radio- och televisionsutsändning. Man kan dock säga att dessa inskränkningar dock ger uttryck för explicita undantag från skyddet och att det inte i sig är fråga om en snäv tolkning av det rättsliga skyddet av DRM-system.

I upphovsrättsdirektivet har man inte lika explicita undantag, utan den nationella lagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning står att utläsa av direktivets ingresspunkter, där man räknar upp vilka intressen det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder bör beakta. Till dessa hör att den elektroniska utrustningens normala funktion eller den tekniska utvecklingen av denna inte får hindras, att det inte skall finnas någon skyldighet att utforma varor och tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder, möjligheten att bedriva kryptografisk forskning, proportionalitetsprincipen, dekompilering och reverse engineering, allmän ordning och allmän säkerhet, kompatibilitet och interoperabilitet samt persondataskyddet. Upphovsrättsdirektivets vaghet hotar resultera i nationella lösningar som i praktiken åstadkommer stora skillnader i det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder.

Vid den nationella implementeringen kan noteras den svenska modellen, som undantar rättsligt skydd för tekniska åtgärder vid tillhandahållande av allmänna handlingar eller vid

---

<sup>880</sup> Dessa frågor har i upphovsrättsdirektivet i en viss begränsad mån berörts i samband med frågan om DRM-systemens inverkan på upphovsrättens inskränkningar och DRM-systemens inverkan på de särskilda systemen för upphovsrättsliga ersättningar (*copyright levy*).

användning i rättsvårdens eller den allmänna säkerhetens intresse<sup>881</sup>. Motsvarande stadganden fattas i de övriga nordiska länderna förutom i viss mån i Norge, där man enligt åndsverksloven förutsätter att allmänna handlingar skall vara försedda med nödvändig information för att kringgå eventuella tekniska åtgärder för framställning av exemplar<sup>882</sup>.

Man bör också notera den franska modellen till skydd av allmänna säkerhetsintressen (inklusive datasäkerhetsintressen) och interoperabilitet, eftersom man där går in för att rättsinnehavarna har en skyldighet att deponera information gällande tekniska åtgärder hos statliga myndigheter<sup>883</sup>. I Norge har kompatibilitets- och interoperabilitetshänsynen tagit sig uttryck i att slutanvändare har rätt att kringgå en teknisk åtgärd i avsikt att överföra verket till ett sådant format som han kan tillägna sig<sup>884</sup>.

I USA har man också sökt inskränka det rättsliga skyddet av DRM-system genom att särskilja på tekniska åtgärder för åtkomstkontroll och tekniska åtgärder som förhindrar en upphovsrättsligt relevant gärning. Vad gäller den senare typen av tekniska åtgärder är kringgående av en dylik åtgärd inte förbjuden enligt amerikansk rätt, endast kommersiellt tillhandahållande av tjänster och varor för kringgående<sup>885</sup>.

Motsvarande skillnad görs inte i upphovsrättsdirektivet, utan enligt upphovsrättsdirektivet gäller förbudet mot kringgående och tillhandahållandet av tjänster och varor för kringgående både tekniska åtgärder för åtkomstkontroll och för andra funktioner.

Upphovsrättsdirektivet har i Europa gett upphov till en omfattande debatt om definitionen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder och till vilken del detta påverkar omfattningen av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder. I USA har definitionen av tekniska åtgärder och betydelsen av en snäv eller en vid tolkning av begreppet teknisk åtgärd inte som sådana ådragit sig lika stor uppmärksamhet.

Enligt upphovsrättsdirektivet skall rättsligt skydd ges tekniska åtgärder som genomförs genom en *åtkomstkontroll- eller skyddsprocess* och som är *effektiva* samt förutsatt att de handlingar de tekniska åtgärderna förhindrar inte har *auktoriserats* av en rättsinnehavare till en upphovsrätt, en närstående rättighet eller en rätt av sitt eget slag (*sui generis*-rätt). Av stadgandet framkommer inte om de handlingar man där avser endast skall gälla de ekonomiska rättigheterna som tillhör upphovsrätten eller även handlingar som i övrigt ligger i rättsinnehavarens intresse. Det är också oklart vad som skall anses vara en effektiv åtkomstkontroll eller skyddsprocess, bland annat huruvida detta även inkluderar icke-intrusiva åtgärder såsom spårning och övervakning (*metering & monitoring*) och repressiva eller reparativa åtgärder såsom åtgärder som raderar eller uppdaterar illegala eller modifierade filer eller oskadliggör eller förstör delar av ett datasystem som ett resultat av en attack mot en skyddsmekanism.

Tillämpningsområdet för upphovsrättsdirektivets stadganden om skydd av tekniska åtgärder har varit föremål för livlig diskussion i den upphovsrättsliga rättslitteraturen på området<sup>886</sup>. Direktivets text ger vid handen att det rättsliga skyddet skall vara tillämpligt om åtkomstkontroll- eller skyddsprocessen gäller ett digitalt objekt som består av eller innehåller

<sup>881</sup> SvURL 52 c §.

<sup>882</sup> Norska åndsverksloven 53 b § 3. mom.

<sup>883</sup> Loi n° 2006-961, artikel 14-16.

<sup>884</sup> Åndsverkloven 53 a § 3. mom.

<sup>885</sup> Avsikten har varit att trygga tillämpligheten av fair use-stadgandena och har gett upphov till det som kallas rättigheten att kringgå tekniska åtgärder, som närmare behandlas nedan i kapitel VI.3.2.

<sup>886</sup> Se t.ex. Vinje, *A Brave New World* (1996), Dusollier, *Electrifying the Fence* (1999), Wand, *Technische Schutzmassnahmen* (2001), Riis, *Ophavsretlige selvhjælpsforanstaltninger* (2003).

ett verk eller ett annat alster som utgör föremål för upphovsrätt, en närstående rättighet eller en *sui generis*-rättighet. *Det räcker att en komponent eller del av objektet är upphovsrättsligt skyddat för att stadgandet skall vara tillämpligt.* Det är alltså irrelevant om andra delar eller komponenter av objektet inte är upphovsrättsligt skyddat på grund av att förutsättningarna för skydd inte uppfyllts. Det skulle knappast vara tänkbart att tillåta kringgående av en teknisk åtgärd i de fall då en del av objektet inte är upphovsrättsligt skyddat.

När det gäller huruvida man med de ”handlingar” som åtkomstkontroll- eller skyddsprocessen avser att styra eller förhindra endast skall avse reproduktion och tillgängliggörande för allmänheten kan man konstatera att direktivet inte explicit gör denna koppling. I de nordiska länderna verkar man ha gått in för en tolkning som skulle binda dessa ”handlingar” till upphovsrättens exklusiva rättigheter och därmed utesluta sådana handlingar som inte utgörs av reproduktion eller tillgängliggörande för allmänheten. *De nordiska länderna har nämligen gått in för att sådana tekniska åtgärder, som hindrar en användare som lagligen har fått verket i sin besittning från att lyssna eller se på verket, inte erhåller rättsligt skydd.* Genom en snäv tolkning har man uppenbarligen strävat efter att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder skall följa konturerna i det upphovsrättsliga skyddet. Man kan alltså anses ha strävat efter att undvika en expansion av rättigheterna på detta sätt och erkänner endast skydd för tekniska åtgärder till den del de åstadkommer ett säkerställande av upphovsrättens exklusiva rättigheter.

Den nordiska tolkningen skapar lika många problem som den löser. Det förblir oklart hur man skall förhålla sig till tekniska åtgärder med dubbel funktion, det vill säga som både förhindrar den som lagligen fått verket i sin besittning från att lyssna eller se verket och som styr en exklusiv rättighet som hör till upphovsrätten. Ett exempel på detta är DVD-skivors regionkod som kan ha den dubbla funktionen att dels förhindra uppspelning av en DVD-skiva på en DVD-spelare som är inställd på en annan region och dels förhindra kopiering<sup>887</sup>.

Dessutom kan man fråga sig om den nordiska lösningen innebär att man inte kan använda sig av e-handelsmodeller som innebär att ett verk erhålls i digital men krypterad form (det vill säga objektet finns lagligen i användarens besittning) och först dekrypteras efter att vissa villkor uppfyllts, till exempel en viss summa betalats. Den nordiska lösningen har troligtvis avsett kopieringsskydd på vissa fysiska medium och avsikten har knappast varit att omöjliggöra vissa e-handelsmodeller såsom superdistribution, där själva filen kan spridas lagligen från en användare till en annan, men endast kan användas efter att vissa villkor uppfyllts. Lagstadgandets utformning är dock skriven i en teknikneutral anda som gör att den i princip är tillämplig även på superdistributionsmodellen<sup>888</sup>.

En snäv tolkning eller formulering av skyddet av tekniska åtgärder kan för det första leda till att man i misstag exkluderar tillämpningar som utan vidare enligt upphovsrättsdirektivet borde utgöra föremål för dylikt skydd. Detta gäller exempelvis den ovan anförda superdistributionsmodellen.

För det andra är en snäv tolkning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder inte nödvändigtvis förenlig med målsättningen att erbjuda rättsinnehavarna ett adekvat skydd i den

<sup>887</sup> I RP 177/2002 tog man i propositionens motiveringar direkt ställning till regionkodningssystem och ansåg att de inte kunde utgöra föremål för det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder, eftersom det inte hörde till upphovsmannens exklusiva rättigheter att kontrollera var en DVD-skiva kan spelas upp. RP 177/2002, s. 119, RP 28/2004, s. 129-130.

<sup>888</sup> Man kan ännu notera att e-handelsklausulen inte är tillämplig på den superdistributionsmodell som ovan beskrivs, eftersom erhållandet av den krypterade filen inte utgör föremål för ett avtal.



digitala miljön. En vid tolkning ger rättsinnehavaren större möjligheter att själv avgöra vilka intressen han vill skydda och därmed ett ökat incitament jämfört med en upphovsrättslig ordning som inte på ett lika flexibelt sätt kan åtfölja affärsmodellerna i den digitala miljön.

En ändamålsenlig tolkning av stadgandet ger vid handen att de handlingar som avses åtminstone till någon del skall ha upphovsrättslig relevans. Det är föga acceptabelt att omfatta en tolkning som skulle innebära att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder helt och hållet skulle lösgöra sig från upphovsrätten. Goda referensfall är de amerikanska fallen *Chamberlain v. Skylink* och *Lexmark*-fallet, där man använt sig av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder för att skydda helt andra intressen än de upphovsrättsliga<sup>889</sup>.

Man kan alltså konkludera att en normaltolkning av EG-direktivet ger vid handen att rättsligt skydd av tekniska åtgärder är tillämpligt på objekt där åtminstone en del av objektet erhåller upphovsrättsligt skydd (eller skydd av närliggande rättighet eller *sui generis*-rättighet) och som skyddar handlingar som har anknytning till upphovsrätten. Ifall det inte gäller att kontrollera en till upphovsrätten hörande exklusiv rättighet, skall det dock vara fråga om ett intresse som hör nära samman med ett normalt upphovsrättsligt nyttjande<sup>890</sup>. Proportionalitetsprincipen som framförs i punkt 48 i ingressen ger dessutom vid handen att skyddet inte medför ett förbud mot sådana anordningar eller verksamheter som har något annat kommersiellt betydelsefullt syfte eller användningsområde än att kringgå tekniskt skydd. Proportionalitetsprincipen som en allmän rättsprincip ger vid handen att det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder inte är absolut och att det inte får leda till att andra rättigheter och intressen åsidosätts.

En väldigt snäv tolkning av det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder verkar inte vara möjlig med beaktande av formuleringarna i upphovsrättsdirektivet. Nationella stadganden som innehåller en snävare formulering än den framförd i upphovsrättsdirektivet har inte varit helt lyckade. Detta beror åtminstone delvis på att man inte tillräckligt väl klargjort vad formuleringen avser att täcka. Om man, såsom man gjort i bland annat Finland, binder det rättsliga skyddet vid upphovsrättens exklusiva rättigheter, och en teknisk åtgärd inte kan kringgås utan att samtidigt kringgå en teknisk åtgärd som kontrollerar en upphovsrättsligt skyddad handling, förblir den avsedda *inskränkningen* av det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder överksam. Det rättsliga skyddet gäller därmed trots lagstiftarens intentioner även sådana åtgärder som berör något annat än upphovsrättens exklusiva rättigheter. Dessutom kan man säga att ett snävt skydd av tekniska åtgärder inte är ändamålsenligt om avsikten är att tekniska åtgärder skall ge rättsinnehavarna incitament att tillgängliggöra innehåll och att sådana åtgärder skall kunna användas för att skapa nya affärsmodeller i den digitala miljön. Ett snävt utformat skydd av tekniska åtgärder är alltså inte nödvändigtvis det bästa sättet att begränsa rättsinnehavarens kontrollmakt.

Problemet med att likställa det rättsliga skyddet av DRM-system med upphovsrättens omfattning har redan ingående diskuterats ovan. Å ena sidan kan man nämligen ifrågasätta om

<sup>889</sup> I *Chamberlain v. Skylink* var det fråga om att Chamberlain genom att stämma Skylink för kringgående av en teknisk åtgärd ville förhindra Skylink från att producera garageportsöppnare som var kompatibla med Chamberlains garageportssystem. I *Lexmark* användes det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder som ett försök att skydda Lexmarks marknader för bläckpatroner.

<sup>890</sup> Det kan vara fråga om funktioner som innebär att kompensation erhålls för nyttjande eller ett skydd av objektets integritet, ett intresse som har sin upprinnelse i uphovsmannens ideella rättigheter. Frågan kan också analyseras utgående från vad som kan anses vara chikanös rättsutövning. Se härom vidare nedan i kapitel VI.5.5.2.

det med tanke på syftet med det rättsliga skyddet av DRM-system, till vilket även hör rättsinnehavarnas möjligheter att skapa nya affärsmodeller i den digitala miljön, är försvarligt att utforma det rättsliga skyddet av DRM-system väldigt snävt. För det andra har vi konstaterat problemet med att över huvudtaget likställa DRM-system med upphovsrätten på grund av att de redan till sin natur är ojämförbara. På grund av de stora skillnaderna i upphovsrättens och DRM-systemens väsen kan man förhålla sig skeptiskt till om det ens är möjligt att på definitionsväg begränsa det rättsliga skyddet av DRM-system till det som utgör upphovsrättens skyddsobjekt<sup>891</sup>.

## 3.2. Teknologisk självhjälp – ”the right to hack”

I DMCA har man strävat efter en balans mellan den upphovsrättsliga regimen och skyddet av DRM-system genom ett allmänt stadgande om att inget i det rättsliga skyddet av DRM-system skall påverka tillämpningen av upphovsrätt, inklusive *fair use*. Detta har genomförts genom att särskilja mellan kringgående av en åtkomstkontroll och av en teknisk åtgärd samt genom lagstadgade undantag från rättsligt ansvar för kringgående av åtkomstkontroll och tekniska åtgärder i vissa fall.

Vad gäller det allmänna stadgandet om att skyddet av DRM-system inte skall påverka upphovsrättens balans, har det konstaterats att stadgandet är alltför allmänt för att kunna erbjuda en direkt tillåtelse till kringgående eller tillhandahållande av medel för kringgående. Man har ansett att den därför snarast bör tolkas som en del av de mera specifika undantagen från förbuden i DMCA<sup>892</sup>. Stadgandets principiella betydelse skall dock inte underskattas.

Vad gäller undantagen från det rättsliga ansvaret gällande kringgående av DRM-system har man konstaterat att en tillåtelse att kringgå en teknisk åtgärd eller åtkomstskydd (*a right to hack*) i många fall inte är praktiskt genomförbar, särskilt inte till den del det är fråga om ett *fair use*-ändamål, som inbegriper icke-kommersiell användning. Kringgående av en teknisk åtgärd eller ett åtkomstskydd kräver vanligen tillgång till tjänster och produkter för kringgående. I brist på en laglig marknad för dylika tjänster och produkter är det klart att en principiell tillåtelse att kringgå en teknisk åtgärd för ett *fair use*-ändamål saknar praktisk betydelse. Med beaktande av det ringa ekonomiska intresse som vanligen är förenligt med *fair use*-ändamål kan man dessutom knappast utgå ifrån att det finns de ekonomiska förutsättningarna eller intressena att kringgå en teknisk åtgärd eller åtkomstskydd.

I amerikansk rätt förbjuds inte själva kringgåendet av tekniska åtgärder som effektivt kontrollerar en till upphovsrätten hörande användning av ett verk, då man lagligen erhållit tillgång till verket. Däremot är det även i dessa fall förbjudet att erbjuda tjänster eller produkter för att den tekniska åtgärden skall kunna kringgåas. Avsikten med detta har varit att möjliggöra berättigad användning (*fair use*)<sup>893</sup>. Det är också tillåtet för en tredje part att nyttja innehåll

<sup>891</sup> Traditionellt skulle skyddsobjektet definieras utgående från tre faktorer; verkstypskategoriseringen, originalitetskravet och det knippe rättigheter som anses ingå i upphovsrätten. Man bör dock notera den pågående diskussionen om upphovsrättens funktioner och upphovsrättens balans, som ger uttryck för att det är oklart vad som egentligen utgör upphovsrättens skyddsobjekt och ändamål. Om svårigheten att definiera skyddsobjektet, se även Leppämäki, Tekijänoikeuden oikeuttaminen 2006.

<sup>892</sup> Nimmer, A Riff on Fair Use (2000).

<sup>893</sup> Judiciary Committee Report 1998, s. 18.

som dekrypteras eller på annat sätt frilagts från tekniskt skydd i enlighet med *fair use*-stadgandena<sup>894</sup>.

Såsom Reese har anmärkt har stadgandena som gör skillnad mellan ett kringgående av en teknisk åtgärd och kringgående av ett åtkomstskydd förlorat sin praktiska betydelse på grund av den tekniska konvergensen<sup>895</sup>.

Reese anger flera olika möjligheter att hantera detta problem:

- ▶ Att inte göra något och anta att *fair use* är möjlig, eftersom de flesta verk ännu finns tillgängliga även i analogt format.
- ▶ Att tillåta kringgående av åtkomstkontroll ifall det är fråga om en kombinerad åtkomstkontroll och teknisk åtgärd ifall kringgåendet görs för att möjliggöra användning som är tillåten enligt upphovsrättslagen. Det här skulle ske genom rulemaking procedure. Reese sluter sig dock till att Copyright Office antagligen inte skulle godkänna en sådan begäran, eftersom det inte gäller en specifik klass av verk och det kan vara svårt att bevisa att oförmågan att kringgå har en ”substantial adverse effect on noninfringing use”.
- ▶ Ändra lagen så att kringgående är tillåtet om den påföljande användningen är tillåten enligt upphovsrättslagen<sup>896</sup>.

Den amerikanska debatten har mycket kretsat kring frågan om rätten att kringgå DRM-system, ”the right to hack”. Problemet med denna lösningsmodell är att en rättighet att kringgå DRM-system i vissa specifika fall ter sig meningslös, då det är förbjudet att tillhandahålla tjänster och produkter för kringgående. Lösningsmodellen har i praktiken endast betydelse ifall den som har rätt att kringgå ett DRM-system har tillräcklig sakkunskap för att kunna kringgå systemet.

### 3.3. Inskränkningar av skyddet av DRM-system så att de bättre motsvarar upphovsrätten

Upphovsrättsdirektivet valde en annan väg än den som utstakats av DMCA. Det torde inte vara uteslutet att debatten på den europeiska sidan av Atlanten påverkats av de skäl som i USA framförts mot ”*the right to hack*”. Dels är en sådan rättighet såsom ovan konstaterats otillfredsställande och i praktiken omöjlig att nyttja då marknader för produkter och tjänster för kringgående förbjudits. Dels innebär en rättighet att kringgå en teknisk åtgärd en uppenbar risk för rättsinnehavarna. Det här beror på att en dylik modell utgör ett stöd för hackerverksamhet varvid ett DRM-systems sårbarheter utreds och utnyttjas. Det är i dessa fall svårt att kontrollera att dessa sårbarheter inte senare utnyttjas i illegala syften.

I EG gick man därför in för en annan lösning som var tänkt att på ett mer adekvat sätt beakta både upphovsrättens inskränkningar och rättsinnehavarnas intressen, en modell som är

<sup>894</sup> Universal City Studios, Inc. v. Corley, , 2001.

<sup>895</sup> Reese, Will Merging Access Controls (2003), s. 619-665. Reese konstaterar (s. 627-628) att access control inte definierats, men antagligen ges en vid tolkning, så att det berör handlingar som gör ett verk förnimbart. Se även Chang, Does Lessig’s Criticism (2005), s. 235-252.

<sup>896</sup> Reese, Will Merging Access Controls (2003), s. 619-665.

mindre grovhuggen än den amerikanska; I ett sent skede i lagstiftningsprocessen införde man i upphovsrättsdirektivet en artikel som innehöll ett påbud att beakta vissa upphovsrättsliga inskränkningar även då DRM-system påförts. Enligt stadgandet skulle konflikter mellan en användares möjlighet att dra nytta av en inskränkning i första hand *på frivillig väg* tillgodoses av rättsinnehavaren. Medlemsstaterna påfördes vidare en *skyldighet att vidta åtgärder för att tillse att inskränkningarna kan nyttjas* i de fall då så inte sker på frivillig väg. Medlemsstaterna gavs alltså en omfattande frihet att avgöra med vilka medel användarnas möjlighet att dra nytta av en upphovsrättslig inskränkning enligt direktivet skall tillgodoses. I praktiken kan detta ske genom en uttrycklig tillåtelse att kringgå en teknisk åtgärd, genom ett administrativt eller ett domstolsförfarande eller på något annat sätt.

Den europeiska modellen medförde vissa nya problem, såsom frågan om huruvida de inskränkningar som nämns i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1 bör beaktas även då medlemsstatens rättsordning inte känner till ifrågavarande inskränkning<sup>897</sup> och om de förfaranden som medlemsländerna inrättat för att tillse användarnas möjligheter att utnyttja en inskränkning är adekvata<sup>898</sup>.

Frågan om varför endast vissa inskränkningar bör beaktas vid genomförande av DRM-system har väckt förundran, särskilt som detta inte motiverats i direktivets ingress på något sätt. Dessutom har man inte på något särskilt sätt motiverat e-handelsklausulen, som möjliggör åsidosättandet av upphovsrättsens inskränkningar då ”verk eller andra alster 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”.

E-handelsklausulen innebär att frågan om huruvida upphovsrättsens inskränkningar skall beaktas vid sådant interaktivt tillhandahållande blir beroende av den nationella rättsordningens stadganden om villkors giltighet. I praktiken gäller det närmast frågan om under vilka omständigheter ett rättsligt bindande avtal skall ha ansetts uppkomma, huruvida och till vilken del upphovsrättsens inskränkningar är dispositiva eller indispositiva, konsumentskydds-rättsliga stadganden då detta är tillämpligt samt de allmänna avtalsrättsliga stadgandena och principerna gällande avtalsvillkors giltighet.

Förutom en rättighet att kringgå en teknisk åtgärd, en begränsning av det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder så att det endast täcker de explicita ensamrätter upphovsrättslagstiftningen tillerkänner rättsinnehavarna, samt rättsligt skyddade inskränkningar, finns även några andra lösningar på eventuella konfliktsituationer som har diskuterats. Dessa behandlas i det följande.

### 3.4. Indispositiva användarrättigheter

Man har ibland ställt krav på att upphovsrättsens inskränkningar borde vara indispositiva, så att man alltid i avtal och kontrollåtgärder bör beakta dem (*positiva användarrättigheter*). Det

<sup>897</sup> Denna fråga diskuterades åtminstone i Frankrike, där man också slöt sig till att ett DRM-system inte behöver beakta en inskränkning som den nationella rättsordningen inte känner till. I Belgien betraktades frågan ur en liten annan synvinkel, i och med att inskränkningarna enligt belgisk rätt var indispositiva. I Belgien var man tvungen att ändra inskränkningarnas status.

<sup>898</sup> Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres* (2005), s. 547, där hon föreslår inrättande av en myndighet med uppgift att övervaka hur användningen av DRM-system utvecklas och som behandlar användares klagomål då en teknisk åtgärd förhindrar användning i enlighet med en upphovsrättslig inskränkning.

huvudsakliga argumentet är att avtal och tekniska åtgärder riskerar bli den starkes rätt. Det faktum att det bakom de upphovsrättsliga inskränkningarna finns viktiga grundrättighetsvärderingar indikerar att de borde ha ett positivrättsligt skydd<sup>899</sup>. Dessutom har man poängterat att en rättighet för upphovsrättsinnehavare att exkludera användning på avtalsrättslig väg innebär att de erhåller en rättighet att kontrollera användning som de aldrig haft<sup>900</sup>.

Såsom *Elkin-Koren* har konstaterat är grundproblemet att en brist på positivrättsliga stadganden till skydd för användarens rättigheter kräver att användaren har bevisbördan för att ett avtalsvillkor strider mot *ordre public*. Om det inte finns någon klar definition av informationspolitiken och vad som kan tänkas strida mot den, kan det vara svårt att avgöra om ett villkor strider mot *ordre public*<sup>901</sup>.

Upphovsrättsdirektivet kan anses beakta vissa inskränkningars grundläggande natur genom bestämmelserna i artikel 6.4 stycke 1 om vissa obligatoriska inskränkningar. Det har emellertid i rättsdoktrinen numera allmänt godtagits att den tekniska utvecklingen har lett till att det i allmänhet är möjligt att konstruera ett DRM-system så att förutsättningarna i upphovsrättsdirektivets e-handelsklausul (artikel 6.4 stycke 4) uppfylls, det vill säga så att ett verk kan anses vara tillgängliggjort över digitala nätverk på ”överenskomna” villkor. Garantierna för upphovsrättens inskränkningar i artikel 6.4 stycke 1 blir därför oväsentliga, eftersom de regelmässigt kan åsidosättas. Det här har gjort att man anser att vissa positiva användarrättigheter behövs<sup>902</sup>.

Vilka dessa användarrättigheter skulle vara är inte helt klart. Eventuellt skulle det handla om rättighet att framställa säkerhetskopior, rättighet att överföra verk till ett annat format om detta behövs för att kunna använda verket i en annan spelare, rättighet att använda verket i olika användningsomgivningar eller på olika spelare samt rättighet att skapa nya verk på basen av tidigare verk. Och eventuellt kunde det vara fråga om ett lagstadgat skydd mot avtalsvillkor som undergräver yttrande- eller kommunikationsfriheten<sup>903</sup>.

Det är dock inte klart huruvida dessa positiva användarrättigheter ur ett rättspolitiskt perspektiv verkligen alla gånger är försvarbara. Det är möjligt att ett verk erbjuds på ett sådant sätt och med sådana villkor att verket är tillgängligt för användaren kontinuerligt över Internet utan att en särskild permanent kopia behöver framställas på användarens sida. Det kan också finnas ett gott skäl till att rättsinnehavaren binder användningen till ett visst format eller en viss användningsomgivning, till exempel för att minimera risken för piratism. Dessutom kan statiskt utformade användarrättigheter snart visa sig vara förlegade på grund av den tekniska utvecklingen; nya användarrättigheter skulle kanske vara motiverade medan andra skulle bli förlegade. Med tanke på den dynamiska miljön ter det sig mer adekvat med ett mera principiellt förhållningssätt till upphovsrättens inskränkningar i stil med *fair use* i amerikansk rätt.

Å andra sidan ter sig specifika användarrättigheter främmande mot bakgrunden att användarrättigheter i det traditionella upphovsrättsparadigmet tagit sig uttryck som en *frihet*. Inne-

<sup>899</sup> Hugenholtz, *Code as Code* (1999), s. 310.

<sup>900</sup> Elin-Koren, *Copyright Policy* (1997), s. 113.

<sup>901</sup> Elkin-Koren, *A Public-Regarding Approach* (2001), s. 191-222

<sup>902</sup> Grosheide, *Copyright Law from a User's Perspective* (2001).

<sup>903</sup> Enligt Clark har man i den amerikanska debatten identifierat följande användarrättigheter, som man anser borde få ett explicit rättsligt skydd; time-shift-rättigheter, space-shift-rättigheter, rättigheter att framställa säkerhetskopior av även annat material än datorprogram, rättighet att använda lagligen införskaffat material på den plattform man vill, rättighet att överföra verk till annat jämförbart format samt rättigheten att använda teknologi för att uppnå ovanstående rättigheter. Clark, *How Copyright Became Controversial* (2002), s. 147-161.

håll kan användas för väldigt många olika syften och kontexter. Det ter sig snarast omöjligt att kodifiera vilken slags användning som det finns legitima intressen att skydda och att ge dessa intressen en så konkret form att man i praktiken kan göra dem gällande mot rättsinnehavaren. Problemen med att kodifiera positiva användarrättigheter pockar på nya lösningar, där användarens frihet i högre grad beaktas.

Till den del man sluter sig till att användarrättigheter borde erbjudas ett positivt skydd, måste slutsatsen vara att detta skydd bör vara indispositivt och alltså inte kunna kringgåås på avtalsrättslig väg och möjligtvis inte heller genom tekniska medel.

### 3.5. ”Fair use by design”

En annan lösning som man brukar föra fram är det så kallade ”*fair use by design*”, som skulle innebära en lagbaserad skyldighet att bygga in mekanismer som möjliggör att den som har rätt att nyttja ett verk i enlighet med en upphovsrättslig inskränkning även i praktiken har möjlighet att dra nytta av inskränkningen<sup>904</sup>.

Såsom ovan i kapitel III framkommit anses det dock inte idag vara tekniskt möjligt att åstadkomma automatiska system som kan tillämpa upphovsrättens inskränkning<sup>905</sup>. Det är dock klart att tekniska lösningar som innebär en passiv övervakning istället för aktiv styrning i mindre grad påverkar möjligheterna att dra nytta av upphovsrättens inskränningar<sup>906</sup>.

Även system som saknar aktiv styrning kan dock kringskära användarnas intressen på ett otillbörligt sätt. Det här gäller både avtalsvillkor och övervakningssystem som möjliggör att man utreder användning eller skapar datasäkerhetsrisker. Det torde också stå klart att DRM-system som i högre grad möjliggör användning på sådana villkor att även användarna anser dem vara rättvisa (*användarvänliga villkor eller system*) minskar incitamenten att kringgå tekniska åtgärder<sup>907</sup>.

Man kan också motsätta sig tanken på ett ”fair use by design” ur en mer principiell synvinkel. Enligt Cunningham kan en automatisering av beaktandet av upphovsrättens inskränningar jämföras med användning av artificiell intelligens vid juridiskt beslutsfattande. Det finns därmed skäl att förkasta en automatisering av beaktandet av upphovsrättens inskränningar med samma motiveringar som man annars också vanligen brukar motsätta sig automatiska juridiska beslutsfattningssystem<sup>908</sup>.

<sup>904</sup> Burk & Cohen, Fair Use Infrastructure (2001), s. 42-83 som förespråkar system baserade på betrodda tredje parter (TTP) för att tillse användarnas intressen. Tyrväinen, Concepts and a Design for Fair Use (2005) förespråkar att man använder teknologi som inte direkt hindrar användning, det vill säga närmast har en informerande funktion.

<sup>905</sup> Se särskilt WIPO:s studie om upphovsrättens inskränningar och DRM-system ”Automated Rights Management Systems and Copyright Limitations and Exceptions”, Garnett, WIPO (2006), s. 88. I studien anser man att en viss tillnärmning kan ske på basen av system som baserar sig på betrodda tredje parter (TTP).

<sup>906</sup> I det sammanhanget uppkommer dock i högre grad frågan om användarens integritetsskydd och en möjlig rättighet för användaren att förbli *anonym*.

<sup>907</sup> Jones, Entertaining Code (2005), s. 287-303.

<sup>908</sup> Cunningham, Rights Expression on Digital Communication Networks (2005).



### 3.6. Konsument skydds rättsliga normer till användarnas skydd

Även *konsument skyddet* kan i vissa fall erbjuda skydd då otillbörliga villkor i ett konsumentförhållande påförs. Man bör dock minnas att konsument skyddet endast är tillämpligt i förhållandet mellan näringsidkare och privata konsumenter, inte mellan en enskild upphovsman och en konsument eller mellan två konsumenter. En näringsidkare som är att klassificera som en slutanvändare kan alltså inte hänvisa till konsument skydds rättsliga stadganden.

Konsument skyddet verkar också rätt tandlöst i förhållande till det upphovsrättsliga skyddet. Konsument skyddet har knappast så mycket att säga om villkor som innebär att teknik används som gör att det är omöjligt att framställa kopior, överföra, använda i annat än överenskommet (eller anmält) format eller dylikt, om detta klart framkommit av villkoren. Det är i så fall genom upphovsrättsliga stadganden som konsumentens (eller andra slutanvändares) intressen bör skyddas, liksom man gjort inom ramen för de upphovsrättsliga stadganden om datorprogram.

Man bör också beakta att konsument villkoren kanske baserar sig på ett avtal som binder den näringsidkare som gör innehållet tillgängligt för allmänheten och där denne varit tvungen att förbinda sig till att i slutanvändningsvillkoren (*end use license*) tillämpa vissa restriktiva villkor. Detta gör det också svårare att anse sådana villkor oskäliga, eftersom det inte är den näringsidkare som gör innehållet tillgängligt som uppger villkoren, utan det föregående ledet, dvs. rättsinnehavarna. Dessutom innebär dessa mellanhänder att konsumenterna och andra slutanvändare i mindre grad kan förlita sig på att användning skulle vara tillåtet på basen av att rättsinnehavaren kan anses ha förutsett och gett sitt stillatigande medgivande till att verket skulle användas på ett visst sätt.

Konsument skyddet erbjuder dock en viktig modell som bör beaktas då man funderar över balansen mellan rättsinnehavarnas och användarnas intressen, och det är att rättigheter eller intressen som inskränker upphovsrätten bör basera sig på klara principer och att processen för att säkerställa dessa intressen och rättigheter är minst lika viktig som själva principen.

### 3.7. DRM som opt-out-system.

Ibland har man också förespråkat ett *opt-out-system*. Det här innebär att den som väljer att tillhandahålla innehåll inom ramen för en överenskommelse eller tillämpar tekniska skyddsåtgärder utträder ur det upphovsrättsliga skyddet och därför inte längre skulle kunna hänvisa till upphovsrätten för att göra gällande sina rättigheter<sup>909</sup>.

Ett opt-out-system skulle därmed kunna innebära att rättsinnehavaren helt skulle förlora sitt skydd gentemot tredje man. Detta naturligtvis förutsatt att DRM ses som ett direkt *alternativ* till upphovsrätt och inte som en supplementär skyddsform<sup>910</sup>.

<sup>909</sup> Bell, *Escape from Copyright* (2001), s. 741-805. Cahir, *The Moral Preference for DRM* (2005), s. 24-53.

<sup>910</sup> Bell ser det som en möjlighet att rättsinnehavare skulle kunna välja regim i situationer där ett villkor ur upphovsrättslig synvinkel skulle anses vara ogiltigt. Allmänt taget verkar dock Bell framföra sina tankar om DRM-system som *opt-out* ur det upphovsrättsliga systemet som ett alternativ till en alltför frihetsinskränkande upphovsrättsregim som har möjliggjort för dem som drar nytta av det upphovsrättsliga skyddet att lobba för ännu större fördelar och som ter sig som alltför betungande för användarna. Bell, *Escape from Copyright* (2001) s. 756-757.

Det här tänkesättet är knappast förenligt åtminstone med europeisk rättsuppfattning. Upphovsrätten är till sin natur en rättighet gentemot *tredje man*. Ifall inte annat framkommer av lagen är upphovsrättens stadganden dispositiva. Det här innebär ofta att det är avtalsstadgandena som blir avgörande även då man avgör om ett intrång i upphovsrätten skett. I vissa fall kan det rättsliga skyddet enbart basera sig på avtalet. På detta sätt kan man licensera rättigheter även till sådant innehåll som inte kvalificerar för upphovsrättsligt skydd. Ett sådant avtal är dock inte bindande för tertius.

Däremot är det möjligt att en upphovsman åtminstone delvis kan ge upp sina rättigheter. Detta gäller speciellt de ekonomiska rättigheterna, medan de ideella rättigheterna enligt de kontinentala rättsordningarna ofta inte fritt och fullständigt kan överlätas<sup>911</sup>.

Det är en stor principiell skillnad på *opt-out*-system som möjliggör för rättsinnehavaren att *välja* om han vill falla tillbaka på upphovsrätt eller avtalsvillkor<sup>912</sup> och sådana *opt-out*-system där själva avtalet eller DRM-systemet innebär att rättsinnehavaren anses ha valt bort det upphovsrättsliga skyddet. Den förra modellen innebär i själva verket att rättsinnehavarens ställning förstärks medan det senare skulle innebära att den försvagas. *Bell* har konkluderat att det senare alternativet skulle vara det önskvärda. *Bell* anser att upphovsrätten avser att korrigera ett marknadsmisslyckande som beror på att rättsinnehavaren inte kan kontrollera användning av verket. DRM-system korrigerar detta marknadsmisslyckande, varför det enligt honom inte finns någon anledning att upprätthålla ett upphovsrättsligt skydd<sup>913</sup>. *Cahir* argumenterar i samma anda men baserar sig i högre grad på en ultraliberalistisk teori som strävar efter att minimera all statlig reglering. *Cahir* anser att upphovsrätten strider mot liberalistisk moral och att DRM-system möjliggör ett tillräckligt skydd för upphovsmännen och möjliggör för dem att tjäna sitt levebröd. Genom att DRM-system ger anledning att skrota upphovsrätten kan man återinföra användarnas frihet<sup>914</sup>.

Både *Bell* och *Cahir* verkar utgå från att DRM gör det möjligt att upprätthålla rättsinnehavarens intressen gentemot tredje person. Man tycks därmed utgå från att den tekniska utvecklingen medför ökade möjligheter att upprätta ett avtalsförhållande med alla användare och/eller styra användning med tekniska medel. Trots att det ligger en viss sanning i detta och trots att man på det principiella planet bör beakta rättsinnehavarnas ökade möjligheter att sluta avtal med alla användare eller styra användning bör man dock enligt min mening förhålla sig skeptiskt till att DRM-system skulle åsidosätta behovet av upphovsrättslagstiftning. Dels finns det situationer där innehåll inte kan kontrolleras med hjälp av DRM-system och dels erbjuder upphovsrätten en viktig policy-grund för att bedöma villkors skälighet.

### 3.8. Förbud mot DRM-system

Till de mer extrema förslagen för att råda bot på de eventuella snedvridningar kontroll genom DRM-system för med sig hör förslag om förbud mot DRM-system. Enligt *Kretschmer* saknar

<sup>911</sup> Rättigheten att modifiera ett verk kan anses ligga på gränsen mellan de ekonomiska och de ideella rättigheterna. Frågan om till vilken del upphovsmannen med bindande verkan kan överlåta dessa rättigheter beror på omständigheterna i varje specifikt fall. Till exempel många open source-licenser utgår från att användaren har fri rättighet att modifiera och vidareutveckla verket och att upphovsmännens namn inte behöver anges.

<sup>912</sup> Detta innebär att rättsinnehavaren skulle ha rätt att välja vilket rättsmedel som bäst motsvarar hans intressen.

<sup>913</sup> *Bell*, *Escape from Copyright* (2001) s. 804.

<sup>914</sup> *Cahir*, *The Moral Preference for DRM* (2005), s. 24-53.

en äganderättsregim baserad på kontroll av verk med hjälp av DRM all legitimitet<sup>915</sup>. *Kiskis och Petrauskas* förespråkar därför allmänna kompenseringsystem som ett alternativ till DRM<sup>916</sup>.

Ett förbud mot DRM-system skulle naturligtvis i princip göra att rättsinnehavaren inte kan etablera en kontrollposition. Å andra sidan verkar ett förbud mycket främmande både med beaktande av att det inte verkar finnas någon särskild orsak att kringskära rättsinnehavarens frihet att påföra DRM och att man knappast kan trolla bort de problem som den förändrade digitala och globala verksamhetsmiljön innebär. Ett sådant förslag verkar närmast luddistiskt<sup>917</sup> och beaktar inte de eventuella fördelar för alla parter som DRM-system kan ha.

## 4. VISSA UTGÅNGSPUNKTER FÖR EN MODELL FÖR RÄTTSLIG REGLERING AV DRM

En rekonstruktion av en upphovsrättslig policy för regleringen av DRM kräver att vissa preliminära utgångspunkter klargörs och sätts i ett sammanhang. I korthet beskrivs dessa utgångspunkter i det följande.

För det första bör man betrakta DRM-system som en innovation inom området för kontrollsystem (*governance*-strukturer) gällande upphovsrätt. Med beaktande av detta har det varit viktigt att försöka utreda DRM-systemens rättsliga dimensioner, vilket samtidigt innebär en ökad förståelse för DRM som *governance*-mekanism. Denna förståelse baserar sig naturligt nog på den teknologi som idag finns tillgänglig eller håller på att utvecklas<sup>918</sup>. Det är ett medvetet val att betrakta DRM som *governance*-mekanism, eftersom tekniken, dess utveckling och tillämpning inte nödvändigtvis alltid kontrolleras av upphovsmannen eller rättsinnehavarna<sup>919</sup>.

För det andra bör man utgå från att man bör ta på allvar den maktposition rättsinnehavarna kan uppnå genom den rättsligt skyddade friheten att tillämpa DRM-system, kompletterad av avtal och upphovsrätt. Gällande rätt har dekonstruerats i kapitel IV i syfte att klarlägga effekterna av det rättsliga skyddet av DRM-system i gällande rätt. Denna genomgång kompletterades i kapitel V genom att diskutera DRM-systemens rättsliga dimensioner och till vilken del dessa verkar ha beaktats eller inte vid den rättsliga regleringen av DRM.

Genomgången påvisar att lagstiftarna verkar ha haft en väldigt snäv syn på DRM. Tonvikten har mycket starkt legat på rättsinnehavarnas uppfattade behov av skydd för sina upphovsrättsliga intressen. Dessutom verkar man närmast ha betraktat DRM som ett legitimt sätt för rättsinnehavarna att säkerställa sin upphovsrätt. Till vilken del den antagna lagstiftningen *de facto* skapar nya rättigheter för rättsinnehavarna som överskrider upphovsrätten eller erbjuder en kontrollposition eller ansvarsfriskrivning från eventuella negativa följder av tillämpningen

<sup>915</sup> Kretschmer, *Digital Copyright* (2003), s. 333-341. Jfr även Goldstein, som anser att ett förbud mot kringgående av tekniskt skydd är upphovsrättsvidrigt, speciellt med tanke på frånvaron av förbud mot kryptering av icke-upphovsrättsligt skyddat material. Goldstein, *Copyright and Its Substitutes* (1997).

<sup>916</sup> Kiskis & Petrauskas, *Lessig's Implications* (2005), s. 305-316. Kretschmer förespråkar övergång till ett taxeringssystem, där alla spår av äganderättsparadigm sovras bort. Kretschmer, *The Failure of Property Rules* (2002), s. 126-137.

<sup>917</sup> Med luddism avses motstånd mot ny teknik. Se även Graham, *The Internet* (1999), s. 6-20 om neo-ludditer som motsats till teknofiler.

<sup>918</sup> Därav den rätt omfattande genomgången av DRM-system ur den tekniska utvecklingens synvinkel i kapitel III.

<sup>919</sup> På basen av den ensamrätt upphovsrätten erbjuder kan de dock utöva ett starkt inflytande på hur sådan teknik tillämpas.

av DRM-system har i stort negligerats. Framförallt har man inte beaktat vilken effekt en allt mer expansiv upphovsrättslig lagstiftning i kombination med DRM-system samt med beaktande av den ändrade verksamhetsmiljön kommer att ha på användarnas handlingsfrihet. Man verkar inte heller ha uppfattat den verkliga kontrollmakt den rättsliga regleringen tillerkänt rättsinnehavarna, vilket ökar behovet för rättslig balansering och adekvata rättsskyddsmedel. (I engelskan talar man träffande om *checks and balances*). En mer balanserad rättslig regim gällande skyddet av DRM-system beaktar DRM-systemens olika dimensioner, såsom beskrivna i kapitel V.

En rättslig reglering av DRM-system, liksom av upphovsrätt i allmänhet, bör basera sig på någon uppfattning om upphovsrättens värdebas och målsättningar<sup>920</sup>. I enlighet med den rättsuppfattning som omfattas baserar sig rättsliga institutioner på dess samhällliga roll. Egendomsrättigheterna med därtill hörande förfoganderätter baserar sig på det ”mervärde” de medför för samhället. I många fall kan man tala om att en rättighet samtidigt medför en samhälllig förpliktelse<sup>921</sup>. Därmed förkastas tanken om att som upphovsrättens högsta mål ställa skyddet av upphovsmannens intressen som teoretisk utgångspunkt tillämplig vid upphovsrättslig reglering. Rättens uppgift är inte att skapa privilegier för enskilda individer eller grupper som inte kan motiveras utgående från ett bredare samhällligt perspektiv.

Regleringen bör baseras på principen om informationens fria rörlighet<sup>922</sup>. Denna utgångspunkt placerar också in upphovsrätten i det större informationsrättsliga sammanhanget eller regleringen av ”det gemensamma informationsområdet” som man inom gemenskapsrätten kallar det<sup>923</sup>. Ur gemenskapsrättslig synvinkel är informationens fria rörlighet att jämföra med de fyra friheterna, dvs. fri rörlighet för kapital, arbetskraft, tjänster och varor. I enlighet med principen bör regleringens effekt på informationens fria rörlighet både på det principiella och praktiska planet analyseras. Tröghetsfaktorer eller hinder för den fria rörligheten av information kan vara av olika slag, både tekniska, organisatoriska, normativa och institutionella. Principen om informationens fria rörlighet ger vid handen att informationen<sup>924</sup> *à priori* bör vara fri på grund av informationens välfärdsbefrämjande förmåga. Normativa hinder för informationens fria rörlighet kräver därför särskild motivering.

I kapitel II redogjordes för det relativt komplicerade sambandet mellan upphovsrätten och principen om informationens fria rörlighet. Av denna diskussion är det skäl att i detta sammanhang lyfta fram att spänningen mellan upphovsmannens egendomsrätt (eller personlighetsrätt) och det samhällliga intresset att främja en fri rörlighet för information hör till upphovsrättens grundläggande natur. Upphovsrätten kan samtidigt uppfattas som ett hinder för fri rörlighet för information och som ett medel för att främja fri rörlighet för information. Denna grundläggande spänning har lett till flera juridiska lösningar, till vilka de viktigaste hör

<sup>920</sup> Se närmare om upphovsrättens balans och upphovsrättens roll i det moderna informationssamhället i kapitel II.

<sup>921</sup> Denna rättsuppfattning kan betraktas som Rawlsiansk, det vill säga baserar sig på tanken om att ”samhällsfördraget” ligger som grund för positiv rätt och på en rättvisesyn där man poängterar lika möjligheter för alla på det principiella planet. Rawls, *En teori om rättvisa* (1999). I finsk rätt, se exempelvis Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus* (2000), s. 74-76, som anser att rättigheter samtidigt medför en rättsförpliktelse att beakta andra intressenters intressen, samt Määttä, *Maanomistusoikeus* (1999).

<sup>922</sup> Se om upphovsrättens värdegrund i kapitel II.1.2.

<sup>923</sup> Se Opinion of the committee of the Regions on the Commission Communication 'Europe's way to the information society - An action plan', EGT C 210, 14.8.1995 samt det nuvarande informationssamhällsprogrammet *i2010*.

<sup>924</sup> Man bör observera att information här används i neutral form och täcker såväl upphovsrättsligt skyddade verk eller annat innehåll som idéinnehåll och kunskap. Den använda terminologin kan motiveras med det nära sambandet mellan verksamhetsuttryck och idéinnehåll.

dikotomin idé-uttryck. Denna spänning har också gett upphov till den för upphovsrätten så centrala tanken på en upphovsrättslig balans.

Denna balans har rekonstruerats utgående från allmänna teorier om upphovsrättens justifikatoriska bas och grundar sig på tanken om att upphovsrätten är ägnad att främja *ytt-randefrihet och demokrati, kulturell mångfald, en fungerande kommersiell marknad samt innovation och informationsprocesser i samhället*. Dessa målsättningar eller systemprinciper utgör alltså samtidigt en justifikation för upphovsrätten och en begränsning av den. En alltför stark upphovsrätt, det vill säga där upphovsmannens förfoganderätt blir alltför omfattande eller absolut eller där verkningarna på dessa målsättningar blir alltför omfattande som ett resultat av en förändrad verksamhetsmiljö, kan vara kontraproduktiv. I dessa fall bör man sträva efter medel för att återbalansera upphovsrätten.

Den nya verksamhetsmiljön liksom det nya rättsliga skyddet av DRM-system innebär att den balans som finns inbakad i den upphovsrättsliga lagstiftningen har förändrats på ett irreversibelt sätt. En återbalansering av det upphovsrättsliga skyddet kan därför inte längre endast basera sig på befintliga juridisk-tekniska lösningar.

En återbalansering av upphovsrätten kräver att man öppet erkänner att nya institutionella innovationer såsom DRM-system och det rättsliga skyddet av sådana system får återverkningar inom hela det upphovsrättsliga systemet. Detta kräver också att man beaktar de grundläggande presumtioner gällande verksamhetsmiljön och marknaderna som lagstiftningen bygger på. En återbalansering av upphovsrätten kräver också att man strävar efter en rättvis riskfördelning.

Den primära principiella förändring DRM-systemen medför är att rättsinnehavaren har en möjlighet att utöva en faktisk kontroll över innehållet även efter att det publicerats. DRM-systemen möjliggör aktiv styrning eller mer passiv övervakning av användning av innehåll, liksom även upprättandet av en direkt kontakt till varje användare (ett avtalsförhållande eller därmed jämförbart förhållande). En kombination av ett rättsligt skydd av DRM-system, rättsinnehavarens handlingsfrihet, avtalsfrihet och ett presumtivt rättsligt skydd av rättsinnehavarens självhjälp leder till en stark maktposition. En sådan maktposition ter sig inte rättsligt adekvat i ett demokratiskt samhälle.

Samtidigt har den nya verksamhetsmiljön med allt vad den innebär av övergång till digital kommunikation och samarbete över nätverken lett till att snart sagt all användning av vare sig kommersiell eller icke-kommersiell art medför en exemplarframställning eller ett överförande som kan te sig upphovsrättsligt relevant och därmed förutsätta rättsinnehavarens tillstånd. I kombination med en rättslig expansion av upphovsrätten ter sig användarens handlingsfrihet alltmer kringskuren. Upphovsrätten har utgjort en allmän begränsning av användarens handlingsfrihet och de upphovsrättsliga inskränkningarna har i vissa fall återinfört en frihet att använda innehåll på sätt som i dessa stadganden närmare specificerats. Förändringarna i verksamhetsmiljön kombinerat med en expansion av upphovsrätten har lett till att användarnas handlingsfrihet minskat.

På användarnas ställning inverkar dessutom att rättsinnehavarna har erhållit en skyddad rättighet att påföra DRM-system. Man bör beakta att DRM-systemen inte nödvändigtvis motsvarar det upphovsrättsliga skyddet och att det även i allt högre grad är möjligt för rättsinnehavaren att kringskära användarens frihet mer än vad upphovsrättens presumptionsregler utgår från. I detta sken ter sig DRM-systemen som ett potentiellt hot mot användarnas

handlingsfrihet och möjligheter att använda innehåll för olika ändamål. Dessa paradigmatiska förändringar förutsätter en förnyad diskussion om upphovsrättens roll och den upphovsrättsliga balansen i det moderna informationssamhället samt i samband med detta möjliga mekanismer för att säkra både rättsinnehavares och användares legitima intressen.

En balanserad rättslig regleringsmodell utgår från de *fördelar* DRM-system kan erbjuda både ur rättsinnehavar- och användarperspektiv och med beaktande av de verkningar reglerna får för informationsinfrastruktur och informationsmiljön i allmänhet<sup>925</sup>.

Regleringsmodellen strävar efter neutralitet i förhållande till rättskultur och framförallt till den kulturella skillnaden mellan *droit d'auteur*-systemet och *copyright*-systemet<sup>926</sup>. Utgångspunkten är dock marknadsliberalistisk och demokratisk. Synsättet poängterar individernas frihet, en fri konkurrens, en adekvat maktfördelningslära där demokratiskt valda institutioner (parlament) innehar den högsta lagstiftande makten, där maktutövning är förbunden med adekvata rättsskyddsmedel och där rättssäkerhet och rättvisa utgör viktiga grundläggande värderingar.

Trots sin strävan efter neutralitet utgår den här formulerade regleringsmodellen av naturliga skäl från den gemenskapsrättsliga, den nordiska och särskilt den finländska rättskulturen. Med tanke på den politiska strukturen inom den europeiska gemenskapen, där allmän policy i allt högre grad utformas inom ramen för gemenskapsrätten finns det skäl att avpassa modellen till gemenskapens politik inom ramen för den gemensamma informationsrättsliga sfären.

En regleringsmodell för det rättsliga skyddet av DRM beaktar behovet av en fri gränsöverskridande handel och den rättsosäkerhet som är förknippad med den internationella verksamhetsmiljön. Detta ger särskild anledning att förespråka en regleringsmodell som kan öka rättssäkerheten i gränsöverskridande verksamhet.

Regleringen bör också beakta verksamhetsmiljöns dynamiska natur. Det här innebär att man beaktar att tekniken utvecklas snabbt och kan utvecklas i en oväntad riktning<sup>927</sup>. Man måste också bemöda sig om att möjliggöra nya affärsmodeller samtidigt som upphovsrätten inte skall utgöra ett hinder för verksamhet som inte konkurrerar med de kommersiella marknaderna för verket<sup>928</sup>. Man kunde såsom *Reichman* säga att ett test för lyckad reglering är förmågan att förhindra free-riding och samtidigt utöka, inte minska, de allmänt tillgängliga informationsresurserna (*public domain*). Det handlar alltså om att befrämja de nya möjligheter som den nya verksamhetsmiljön erbjuder. Ur regleringssynvinkel innebär detta att man måste sträva efter att rekonstruera lämpliga principer och mekanismer (i motsats till inflexibla regler och inadekvata processer).

<sup>925</sup> Eftersom det av naturliga skäl inte finns empiriska undersökningar om verkningar och resultat av alternativa regleringsmodeller kan man endast utgå från teoretiska presumtioner om dess verkningar.

<sup>926</sup> Det anses för övrigt i allmänhet att de ideologiska skillnaderna mellan *droit d'auteur*-system och *copyright*-system håller på att minska och utsuddas. Strowel, *Droit d'auteur et copyright* (1993), Davis, *The Convergence of Copyright* (1995), Sterling, *Creator's Right and the Bridge* (1998), s. 302-308.

<sup>927</sup> Den regleringsmodell som här förespråkas måste dock av naturliga skäl basera sig på den utveckling av DRM-system som är skönjbar idag. Det är omöjligt att förutsäga vad framtiden för med sig.

<sup>928</sup> Reichman, *Of Green Tulips and Legal Kudzu* (2001), s. 23-54.



## 5. EN KONSTRUKTIV MODELL FÖR RÄTTSLIGT SKYDD AV DRM

### 5.1. DRM-system kan öka rättssäkerheten

Upphovsrättens ekonomiska rättigheter har i den analoga miljön sällan utgjort ett hinder för kommunikation i sig. Förändringarna i kommunikationsmiljön har föranlett ett paradigmskifte som gör att upphovsrätten kan komma att utgöra ett väsentligt hinder för fri kommunikation, eftersom all kommunikation i den digitala miljön förutsätter mångfaldigande. När det gäller till exempel undervisningsverksamhet hade upphovsrätten endast begränsad tillämplighet i undervisningssituationer. Idag då informations- och kommunikationsteknologi används på många olika sätt i så gott som all undervisning ter sig situationen helt annorlunda.

På grund av den förändrade verksamhetsmiljön riskerar upphovsrätten att bli en börda för samhället. Det finns därför all orsak att nyttja nya sätt att främja informationssamhällets utveckling utan att åsidosätta upphovsrätten.

En konstruktiv utgångspunkt för regleringen av DRM skulle vara att se fördelarna med DRM-system med tanke på vår kommunikationsmiljö. DRM-system bör inte endast användas till rättsinnehavarnas fördel utan även till användarnas och samhällets i gemen. Utgångspunkten för följande diskussion om en balanserad reglering av DRM utgår inte från huruvida eller under vilka omständigheter rättsinnehavarna skall ha en rättighet att utöva kontroll över verksam användningen. Istället är utgångspunkten en strävan att söka efter DRM-systemens positiva funktioner och söka stöda strukturer som optimerar informationens fria rörlighet.

Ett positivt förhållningssätt till DRM tar fasta på sådana egenskaper som möjligheterna att säkra verkets *integritet*. Med DRM-systemens integritetsfunktion avses i första hand att det digitala objektet inte ändrats eller modifierats. Denna funktion stöder upphovsmannens ideella rättigheter. Det handlar också om att kunna *identifiera* objektet, det vill säga klarlägga vilket verk det är fråga om eller vilka verk det innehåller samt upphovsmännen och övriga rättsinnehavare till verket eller dess beståndsdelar.

Det finns också all anledning att erbjuda rättsligt stöd för sådana system som avser att underlätta informationsförvaltningen i de öppna digitala nätverken. Som exempel kan nämnas sökmaskiner och –robotar och fritt tillgängliga informationsresurser som innehåller metainformation om informationsobjekt. Metainformation är en primär förutsättning för att sökmaskiner skall fungera väl. Sådana system för metainformation torde bäst utvecklas utan statsintervention, eftersom marknaderna (i vid mening) nog i första hand bäst kan definiera vilken slags information som behövs.

DRM-system möjliggör också att *villkoren* för användning anges eller överenskomms. DRM-system kan alltså ha en tillkännagivande funktion och genom möjligheterna att komma överens om användningsvillkoren ökar rättssäkerheten både för rättsinnehavaren och användaren, förutsatt att villkoren är skäligen och avpassade till verksamheten.

Särskilt i applikationer som är avsedda för slutanvändare används redan i dag system som

har en kraftigt styrande effekt. Användningen av ett verk styrs genom att verket endast kan användas på det sätt som den tekniska applikationen tillåter. Vad som tillåts beror på den policy rättsinnehavaren genom tekniska medel påför. Som exempel kan nämnas fildelningsnätverket iMesh' affärsmodell med ett månatligt abonnemang som tillåter användaren att ladda ner musik och lyssna på låtarna i en säker användningsmiljö. Då abonnemanget avslutats blockeras åtkomsten till låtarna. Användaren kan också välja att köpa musik, varvid låten kan laddas ner permanent och låten användas även utanför den säkra användningsmiljön. iMesh förhindrar dessutom oauktoriserad uppladdning av innehåll genom ett filtreringssystem. Eftersom iMesh baserar sig på fildelning är det en naturlig utgångspunkt att användaren har rätt att tillgängliggöra verket för allmänheten genom fildelningsnätverket. Denna möjlighet att styra användning minskar risken för upphovsrättsintrång.

Upphovsrättslagens adressater har varit kommersiella aktörer, inte konsumenter. Det är uppenbart att lagen är både svårläst och svårtolkad. För konsumenter och andra slutanvändare ter det sig naturligt och rättvist att ett verk skall kunna användas på det sätt tekniken (i vid bemärkelse) tillåter, särskilt så länge detta inte sker för kommersiella ändamål eller för att skada upphovsmannen. Å andra sidan erbjuder DRM-systemen ökad rättssäkerhet även för rättsinnehavaren, eftersom de förhindrar rättsintrång i fall då upphovsmannen skulle ha uppenbara svårigheter att göra sina rättigheter gällande, t.ex. då rättsintrånget görs i ett fjärran land som kanske har ett främmande rättssystem. Det finns därför skäl att stöda system som minskar risken för upphovsrättsintrång både till användarens och rättsinnehavarens fördel.

## 5.2. DRM-systemens tillkännagivande funktion

Den digitala miljön möjliggör kommunikation av information gällande verket eller alstret samt användningsvillkoren. DRM-system kan därför användas för att tillkänna rättigheter.

Att tillkänna sin rättighet påminner om ett märkningsförfarande likt det som man använt i till exempel USA. I USA utgjorde copyright notice en förutsättning för upphovsrättsligt skydd fram till det att USA anslöt sig till Bernkonventionen år 1989. Ifall man inte märkt verket med copyright notice kunde en registrering av rättigheten avhjälpa bristen på märkning. Registrering har förutom märkning utgjort en viktig del av det amerikanska systemet. Genom registreringskravet har man kunnat utröna bland annat rättsinnehavarna.<sup>929</sup>

Dessa formaliteter har haft som målsättning att förhindra upphovsrättsintrång av misstag. Systemet påminner i hög grad om det som används inom det industriella rättsskyddet. Inom det industriella rättsskyddet har registreringssystem en viktig uppgift i offentliggörandet av information. Detta gäller speciellt patenträtten, där information om viktiga innovationer kommer allmänheten till del just genom dessa offentliga register. Registreringssystemet har också en viktig deklarativ funktion i det att det rättsliga skyddet motsvarar det (patentkrav, mönster, varumärke etc) som registrerats.

I kontinentala rättsordningar har formaliteter uttryckligen ansetts oförenliga med upphovsmannarätten som en personlig rättighet. Det finns också flera problem förknippade med

<sup>929</sup> Goldstein, Copyright (1989), s. 261-266 samt 339-340.

dessa formaliteter. Till den del de utgör en förutsättning för upphovsrättsligt skydd har man varit tvungen att skilt registrera olika versioner. Det här är en märkbar nackdel speciellt numera, då det är vanligt att innehåll uppdateras ofta eller versioneras. Som ett exempel kan nämnas att en registrering av varje uppdatering av en webbsida verkar vara både ett dyrt och besvärligt förfarande<sup>930</sup>.

Det finns både fördelar och nackdelar med märkning och registrering. Vad som föreslås i denna avhandling är inte en introduktion av formaliteter som en förutsättning för uppkomst av upphovsrätt eller etablering av allmänna register för upphovsrätt. Det finns å andra sidan ingen orsak att vända ryggen till nyttan med märkning och registrering. Tvärtom finns det flera skäl att förespråka sådana lösningar såväl i finsk och nordisk rätt som på gemenskapsrättslig nivå.

Även om man inom den upphovsrättstradition som betonar upphovsrättens personlighetsrättsliga förankring vanligen förhållit sig återhållsamt eller direkt negativt till märkning och/eller registrering så har man inte kunnat undgå sådana formaliteter för att upphovsmannarätten i praktiken skall kunna utövas. Så baserar sig till exempel ersättningssystemen för offentligt framförande av musik på att upphovsrättsorganisationerna har ett register med information över musikverk och deras upphovsmän samt andra uppgifter som är nödvändiga för utbetalning av ersättningarna.

Frivilliga register och märkning av upphovsrättsligt skyddat innehåll förbättrar tillgången till information gällande verket och dess rättsinnehavare. Men framförallt kan denna mekanism användas för att öka rättssäkerheten både för rättsinnehavare och användare. Även inom WIPO har man ansett att frivilliga register och märkning kan komma att utgöra en viktig del av den framtida upphovsrättsliga infrastrukturen<sup>931</sup>. Dessutom uppmanar man i upphovsrättsdirektivet direkt medlemsstaterna att uppmuntra rättsinnehavarna att använda märkning som utöver information om rättsinnehavare innehåller deras tillstånd när verk eller andra alster läggs ut på näten<sup>932</sup>.

Ett system som kräver att rättsinnehavaren på något sätt skall visa att han ämnar utöva sina upphovsrättigheter ter sig också försvarbart i jämförelse med de övriga immaterialrättsliga systemen. Man kan gott jämföra med patentskyddet och mönsterskyddet, som kräver registrering och som är rätt kostsamma för rättsinnehavarna. Särskilt patentskyddet innebär att kostnaderna ökar ju längre skyddet upprätthålls. Denna mekanism gör att rättsinnehavaren måste överväga fördelarna och nackdelarna med att upprätthålla skyddet. Ur samhällets perspektiv innebär en längre skyddsperiod ökade direkta intäkter i form av registreringsavgifterna, medan en kortare skyddsperiod kan vara fördelaktig för samhället eftersom fri konkurrens kan antas leda till lägre priser till fördel för konsumenterna.

Eftersom upphovsrätten inte endast är ett industriellt rättsskydd är det knappast försvarbart att införa motsvarande formella registreringssystem och avgiftssystem för att erhålla skyddet<sup>933</sup>. Däremot finns det inget som säger att det är förmånligt för samhället eller nöd-

<sup>930</sup> Se Isenberg, *The Giga Law* (2002), s. 32-33, där han förklarar hur webbsidor skall registreras och påminner om att uppdateringar av webbsidor kontinuerligt bör registreras.

<sup>931</sup> *Survey Of National Legislation On Voluntary Registration Systems For Copyright And Related Rights*. WIPO (2005).

<sup>932</sup> Upphovsrättsdirektivets ingresspunkt 55.

<sup>933</sup> Man brukar traditionellt anse att upphovsrätten inte är ett industriellt rättsskydd. Upphovsrätten har dock under de senaste decennierna i allt högre grad utvecklats mot att skydda innehållsindustriens intressen. Detta syns inte minst i datorprogramskyddet och databasskyddet.

vändigt ens med tanke på upphovsrättens särskilda karaktär att upprätthålla ett system där rättsinnehavaren inte har några som helst incitament att i förväg visa att (eller till vilken del) han ämnar utöva sina rättigheter.

Följderna av att man inte märker egendom och anger rättsinnehavare och de rättigheter man förbehåller sig skulle inte behöva vara att man förlorar sin upphovsrätt. Man kan tänka sig att en sådan underlåtelse kan få andra rättsverkningar, såsom en förlorad möjlighet att utkräva särskild upphovsrättslig ersättning och ersättning för rättegångskostnader<sup>934</sup> eller att användning får fortgå utan risk för påföljder ända tills rättsinnehavaren notifierar användaren om att användning inte tillåts<sup>935</sup>.

## 5.3. Frihet att påföra DRM-system kompenseras av tryggad användarfrihet

### 5.3.1. Adekvata incitament på dynamiska marknader

DRM-system möjliggör för rättsinnehavaren att implementera affärsmodeller i den digitala miljön som erbjuder honom en väl avpassad incitamentsstruktur. Det här kan presumeras ge ökade incitament som medför att innehållsproduktionen ökar och kan därför anses vara förenligt med principen om informationens fria rörlighet. DRM-systemen erbjuder en mer flexibel incitamentsregim än vad upphovsrätten kan erbjuda<sup>936</sup>. Det här beror på den digitala miljöns och den moderna ekonomins dynamiska karaktär, vilket gör att en lagstiftning som baserar sig på vissa antagna affärsmodeller inte fungerar särskilt väl. Dessutom kan man argumentera att kontroll av användning med hjälp av DRM och avtalsvillkor hör till rättsinnehavarens naturliga frihet<sup>937</sup>.

Benkler förkastar argument vanligen framställda inom rättsekonomisk argumentation om att privatreglering är att föredra framom lagstiftning. Enligt Benkler brukar förespråkarna för privatreglering hänvisa till att teknologin medför en perfekt exklusion som leder till den mest effektiva allokeringen och produktionen av information. Detta förkastar Benkler eftersom informationen enligt honom är en riktig allmän nytthet (*public good*), dvs. icke-rivaliserande (*nonrival*) och icke-uteslutande (*nonexcludable*). En perfekt privat marknad kan inte effektivt producera nyttigheter som är en riktig allmän nytthet i ekonomisk bemärkelse.

Det andra försvaret för privatreglering baserar sig på att privata har bättre kunskap än lagstiftaren om den mest effektiva allokeringen av pris och tillgång till information. Detta argument är enligt Benkler inte felaktigt men beaktar inte att alla transaktioner av informationsnyttigheter, som baserar sig på förekomsten av exklusiva privata informationsrättigheter, avtalas under omständigheter som innebär marknadskontroll. Detta leder till att prissättningen inte blir socialt optimal, särskilt inte om man god-

<sup>934</sup> Detta är följden av utebliven märkning i USA. Man bör märka att rättsinnehavaren dock har möjlighet att kräva skadestånd.

<sup>935</sup> Detta är en lösning som förespråkas av Lessig, *Free Culture* (2004), s. 290-291.

<sup>936</sup> Dam, *Self-Help in the Digital Jungle* (2001), s. 103-122. Nimmer, *Copyright and the Information Superhighway* (1994), s. 25-39. Nimmer & Krauthaus, *Information as A Commodity* (1992), 103-130. Rothstein Wolfson, *Contract and Copyright* (1999), s. 79-110. Gomulkiewicz, *The License is the Product* (1998), s. 891-930. Friedman, *In Defense of Private Orderings* (1998), s. 1151-1172.

<sup>937</sup> Bell, *Escape from Copyright* (2001). Man kan utgå från att upphovsrätten både innehåller en negativ sida (en rätt att neka andra nyttja det upphovsrättsliga verket) och en positiv sida (att själv förfoga över verket). Godenhielm, *Om upphovsmannens tillträdesrätt* (1977), s. 211-225.

känner shrinkwrap-licenser<sup>938</sup>, vid vilka försäljaren inte kan sägas ha större kunskap om användarnas preferenser än lagstiftaren.

Det tredje försvaret för privatreglering baserar sig på att försäljaren av en informationsprodukt som har en dominerande ställning på marknaden mera effektivt producerar nyttigheten ifall han kan prisdiskriminera än ifall han inte kan det. Tekniska åtgärder och kontrakt hjälper dem att prisdiskriminera, med hjälp av vilka man alltså kan uppväga de sociala välförsluster (*social welfare losses*) som exklusiva privata informationsrättigheter (exclusive private rights in information) annars innebär. Även detta argument anser Benkler inte vara helt fel, men inte heller dugligt som a priori teori. Eftersom prisdiskriminering är kostsamt förblir den relativt grov. En introduktion av en dylik imperfekt prisdiskriminering kräver att informationsnyttigheterna i högre grad görs uteslutande. Huruvida prisdiskrimineringen leder till ökad social välfärd beror på om den ökade tillgången till nya (partsdefinierade) exklusiva rättigheter till verket är större än de sociala förlusterna på grund av förminskad tillgång till de tidigare icke-exklusiva rättigheterna till verket. Det finns alltså ingen anledning att tro att prisdiskriminering leder till ökad social välfärd (aggregate social welfare) eller att det är så inom alla sektorer och för all slags exklusion. Benkler anser därför att det finns anledning att anta att privatreglering och därmed ökad exklusivitet av informationsnyttigheter skulle medföra betydande kostnader för den allmänna kommunikationsfriheten och privatautomin.<sup>939</sup>

Enligt min uppfattning finns inga skäl att förbjuda privatreglering genom DRM-system, men det finns skäl att med olika medel balansera rättsinnehavarens frihet att påföra DRM-system. Det finns alltså skäl att i princip stöda en rätt omfattande frihet för rättsinnehavarna att kontrollera nyttjande genom DRM-system. Detta innebär samtidigt att det rättsskydd rättsinnehavarna får, inte kommer att följa konturerna i det lagstadgade upphovsrättsliga skyddet, utan de har en möjlighet att åtminstone i viss mån själva strukturera det rättsliga skyddet genom avtal och tekniska åtgärder. Det att rättsinnehavarna själva kan påverka omfattningen av det rättsliga skyddet genom att vidta konkreta åtgärder för att befästa sitt förfogande innebär samtidigt att det skapas ett incitament för rättsinnehavarna att informera användaren om hur verket eller alstret får användas. Detta i sin tur kan minska den rättsliga osäkerheten för användarna.

### 5.3.2. Frihet till icke-kommersiellt nyttjande

Utgångspunkten att rättsinnehavaren skall ha en omfattande frihet att kontrollera användning är inte acceptabel ifall man inte samtidigt beaktar användarnas intressen. Användarnas intressen kan tillgodoses genom att lindra den stränga riskfördelning till användarnas nackdel som nuvarande upphovsrättslagstiftning baserar sig på. Nuvarande lagstiftning utgår från ett strikt ansvar för upphovsrättsintrång och en skyldighet att erlagga kompensation i alla andra fall än vid vissa i lagen närmare specificerade inskränkningar av upphovsrätten. Den ansvarsfördelning som upphovsrättslagen utstakar ter sig allt mer bristfällig i en miljö där kopiering utgör en förutsättning för kommunikation, vare sig det är fråga om att kommersiellt nyttja verket eller inte. *Ifall rättsinnehavaren inte vidtar åtgärder för att skydda sina intressen skall användaren ha*

<sup>938</sup> Detsamma torde gälla andra typer av avtal (eller DRM) som baserar sig på att rättsinnehavaren ensidigt definierar licensvillkoren.

<sup>939</sup> Benkler, An Unhurried View of Private Ordering (2000), s. 2063-2080. Se även Koelman, Auteursrecht (2003) som sluter sig till att DRM möjliggör exkluderbarhet men att den rättsekonomiska teorin inte ger stöd för att perfekt exkluderbarhet skulle medföra att immateriella resurser används mer effektivt. Han sluter sig därför till att det rättsliga skyddet av DRM-system kan visa sig vara ett socialt experiment vars konsekvenser ur ett rättsekonomiskt perspektiv inte kan försvaras.

en frihet att använda verket eller åtminstone för icke-kommersiellt bruk och åtminstone i de fall då verket tillgängliggjorts i sådan form och på sådant sätt att tillämpning av DRM-system skulle ha varit möjlig<sup>940</sup>. Med tanke på dagens teknik avser jag alltså användning av innehåll som tillgängliggjorts i digital form på trädbunden eller trådlös väg.

En dylik utgångspunkt har flera fördelar. Den omfattande kontrollfrihet rättsinnehavaren får, erbjuder incitament som är mer dynamiska och bättre avpassade till olika affärsmodeller i den digitala miljön. Rättsinnehavarna har alltså inte längre skäl att klaga över att det upphovsrättsliga skyddet inte erbjuder tillräckliga incitament. Dessutom återetableras en frihetsfjär för användarna, något som på grund av det förändrade upphovsrättsliga paradigmet (och en expansion av upphovsrätten) i allt högre grad försvunnit<sup>941</sup>.

Ur regleringsteoretiskt perspektiv kan man konstatera att en motsvarande modell traditionellt omfattats av det amerikanska upphovsrättssystemet. Där har *copyright notice*-systemet erbjudit användarna ett *bona fides* skydd, så att en brist på märkning av upphovsrättsligt skyddat innehåll medfört en presumtion om att innehållet fritt kan användas<sup>942</sup>.

Synsättet kan sägas stöda det man idag kallar för användning baserad på *implicit licens*, det vill säga användning som man antar att upphovsmannen avsett att användaren skall kunna utföra. Som exempel kan nämnas att man allmänt antagit att den som lägger ut innehåll på Internet har eftergivit en viss exemplarframställningsrätt till användaren. Denna exemplarframställningsrätt gäller åtminstone sådan kopiering som är nödvändig för att ett verk eller alster skall kunna ses eller höras, men vanligen också en rätt att framställa ett exemplar i skriftlig form genom att skriva ut en webbsida. Läran om implicita licenser verkar vara (eller åtminstone tidigare ha varit) rätt allmänt accepterad då det gäller privat slutanvändning. Det är dock osäkrare till vilken del användning med andra icke-kommersiella motiv inkluderas, såsom till exempel undervisning och forskning, biblioteksverksamhet och arkivering. I brist på uttryckligt stöd i lagstiftningen ter sig tillämpligheten av doktrinen allt osäkrare<sup>943</sup>.

Kielland har analyserat förutsättningarna för och innebörden av läran om implicita licenser inom upphovsrätten. Han har för det första konstaterat att doktrinen om implicit licens endast är tillämplig om verket publicerats med upphovsmannens medgivande. I annat fall kan man ju inte utgå från att upphovsmannen tillåter något som helst användande. Doktrinen kan härledas från allmänna avtalsrättsliga doktriner om förutsättningarna för uppkomsten av (tysta) avtal och lojalitetsplikt. Det här innebär att användningen skall ske på ett sätt som beaktar upphovsmannens intressen.

<sup>940</sup> Även Post har i rättslitteraturen förespråkat en möjlighet till friare användning av innehåll som inte skyddats genom DRM-system. Post förespråkar i detta sammanhang att man återinför copyright-registreringssystemet. Post, *His Napsters Voice* (2002), s. 118. Se även Leithe, *Developing Theory in Legal Technology* (2005), s. 231-233 och Lessig, *Free Culture* (2004), s. 276 ff.

<sup>941</sup> Man kan också uttrycka detta som ett strävande att återgå till en uppfattning om att upphovsrättens ekonomiska rättigheter skall gälla kommersiell exploatering av verk, inte vilken som helst användning. Se även Litman, *Digital Copyright* (2001), s. 181 ff och Lessig, *The Future of Ideas* (2001), s. 258-259.

<sup>942</sup> Goldstein, *Copyright* (1989), s. 321-323. Denna presumptionsregel gäller enligt Goldstein dock inte för verk som publicerats efter 1 mars 1989, då 1988 års upphovsrättsrevision (Berne Implementation Amendments) trädde i kraft.

<sup>943</sup> Detta sker inte minst som en följd av trestegstestet, som verkar leda till en kontinuerlig förstärkning av upphovsrätten. Enligt trestegstestet, som på internationell nivå införts genom Bernavtalet (varvid det gällde endast mångfaldiganderätten) och sedermera TRIPS-avtalet (gällande alla rättigheter samt även gällande närliggande rättigheter), och som på basen av upphovsrättsdirektivet även bör tillämpas vid domstolsprövning, får upphovsrättens inskränkningar endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen. Enligt Dusollier infördes trestegstestet i upphovsrättsdirektivet med tanke på att den tekniska utvecklingen eventuellt kunde leda till att upphovsrättens inskränkningar kan få en alltför omfattande inverkan på rättsinnehavarnas legitima intressen. Dusollier, *Droits d'auteur et protection des œuvres* 2005, s. 435-447. Enligt Senftleben skall trestegstestet tolkas på ett neutralt sätt där alltså upphovsrätten inte ställs framom andra rättigheter eller intressen. Enligt Senftleben är trestegstestet avsett att utgöra en ledtråd för lagstiftarna i sökan på kriterier för regleringen i motsats till specifika lösningar bundna till en viss teknik, en viss affärsmodell mm. Senftleben, *Copyright Limitations and The Three-Step Test* (2004), s. 295-311.



Enligt Kielland innebär doktrinen om *implicita licenser* att användaren antas ha en rättighet att använda verket på sedvanligt sätt (normal use) som inte på ett otillbörligt sätt inkräktar på upphovsmannens skyddade intressen. Vad som skall anses vara normal användning är oklart och beror på omständigheterna i varje specifikt fall. Vid tolkning av avtal skall man i oklara fall sträva till ett rättvist och rimligt resultat för alla parter. Upphovsrättslagstiftningen har en viktig funktion då man tolkar vad som uppfyller dessa kriterier.

Kielland konstaterar att doktrinen om *implicita licenser* har likheter med upphovsrättens inskränkningar och kan tolkas som ett försök att beakta de rättsliga principer som ligger till grund för det allmännas intresse och därmed lösa problemet med att de lagstiftade undantagen är otillräckliga. Trots att doktrinen kan anses ha ett viss stöd i rättsordningen skulle det enligt Kielland vara skäl att omformulera de rättsliga undantagen så att de bättre skulle omfatta sådan användning som anses tillåten på basen av doktrinen om *implicita licenser*.<sup>944</sup>

Rättsinnehavarens ökade rättighet att förfoga över det digitala objektet skulle alltså uppvägas av stadganden som skulle garantera en större frihet att använda ett verk eller annat alster som rättsinnehavaren inte tillkännagivit sin rättighet över. På ett principiellt plan kan man säga att det här minskar risken för underutnyttjande av verk eftersom en rättsinnehavare presumtivt etablerar en rättighet endast till den del detta ligger i hans intresse. Dessutom minskar underutnyttjande som en följd av en tryggare användarfrihet.

### 5.3.3. DRM-systemen och de nya formerna av skapande verksamhet

Med *derivativa verk* avses verk som utgör modifieringar av tidigare verk. Sådana modifieringar är till exempel översättningar eller verk där ”råmaterialet” består av tidigare utgivna verk eller alster. Ett klassiskt exempel på den senare typen av verk är collage gjorda på publicerade fotografier.

Digital manipulation av existerande verk och alster speciellt inom de auditiva, visuella och audiovisuella sektorerna har skapat frågeställningar som gäller hur små enheter som kan erhålla upphovsrättsligt skydd och till vilken del det eventuellt uppkommer ett nytt oberoende verk. Inom musikbranschen tycks det numera vara allmänt vedertaget att *sampling* kräver rättsinnehavarnas samtycke oberoende av den återanvända delens omfattning<sup>945</sup>.

Orsaken till att man inom musikbranschen verkar utgå från att *sampling* alltid kräver tillstånd torde vara att upphovsrättens riskfördelning med ett strängt ansvar för upphovsrättsintrång medför att man tar det säkra för det osäkra och begär om lov. Det är ofta svårt att avgöra om den lånade delen överstiger verkshöjd och dessutom vill man undvika att hamna in i rättsvister, vilket kan vara både dyrt och obehagligt<sup>946</sup>.

<sup>944</sup> Kielland, *The Doctrine of Implicit Licenses in Intellectual Property Law* (2003), s. 161-184.

<sup>945</sup> Enligt Herler skall samtycke för *sampling* erhållas av rättsinnehavarna, ”enär *sampling* omfattar exemplarframställning samt bearbetning och tillgängliggörande för allmänheten av skyddade verk”. Herler, *Upphovsrättsligt skydd av digitala musikaliska verk vid marknadsföring i Internet* (2001), s. 334. I motsats till vad Herler framför utgör *sampling* knappast ett tillgängliggörande för allmänheten. Däremot blir frågan om huruvida det är fråga om otillåtet mångfaldigande och bearbetning aktuellt i samband med att ett samplat verk görs tillgängligt för allmänheten. Därförinnan är det fråga om kreativ aktivitet som sker i det privata och för vilket inte krävs tillstånd.

<sup>946</sup> Enligt uppgifter på webbsiten [www.musiclaw.com/sampling.html](http://www.musiclaw.com/sampling.html), besökt 26.7.2006, kostar ett sampel normalt ca 1.000-2.000 USD per sampel, även om avgifterna i värsta fall kan uppgå till ca 10.000 USD. Använder man många sampel i en sång är det klart att det blir rätt dyrt. Å andra sidan uppgår lagbaserad skälig ersättning (statutory damages) i USA till mellan 750 och 30.000 USD per verk och ersättningen för egentligt upphovsrättsintrång upp till 150.000 USD, USC 17 § 504 (c). Därutöver kommer utgifter för rättegångskostnader. Dessutom kan man naturligtvis vara tvungen att dra tillbaka ett utgivet album, vilket ytterligare åsamkar både finansiella och ideella förluster.

Denna syn kan omfattas till den del den lånade delen överskrider verkshöjdskravet. För att ett nytt och självständigt verk skall anses kunna uppkomma krävs nämligen enligt finsk rätt att verket åstadkommits *i fri anslutning till* originalverket (FiURL 4.2 §). Det här verkar exkludera kreativ verksamhet där befintligt material *återanvänds*, vilket är så vanligt inom mången modern konstnärlig produktion.

Bildkonst är den enda konstform där återanvändning uttryckligen uppmärksammas. FiURL 25.2 § tillåter användning av offentliggjorda exemplar av konstverk i underordnad betydelse som en del av ett fotografi, film eller televisionsprogram. Stadgandets tillämpningsområde är som av stadgandet framkommer mycket begränsat.

Ur användarnas (som i detta fall alltså utgörs av konstnärer, musiker och andra artister och upphovsmän) synvinkel innebär detta lagstadgande en kraftig kringsskäring av deras konstnärliga frihet. På allmän nivå gäller det frågan om huruvida det finns skäl att behandla deras skapande verksamhet på ett annat sätt än sådana konstgenrer där återanvändningen kan ske i immateriell form<sup>947</sup>.

Frågan om återanvändning av verksuttryck som en del av nya verk ökar i betydelse i och med att DRM-system möjliggör en effektiv spårning av verksuttryck. Det har tidigare varit rätt vanligt att man sammanfört och bearbetat fotografier för att skapa en ny bild. I och med att det slutliga verksuttrycket markant skiljt sig från de fotografier som legat som grund för det har risken för upptäckt och talan om upphovsrättsintrång varit mycket litet. I och med att det nya uttrycket dessutom skiljt sig mycket från de fotografier som ingår i det, har det nya uttrycket knappast heller stått i konflikt med upphovsmännens ideella intressen.

Dagens DRM-system möjliggör en effektiv märkning och spårning av innehåll. Det här innebär att risken för upptäckt och rättsliga krav är mycket större, eftersom det går att automatisera sådana funktioner som spårning, bevisning och delvis även vissa moment i den rättsliga processen, såsom begäran om att olagligt innehåll skall tas ned (så kallade *notice and take down*-förfaranden)<sup>948</sup>.

Genom att säkerställande av rättigheter blir enklare och billigare ökar också incitamenten att utnyttja dem i strategiskt syfte<sup>949</sup>. För att använda Hakulinens ord kan rättsinnehavaren ”i utpressningssyfte efterfika olaglig nytta till skada för annan”<sup>950</sup>. I praktiken kan det röra sig om försök att begränsa konkurrens eller pressa intrångsgöraren på pengar.

Å andra sidan möjliggör också nya märkningssystem att man i förväg kan definiera avsedda exploateringsätt och rättighetskrav. Sådan märkning får dock effekt endast till den del rättsordningen erbjuder ett rättsligt stöd för dem, inklusive ett rättsligt skydd för användare i god tro<sup>951</sup>.

<sup>947</sup> Kravet om att ett verk har skapats i fri anslutning till ett annat verk möjliggör till exempel att en intrig eller ett tema i en bok ”återanvänds” i en annan bok, bara det konstnärliga uttrycket är ett annat och till och med att en målning som direkt baserar sig på en annan målning eller fotografi utgör ett nytt och självständigt verk. Se HD 1979 II 64, där en målning direkt baserad på ett fotografi ansågs utgöra ett nytt och självständigt verk.

<sup>948</sup> BayTSP.com Incorporated marknadsför automatiska system för både spårning, bevisinsamling och begäran om att ta ner innehåll (take down-notices). Fighting online Piracy in 2006, BayTSP.com Incorporated, <http://www.baytsp.com/infopage.html>.

<sup>949</sup> Om användning av immaterialrättigheter i strategiskt syfte, se Rahnasto, How to Leverage (2001)

<sup>950</sup> Hakulinen, Obligationsrätt I (1962), s. 259.

<sup>951</sup> Denna lösning förespråkas även i Kawohl & Kretschmer, Abstraction and Registration (2003), s. 209-228.

Dagens DRM-system möjliggör också att skydda ett verksuttryck så att mångfaldigande och manipulering omöjliggörs. Med dessa metoder är det därför möjligt att förhindra till exempel sampling. Fördelen i dessa fall är att rättsinnehavaren kan ge uttryck för sin vilja att exkludera dylik användning. Det skulle också innebära att rättsinnehavaren kan skydda sina intressen även i de fall då lagstiftningen i sig tillåter ”återanvändning” av verksuttryck i enlighet med vad som ovan föreslås. Man kan därför anse att en frihet att påföra DRM-system ger rättsinnehavaren en möjlighet att skydda sina intressen och därmed minska risken för rättstvister gällande huruvida ett ”derivativt” verk, där verksuttryck i konkret form alltså återanvänds, utgör ett förbjudet intrång i upphovsrätten. Därmed minskar också intresset att upprätthålla ett lika starkt lagstadgat skydd mot sådana derivativa verk som består av återanvändning av konkreta verksuttryck som den gällande rätten omfattar<sup>952</sup>.

Kunde alltså DRM-system erbjuda en möjlig kompromisslösning på dilemmat med konstens frihet i den moderna digitala miljön och med beaktande av de nya formerna för skapande verksamhet? En sådan kompromisslösning skulle möjliggöra för rättsinnehavarna ett skydd även av de minsta beståndsdelarna genom att tillämpa DRM-system mot att konsekutiva upphovsmän skulle ha en mer omfattande frihet än de har idag att skapa nya självständiga verk även utgående från befintliga verk. Ett sådant lagstadgat skydd skulle ta fasta på den princip som redan idag ingår i den finska upphovsrätten och som är avsedd att trygga konstens frihet och ett skydd av nyskapande verksamhet. Samtidigt skulle denna lösning även innebära att domstolen åtminstone delvis skulle slippa utföra kvalitativa värderingar av konsten, eftersom även sådana komponenter som inte överskrider verkshöjden skulle kunna skyddas genom tillämpning av DRM-system. Till den del det är fråga om innehåll som inte skyddas genom DRM-system skulle domstolen naturligtvis fortfarande vara tvungen att bedöma huruvida det nya verket är självständigt eller om förlagans verksuttryck är det dominerande.

Av de ovanstående argumenten kan man sluta sig till att DRM-system endast i begränsad mån kan erbjuda en lösning på dilemmat för de nya formerna av skapande verksamhet. Det viktigaste skulle vara att modernisera upphovsrättslagens formuleringar så att nya former av skapande verksamhet inte på ett omotiverat sätt diskrimineras. Dessutom finns det skäl att närmare studera vilka risker för missbruk av upphovsrätten elektroniska rättighetshanterings-system medför.

## 5.4. Hantering av gråzonen mellan kommersiellt och icke-kommersiellt nyttjande

### 5.4.1. *Presumtion om det icke-kommersiella nyttjandets frihet*

Jag har ovan förespråkat en rätt omfattande principiell kontrollrätt för rättsinnehavaren i utbyte mot ökade garantier för användarens frihet att nyttja verket för icke-kommersiellt bruk. Genom att utesluta direkt kommersiellt nyttjande undviker man det som åtminstone för droit

<sup>952</sup> Powell har konstaterat att immateriella rättigheter påverkar hur information produceras och nyttjas. Immaterialrättigheter är till fördel för kommersiella producenter som säljer informationsvaror på bekostnad av icke-kommersiella producenter och producenter som erhåller nytta av produktionen på något annat sätt än genom licensiering av rättigheter. Powell, *Networks of Learning in Biotechnology* (2001), s. 251-266. Lessig har föreslagit att lagstiftningen gällande derivativa verk borde ändras så att endast vissa typer av derivativa verk hör till upphovsrättens ensamrätt. Lessig, *Free Culture* (2004), s. 295.

d'auteur-traditionen ter sig som problematiskt, nämligen att upphovsmannen skulle förlora några rättigheter på basen av att man undlåter att vidta åtgärder för att säkra sina rättigheter.

Hur förhåller sig indelningen i kommersiellt och icke-kommersiellt bruk till den allt större gråzonen av användning med icke-kommersiella motiv men där användningen kan ha en omfattande inverkan på de kommersiella marknaderna för upphovsrättsliga verk? Sådan användning som alltså innebär ett substitut till den produkt som rättsinnehavaren marknadsför? Som exempel kan anges exemplarframställning inom undervisningsverksamhet samt bibliotekens utlåningsverksamhet som kan antas inverka på försäljningen av de verk som används. Eller privatkopiering som kan utgöra substitut för försäljningen av verk. Skall detta alltså betraktas som kommersiellt eller icke-kommersiellt bruk i den mening som här avses?

Min uppfattning är att sådan användning i detta hänseende kan klassificeras som icke-kommersiellt eller att åtminstone utgångspunkten är att sådan användning är icke-kommersiell ifall annat inte kan visas<sup>953</sup>. Det handlar här alltså om ett slags omvänd bevisbörda; Då det är fråga om undervisningsverksamhet eller någon dylik icke-kommersiell användning är det upp till rättsinnehavaren att visa att användningen till sin art är sådan att det med beaktande av omständigheterna bör klassificeras som sådan kommersiell exploatering som bör höra till upphovsrätten.

#### 5.4.2. Från ersättningssystem till fria marknader

Användning inom gråzonen mellan det kommersiella och det icke-kommersiella utgör idag föremål för olika särlösningar såsom tvångslicenser, avtalslicenser och specifika ersättnings-system för lagringsmedel och dylikt<sup>954</sup>. Dessa särlösningar avser att kompensera rättsinnehavaren för det inkomstbortfall som presumtivt uppkommer på grund av dylik användning<sup>955</sup>. Behovet av sådana kompromisslösningar minskar då DRM-systemen möjliggör kontroll och styrning av användning även efter att ett verk tillgängliggjorts för allmänheten. Dessa lösningar är varken nödvändiga i en digital miljö där det i enskilda fall är möjligt att påföra användningsvillkor eller ens önskvärda med tanke på dess effekter på fria marknader och en fri konkurrens.

Denna åsikt befästs även av den gemenskapsrättsliga utvecklingen på området. Man har nämligen utgått från att DRM-systemen skall beaktas vid utformningen av de specifika alternativa ersättningssystemen (ersättning för lagringsmedel)<sup>956</sup>.

Det ter sig naturligt att tolka denna anmaning på så vis att *möjligheterna* att påföra DRM-system till skydd för sina intressen skall påverka ersättningssystemet. Ifall DRM-system finns *tillgängliga* för att skydda rättsinnehavarens intressen torde det inte finnas skäl att upprätthålla strukturer som snedvrider marknaderna. Om rättsinnehavaren erhåller ersättning för innehåll som tillgängliggörs utan DRM-skydd då sådant finns tillgängligt kan denne nämligen utnyttja detta i syfte att maximera sin vinst och erhålla ersättning även i sådana fall då användarna (konsumenterna) inte skulle vara villiga att betala för tillgång. Med andra ord skulle detta möj-

<sup>953</sup> Förändringarna i undervisnings- och forskningsverksamheten gör dock att viss användning inom till exempel universiteten numera snarast är att jämföra med kommersiellt nyttjande. Se Kontkanen, Tekijänoikeus yliopistotutkimuksessa (2006), s. 36-41.

<sup>954</sup> I vissa länder betalas även ersättningen för apparatur med hjälp av vilken man kan framställa kopior. Hugenholtz, *The Future of Levies in the Digital Environment* (2003).

<sup>955</sup> Bernitz et al, *Immaterialrätt* (2005), s. 70-71.

<sup>956</sup> Denna fråga har diskuterats i detalj ovan i kapitel IV.4.1.1 och IV.4.1.2.

liggöra strategier där rättsinnehavaren erbjuder värdefullare innehåll inom ramen för betal-tjänster som underkastats DRM-system samtidigt som mindre värdefullt innehåll, reklam eller innehåll som kan jämföras med ”skräp” (t.ex. spam) tillgängliggörs gratis men på ett sådant sätt att inkomster kan uppbringas genom de alternativa ersättningssystemen. Man måste också beakta att många system för tillgängliggörande som skyddas av DRM-system förutsätter att användaren lagrar innehållet på ett lagringsmedel som denne anskaffar och följaktligen är tvungen att betala ersättning för. Det strider i dessa fall mot principen om förbud mot dubbeldebitering att uppbära ersättning för lagringsmedel. Dessutom ger ett system som baserar sig på att ersättning betalas på basen av hur stor lagringskapacitet som behövs, incitament att maximera filstorlek, vilket ur informationshanteringsperspektiv inte är önskvärt.

### 5.4.3. Om risken att rättsinnehavaren förbjuder icke-kommersiell användning

Om rättsinnehavaren har en frihet att påföra DRM-system och en därav följande rättighet att förbjuda användning, kan man tänka sig att rättsinnehavaren väljer att inte tillåta icke-kommersiell användning, även sådana som i dag ”skyddas” genom upphovsrättens inskränkningar. Å andra sidan är denna risk redan överhängande i dagens upphovsrättsliga system, eftersom rättsinnehavaren på basen av upphovsrättsdirektivets e-handelsklausul kan åsidosätta vilken upphovsrättslig inskränkning som helst.

Många av de särlösningar som finns idag har redan utvecklats i en riktning som innebär en ökad risk för att innehåll inte kan användas för de icke-kommersiella motiv som legat som basis för att användningen undantagits upphovsmannens ensamrätt. Det här gäller till exempel det nya stadgandet om användning för undervisning och forskning i den finska upphovsrättslagens 14.1 §. Stadgandet är avsett att möjliggöra distansundervisning (*e-learning*). Enligt bestämmelserna i 14 § har rättsinnehavaren trots avtalslicens rätt att neka användning. Man kan alltså inte säga att de särlösningar som upprättats för att möjliggöra samhällsnyttigt och icke-kommersiellt nyttjande verkligen skulle garantera att sådant nyttjande är möjligt. De särskilda ersättningssystemen som en lämplig kompromisslösning har alltså även ur denna synvinkel förlorat sin kraft.

Man bör också beakta att rättsinnehavarna redan idag har en rätt att kontrollera offentliggörande av verket genom att verket publiceras eller på annat sätt görs tillgängligt för allmänheten. Man kan alltså inte säga att allmänheten skulle ha en åtkomsträtt<sup>957</sup>. Därmed utgör rättsinnehavarens frihet att kontrollera verks och andra alsters åtkomst ingen ändring i det rådande rättsläget.

<sup>957</sup> Det är sen en annan sak att man motiverat kan ha olika åsikter om när ett verk har publicerats eller annars gjorts tillgängligt för allmänheten. Det är rätt problematiskt att olika standarder gällande detta har anammats och vanligen på ett sätt som varit avsett att stöda rättsinnehavarens position. Som exempel på den ena ytterligheten kan man ta det svenska scientologimålet, som kom att föranleda en ändring i svensk lagstiftning. I detta fall ansåg man att ett verk som spridits till medlemmar i kyrkan inte hade offentliggjorts och att det därmed inte var försvarligt att det skulle bli offentliggjort genom att inlämnas till en myndighet, där det på basen av offentlighetslagstiftningen blev en offentlig handling. Karnell jämför situationen med att man tvingar upphovsmannen att överlämna halvferdiga verk till staten, som sen har rätt att publicera det. Karnell, *Upphovsrättsligt skydd för icke offentliggjorda verk i internationellt perspektiv* (2000), s. 54-60. Även om scientologikyran förutsatte medlemskap för att få tillgång till bibeln anser jag att verket i upphovsrättslig mening måste betraktas som offentliggjort. Detta gäller särskilt ifall man som mått på offentliggörning anser att vem som helst kan bli medlem i kyrkan, vilket torde vara fallet. För en mer ingående kritik av Karnells synpunkter, se Ställ, Napster (2002), s. 292-309.

*I andra fall har man ansett att tillgängliggörande av ett verk endast till de elever som har rätt att delta i ett visst skolningsprogram skall anses vara ett tillgängliggörande för offentligheten, eftersom vem som helst (som uppfyller vissa kriterier) har rätt att bli elev i skolan. UR 2002:16.*

Det har stundom i rättslitteraturen framförts en rädsla för att DRM-system kommer att ”låsa in” verk, så att de inte finns tillgängliga för allmänheten. Det är klart att detta är möjligt. Men för det första finns det inte heller i den traditionella miljön någon mekanism som skulle garantera att ett verk eller alster i praktiken finns tillgängligt. Tvärtom skyddas rättsinnehavarens rättighet att kontrollera när, var och hur verket tillgängliggörs. Ägaren till ett fysiskt verksexemplar har inte heller någon skyldighet att erbjuda offentligheten tillgång till verket oberoende av hur unikt verksexemplaret är, och det finns heller inget förbud mot att till och med förstöra ett unikt verk. Dessutom ligger det i verksamhetens natur att rättsinnehavarna söker tillgängliggöra sina verk. De saknar alltså normalt incitament att ”låsa in” sina verk i denna mening<sup>958</sup>.

## 5.5. Begränsningar av rättsinnehavarens kontrollmakt

Rättsinnehavarens principiella (*prima facie*) rättighet att kontrollera användning med hjälp av avtal och tekniska åtgärder innebär å andra sidan inte att vilket (på avtal eller tekniska lösningar baserat) villkor som helt skulle vara giltigt eller att det skulle saknas rättsmedel ifall rättsinnehavaren överskrider det som är acceptabelt i ett fritt, demokratiskt samhälle.

### 5.5.1. Villkors ogiltighet

*De allmänna avtalsrättsliga ogiltighetsgrunderna gäller även i förhållanden där DRM-system används.* Det här gäller alla delar av avtalsrättens allmänna läror.

Principles of European Contract Law<sup>959</sup> innehåller regler som kan beskrivas som ett försök att nedteckna de europeiska allmänna avtalsrättsliga principerna. I dessa principer räknar man upp några allmänna ogiltighetsgrunder. Till dessa hör svikligt förledande (fraud) (artikel 4:107), hot (threats) (artikel 4:108), överdriven nytta eller orättmätig fördel (excessive benefit or unfair advantage) (artikel 4:109) samt orättvisa villkor som inte baserar sig på individuell överenskommelse (artikel 4:110).

I finländsk rätt räknas de allmänna ogiltighetsgrunderna upp i kapitel 3 i lagen om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 13.6.1929/228. Till dessa hör hot (28 §), tvång (29 §), svikligt förledande (30 §), begagnande av annans trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroendeställning (31 §), misstag (32 §), rättshandling som strider mot tro och heder (33 §), skenrättshandling (34 §) och avtal avsett att förebygga eller begränsa konkurrens och som oskäligt begränsar någons handlingsfrihet (38 §). Man bör också beakta den allmänna jämningsprincipen av oskäliga villkor i 36 §.

Dessutom gäller i tillämplig del konsumentskyddslagen. Den finska konsumentskyddslagen (20.1.1978/38) innehåller inga särskilda bestämmelser om information som bör lämnas gällande DRM-system eller om avtal som gäller handel med upphovsrättsligt skyddade verk eller alster. Av konsumentskyddslagen 5:12 och 5:13 följer dock att fel i vara kan anses föreligga

<sup>958</sup> Till den del rättsinnehavarna söker låsa in ett verk handlar det vanligen om hemlighållande av till exempel företagshemligheter.

<sup>959</sup> Principles of European Contract Law. Ed. Lando & Beale (2000). Även om dessa principer inte utgör gällande rätt eller har upptagits av gemenskapsrätten kan man utgå från att de baserar sig på ett visst mått av allmän uppfattning om allmänna ogiltighetsgrunder inom europeisk avtalsrätt. Arbetet med att utvärdera och utarbeta allmänna avtalsrättsliga principer fortgår. Om den aktuella situationen för den europeiska avtalsrätten och särskilt etablerandet av gemensam forskning om avtalsrättsliga principer, se Första årliga lägesrapporten om europeisk avtalsrätt och översynen av gemenskapens regelverk, KOM(2005) 456 slutlig.



om varan inte överensstämmer med vad konsumenten skäligen kan förvänta sig eller med de uppgifter om varan som lämnats. Övriga stadganden som i detta sammanhang särskilt bör nämnas är också förbudet mot oskäliga avtalsvillkor (konsumentskyddslagen kap. 3) och därtill hörande begränsning av friheten att avtala om tillämplig lag (konsumentskyddslagen 4:5) och principen om tolkning av standardvillkor till konsumentens fördel (konsumentskyddslagen 4:3).

Ifall man utgår från att rättsinnehavaren har frihet att avgöra på vilka villkor innehåll finns tillgängligt krävs särskild motivering för att kringskära denna frihet. Det är också helt klart att villkor som undergräver en annan skyddad rättighet eller frihet, till exempel rätten till en rättvis rättegång, yttrandefrihet och offentlighetsprincipen, kan jämkas eller åsidosättas med stöd av § 36 i lagen om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område<sup>960</sup>. Det här är också en fråga som sammanhänger med inomkontraktuell chikan, som närmare behandlas nedan.

### 5.5.2. Chikanförbudet

Det allmänna *chikanförbudet* (förbud mot rättsmissbruk) tillämpas då en rättsinnehavare utnyttjar sin rättighet på ett sätt som är ägnat att skada andra. Det handlar alltså om situationer där en rättighet formellt tillhör upphovsmannens ensamrätt, men där upphovsmannen nyttjar möjligheten att skrida till rättsliga åtgärder för att genomdriva något annat intresse än det rättsgodas ensamrätten är avsedd att skydda.

Det förefaller som om rättsmissbruk ibland har indelats i två typer. I den ena handlar det om att en rättighet utnyttjas *i annat syfte* än för vilket den upprättats. I den andra handlar det om att en rättighet nyttjas *i avsikt att skada* en annan<sup>961</sup>. Det torde inte finnas någon särskild orsak att upprätthålla en strikt indelning mellan dessa typer av chikan, eftersom bägge förutsättningar vanligen bör finnas för att chikan skall föreligga. Det torde knappast finnas någon särskild orsak att hävda att chikan föreligger i sådana fall där ingen annan blir lidande av att en rättighet nyttjas på ett sätt som inte är förenligt med rättens grundläggande ändamål. Å andra sidan är det naturligtvis möjligt att den skadelidande inte är en konkret person utan till exempel ”framtida generationer” eller någon annan abstrakt grupp.

Hakulinen har framlagt att chikanförbudet inom det immateriella rättsskyddets område särskilt kan förekomma genom vidmakthållande av varumärkesregistrering som ej längre motsvarar det verkliga intresseläget till följd av att varumärket blivit en allmän beteckning för en vara eller genom att inte använda ett varumärke som registrerats. Han förklarar att genom att återropa registreringen kunde märkes-havaren i utpressningssyfte efterfika olaglig nytta till skada för annan<sup>962</sup>.

Chikanförbudet kan vara tillämpligt både inom och utom kontraktsförhållandet. Gällande det inomkontraktuella chikanförbudet har Gomard framhållit att chikanförbudet inom avtals-

<sup>960</sup> Gomard, *Almindelig kontraktsret* (1996), s. 185.

<sup>961</sup> Se Knoph, *Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett* (1921), s. 169-174, där han bland annat konstaterar att läran om missbruk av en rättighet knyter an till kritiken av läran om de subjektiva rättigheternas absolutet. Läran om rättsmissbruk baserar sig på tanken om de subjektiva rättigheternas samfundsmässiga förankring och att samfundsmässiga förpliktelser följer av subjektiva rättigheter. Knoph knyter begreppet *chikan* till skadeavsikten och verkar utgå från att *rättsmissbruk* är en mer generell term. Knoph, *Hensiktens betydning* (1921), s. 209 ff. Linna påpekar att skaderekvisitet inte innebär att det skulle krävas *uppsåt*. Linna, *Oikeuden väärinkäytön kielto* (2004.), s. 622-638.

<sup>962</sup> Hakulinen, *Obligationsrätt I* (1962), s. 259.

rätten vanligen tillämpas genom den allmänna jämningsregeln i avtalslagen (36 § i lagen om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 13.6.1929/228)<sup>963</sup>.

Inom ramen för upphovsrätten kan man tänka sig två typfall där chikan eller rättsmissbruk kan tänkas föreligga; då rättsinnehavaren grundlöst och i skadeavsikt förvägrar licens av en ekonomisk rättighet eller då rättsinnehavaren använder ensamrätten för att förhindra nyttjande eller för att driva intressen som inte kan anses legitima med beaktande av upphovsrättens ändamål<sup>964</sup>. Det förra är alltså en underlåtelse medan det i det senare fallet är fråga om att rätten aktivt nyttjas.

Govaere har analyserat hur doktrinen rättsmissbruk tillämpats inom EG-rätten i förhållande till immaterialrättigheterna<sup>965</sup>. Enligt Govaere kan man skilja mellan rättsmissbruk inom ramen för tillämpningen av gemenskapsrättens regler om varors och tjänsters fria rörlighet och rättsmissbruk i förhållande till reglerna om fri konkurrens. Det mest konkreta resultatet av det förra är läran om gemenskapsrättslig konsumtion, det vill säga när en vara en gång lagligen förts ut på den inre marknaden kan parallellimport inom EG inte lagligen förhindras<sup>966</sup>. När det gäller immaterialrättens förhållande till konkurrensrätten har man utvecklat en doktrin om missbruk av dominerande ställning. Vad gäller läran om missbruk av dominerande ställning verkar det största problemet vara att EG-domstolen inte förklarat vad som är immaterialrättens ändamål (essence) och att man därför varit oförmögen att enligt Govaere på ett tillfredsställande sätt avgöra under vilka förutsättningar missbruk av dominerande ställning kan förekomma<sup>967</sup>. En orsak till de problem EG-domstolen har haft att avgöra ifall det föreligger ett rättsmissbruk är att immaterialrätten primärt baserar sig på nationell rätt och alltså någon harmoniserad EG-rättslig uppfattning om de olika immaterialrättigheternas innehåll därför inte har kunnat utvecklas.

De idag mest omdiskuterade EG-rättsliga fallen gällande upphovsrätt i förhållande till missbruk av dominerande ställning gäller situationer där man förvägrat licens till skyddade databaser. Magill<sup>968</sup> och IMS Health<sup>969</sup> torde vara de mest omdiskuterade EG-rättsliga fallen på upphovsrättens område där missbruk av dominerande ställning ansetts föreligga. I bägge fallen var det fråga om att ett företag förvägrade licens. I dessa fall har man utgått från att en licensvägran kan innebära ett rättsmissbruk, ifall den som söker licens erbjuder nya varor eller tjänster som inte erbjuds av rättsinnehavaren och för vilka det föreligger en potentiell efterfrågan från konsumenterna. Dessutom krävs att licensvägran inte är motiverad av objektiva skäl och att de uppgifter ensamrätten gäller är nödvändig som grundmaterial för att skapa sådana varor eller tjänster<sup>970</sup>. Dessa bägge fall baserar sig alltså på chikan som en följd av underlåtelse att bevilja licens<sup>971</sup>.

Trots att chikanförbudet inom gemenskapsrätten tydligen är en rättsprincip som använts för att balansera de till immaterialrätten hörande ensamrätterna med principen om fri konkur-

<sup>963</sup> Gomard; *Almindelig kontraktret* (1996), s. 185.

<sup>964</sup> Enligt Geiger är det just fråga om chikan i denna betydelse då upphovsrätten används för att hindra informationens fria rörlighet eller yttrandefriheten. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public* (2004), s. 389.

<sup>965</sup> Govaere, *The Use and Abuse* (1996).

<sup>966</sup> Enligt Govaere kan man på basen av en analys av EG-domstolens avgöranden sluta sig till ett trestegstest gällande huruvida immaterialrättsligt nyttjande strider mot gemenskapens regler om fri rörlighet för varor, se Govaere, *The Use and Abuse* (1996), s. 100-101.

<sup>967</sup> Govaere, *The Use and Abuse* (1996), s. 154-156.

<sup>968</sup> Domstolens dom den 6 April 1995. *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) mot EG-kommissionen*. Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P. *European Court reports 1995 Page I-743*.

<sup>969</sup> Domstolens dom (femte avdelningen) den 29 april 2004. - *IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG*. Mål C-418/01. *Rättsfallssamling 2004 s. I-05039*

<sup>970</sup> *IMS Health-fallet C-418/01, ECR 2004 I-5039*, och *Magill-fallena Case T-69(89)*.

<sup>971</sup> Rättsmissbruk enligt konkurrensrätten kan också förekomma vid villkorad licensvägran, det vill säga då konkurrensrättsligt diskutabla villkor knyts till licensen. Om blank och villkorad licensvägran samt upphovsrättsinnehavares kontraheringsplikt, se Eklöf, *Upphovsrätt i konkurrens* (2005), särskilt s. 393-458. Avhandlingen berör konkurrensrättsliga ingrepp mot en upphovsrättsinnehavares ensidiga vägran att upplåta licens.

rens verkar chikanförbudet åtminstone i finsk upphovsrätt ha en undanskymd roll. Det är en intressant fråga varför så är fallet. Beror det kanske på en uppfattning om upphovsrättens absoluta natur<sup>972</sup> eller eventuellt att upphovsrättens natur har tett sig svärgripbar och därmed lett till en mekanisk tolkning av upphovsrättslagen<sup>973</sup>?

Ett fall som här bör nämnas och där frågan om chikan ter sig relevant är HD 1987:16<sup>974</sup>. I HD 1987:16 ansåg man att en person som framställte 20 fotokopior av en publicerad tidningsartikel för att dela ut till andra personer som nämndes i ifrågasvarande artikel ansågs skyldig till upphovsrättsintrång. Med beaktande av det som framgår om omständigheterna under vilka mångfaldigandet gjordes ter det sig uppenbart att den primära avsikten varit informationsspridning och att det inte varit fråga om kommersiellt nyttjande av verket.

Fallet värderas emellertid inte ur en chikansynvinkel, utan domstolen tar endast ställning till upphovsrättens formella tillämpningsområde. I HD 1987:16 var den rättsfråga som domstolen avgjorde frågan om gärningen kunde klassificeras som mångfaldigande för privat bruk. Man kan notera att det var upphovsmännen och inte den tidning i vilken artiklarna publicerats, som inledde en rättsprocess. Rättsutövningen verkar i detta fall klart ha haft som avsikt att förhindra informationsspridning. Detta är dock en fråga som inte beaktats av domstolen. Upphovsmännen ansåg också att mångfaldigandet kränkte deras ideella rättigheter, en fråga som dock utan närmare motivering avfärdas i domslutet.

Upphovsrätten liksom andra immaterialrättigheter anses under de senaste decennierna märkbart ha expanderat. Detta gör att upphovsrätten allt mer ter sig som en absolut rättighet. Min åsikt är det oaktat att ett chikanförbud kan grundas i upphovsrättens (och civilrättens) allmänna läror. Detta finner stöd särskilt i de grundläggande rättigheternas horisontala verkan.

Enligt Linna är principen om förbud mot rättsmissbruk allmänt vedertagen inom civilrätten och har betydelse även inom andra rättsområden, såsom konkursrätten. Enligt Linna finns essensen i principen om förbud mot missbruk av rättighet att finna i europeiska människorättskonventionens artikel 17, enligt vilken inget land, grupp eller person har rätt att göra något som tillintetgör någon rätt eller frihet enligt konventionen eller kringsskar en sådan rätt mer än vad konventionen tillåter. Linna anser att en liknande tolkningsprincip borde skrivas in i den finska grundlagen. Idag utgår grundlagsordningen från att kärnan i varje rättighet bör hållas intakt och att begränsningar i en rättighet bör vara lagstadgade<sup>975</sup>.

Pöyhönen ser principen om förbud mot rättsmissbruk som en grundläggande princip vid sidan om kravet på förbud mot verksamhet som strider mot god sed (hyvän tavan vastaisuuden kielto) samt förbudet mot iståndsättande av oskäliga rättsrelationer (kohtuuttomien oikeussuhteiden voimaansaattamisen kielto) inom det förmögenhetsrättsliga området<sup>976</sup>.

*För att man skall kunna bedöma om chikan föreligger krävs en uppfattning om rättighetens ändamål.* Upphovsrättens narrativer och uppfattningarna om vad som är det skyddsvärda har därför

<sup>972</sup> Enligt Knoph har chikanläran ursprungligen utvecklats som en princip avsedd att uppnå rättvisa i en situation där lagstiftningen utgår från att de subjektiva rättigheterna är absoluta. Knoph, Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett (1921), s. 169-185.

<sup>973</sup> Domstolarna verkar i de flesta fall ha utgått från en mycket mekanisk tolkning av upphovsrättens innehåll utgående från termerna "mångfaldigande" och "tillgängliggörande för offentligheten" med dess underkategorier. Även den finska upphovsrättslitteraturen har tett sig mycket fattig när det gäller diskussioner om upphovsrättens ändamål och avsedda innehåll. De senaste åren har frågan dock ådragit sig större uppmärksamhet, se Rahnasto, How to Leverage (2001), Huuskonen, Copyright, Mass Use (2006) samt Leppämäki, Tekijänoikeuden oikeuttaminen (2006).

<sup>974</sup> Avgjord efter omröstning 4-1.

<sup>975</sup> Linna, Oikeuden väärinkäytön kielto (2004), s. 622-638.

<sup>976</sup> Pöyhönen, Uusi varallisuus-oikeus (2000), s. 97-106.

stor betydelse då man avgör vad som är meningen med upphovsrätten. Det är i detta sammanhang rekonstruktionen av upphovsrättens målsättningar blir relevant<sup>977</sup>.

Avsikten är inte att inom ramen för denna avhandling uttömmande analysera tillämpningen av chikanförbudet inom upphovsrätten. *Avsikten är endast att påpeka att chikanförbudet kan inskränka rättsinnehavarens frihet att tillämpa DRM-system och att de även bör utvärderas utifrån detta perspektiv.* Så kunde man till exempel tänka sig att chikan kunde hävdas i sådana fall som påminner om de ovan i kapitel IV.3.1 refererade amerikanska rättsfallen, där man i *Chamberlain v. Skylink* med hänvisning till förbudet att kringgå DRM-system försökte förhindra en konkurrent från att marknadsföra en garageportsöppnare som var kompatibel med rättsinnehavarens garageportssystem och *Lexmark v. Static Control Components*, där skyddet av DRM-system användes för att försöka förhindra uppkomsten av marknader för påfyllning av bläckpatroner.

Även bristande samverkansförmåga kan tänkas utgöra chikan i form av utnyttjande av dominerande ställning på marknaden. Detta gäller ifall DRM används för att åstadkomma *lock-in* och rättsinnehavaren vägrar ge ut nödvändig information för att möjliggöra samverkansförmåga, till exempel att ett verk spelas upp i en annan motsvarande applikation<sup>978</sup>.

Det är skäl att poängtera att det rättsliga skyddet av DRM-system ger vid handen att det kan bli svårare att hävda att missbruk av *upphovsrätt* föreligger, eftersom lagstiftningen uttryckligen ger stöd för rättsinnehavarens rättighet att påföra DRM-system till skydd för sina (ospecificerade) intressen<sup>979</sup>.

På allmän nivå kan man dock å andra sidan konstatera att man både i den amerikanska och den europeiska rättslitteraturen i allt högre grad har börjat söka efter doktriner med hjälp av vilka man kunde göra något åt den obalans som verkar uppkomma genom de ökade möjligheterna till privatreglering (*private ordering*)<sup>980</sup>.

I USA uppkom en häftig debatt om balansen mellan rättsinnehavare och användare och den informationsrättsliga balansen i allmänhet då man planerade införa en ny artikel 2B i Uniform Commercial Code<sup>981</sup> som skulle gälla informationstransaktioner<sup>982</sup>. I samband med detta konstaterade man att läran

<sup>977</sup> Se kapitel II ovan. För att vara exakt förutsätter egentligen chikanförbudet att man specificerar vad som *inte* tillhör rättighetens essens. Jfr. Johnston, Copyright and Freedom of the Media (1996), s. 12, som anser att ett rättsligt skydd av icke-upphovsrättsligt skyddat innehåll samt nytto-innehåll (*utilitarian subject-matter*) ligger utanför upphovsrättens essens. Det är inte helt enkelt att på allmän nivå definiera vad som skall anses ligga utanför upphovsrättens essens.

<sup>978</sup> Se Burk, Anticircumvention Misuse (2003), s. 305, där han med hänvisning till fallen RealNetworks v. Streambox och Universal City Studios v. Reimerdes i vilka DMCA åberopades för att skydda teknologiproducenters marknad för DRM-skyddad teknik eller tvinga konsumenter att köpa en viss spelare. I det förra fallet var målsägande inte ens en innehållsproducent utan en teknikproducent. Frågan om interoperabilitet och friheten att utveckla teknik behandlas närmare nedan i kapitel VI.5.5.4.

<sup>979</sup> Så även Bell, Escape from Copyright (2001).

<sup>980</sup> Allmänt sett verkar orsaken till detta vara att det upphovsrättsliga skyddet expanderat och börjat te sig allt mer absolut. Utökad privatreglering ökar detta problem. Litman, The Tales That Article 2B Tells (1998). Cohen, Copyright and The Jurisprudence of Self-Help (1998). Cohen, Lochner in Cyberspace (1998). Rice, License With Contract and Precedent (1998).

<sup>981</sup> Uniform Commercial Code är ett slags modellag som är avsedd att harmonisera lagstiftning som hör till delstaternas behörighet.

<sup>982</sup> UCC 2 B accepterades så småningom som en separat modellag, Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA), vars tillämpningsområde reducerats. Den senaste versionen är från oktober 2002. Modellagen stötte på kraftigt motstånd och har endast accepterats i två delstater. Diskussionen om privatregleringens förhållande till den upphovsrättsliga balansen har delvis fortgått inom ramen för diskussionerna om DMCA och det rättsliga skyddet av DRM-system. Se till exempel Elkin-Koren, The Privatization of Information Policy (2000), s. 201-209. Benkler, An Unhurried View (2000), s. 2063-2080. Nimmer, A Riff on Fair Use (2000), s. 673-742. Olson erbjuder en omfattande analys av tillämpning av läran om rättsmissbruk i amerikansk upphovsrättspraxis. Enligt Olson användes missbruksförbudet första gången i ett fall från år 1990, *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, då domstolen ansåg att ett avtal som förbjöd licenstagaren (en konkurrent) från att göra sitt eget filmframkallningsprogram under de närmaste nittionio åren var ogiltigt. Olson, Preserving the Copyright Balance (2006), s. 82-132.

om förbud mot rättsmissbruk är mycket vag när det gäller upphovsrätt<sup>983</sup>. Olika förslag för att hantera saken uppkom.

McManis föreslog att införa en artikel i UCC 2B enligt vilken avtalsvillkor som strider mot användarens rättigheter och federal upphovsrättspolicy skall vara ogiltiga (*McManis motion*). Enligt McManis skulle ett godkännande av massmarknadslicenser utan ett sådant stadgande leda till att bevisbördan för rekonstruering av upphovsrättsbalansen överförs på användaren. I praktiken skulle en användare då inte kunna göra sin rätt gällande, eftersom de flesta inte har råd att göra en rätts sak av avtalsvilkors oskälighet.<sup>984</sup>

Reichman och Franklin försökte igen utarbeta en ny doktrin om ”public-interest unconsonability” för att undvika att avtal undergräver välinarbetad, god offentlig användning av information för syften såsom undervisning och forskning, innovation, yttrandefrihet och preserving av fri konkurrens. Enligt Reichman och Franklin hänför sig nämligen lärorna om missbruk i alltför hög grad till konsumentförhållanden för att vara användbar. En ny public-interest unconsonability-doktrin skulle möjliggöra intervensering även i sådana fall där det inte är fråga om ett direkt konsumentförhållande och då allmän policy (public policy) inte ännu blivit kristallklar och även i andra fall än inom ramen för en specifik transaktion. I praktiken skulle doktrinen kunna genomföras genom kollektiva förhandlingar för standardiserade upphovsrättsvillkor eller genom att domstolen i specifika fall skulle genomföra ett ”public-interest unconsonability”-test.<sup>985</sup>

I Europa verkar diskussionen närmast ha kretsat kring behovet av ett ökat lagstadgat skydd för användarnas rättigheter inom upphovsrätten och frågan om användarrättigheter bör skyddas genom indispositiva stadganden. Det finns ingen allmän europeisk missbruksdoktrin varken i utomkontraktuella eller inomkontraktuella förhållanden. Särskilt i inomkontraktuella förhållanden är frågan om missbruksdoktrinen rättsliga stöd ytterst kontroversiell, eftersom man ofta utgått från att upphovsrättens inskränkningar kan åsidosättas genom avtal<sup>986</sup>. De konklusioner McManis och Reichman och Franklin ovan gjort om missbruksdoktrinen otillräcklighet i inomkontraktuella förhållande och särskilt då DRM-system tillämpas samt behovet av att med nya medel tillse användarnas intressen är dock intressant och relevant även ur europeiskt perspektiv.

Det är ytterligare två saker som på ett principiellt plan är värt att notera. För det första verkar chikanförbudet på ett intressant sätt sammanhålla med teorierna om implicerade licenser, som diskuterats ovan i kapitel VI.5.3.2. Lärnan om implicita licenser gäller användarens frihet att använda ett verk på ett sätt som inte skadar upphovsmannens intressen. Chikanförbudet igen anger att rättsinnehavaren inte får utöva sin rätt på ett sätt som är ägnat att

<sup>983</sup> Braucher, *Why UCITA, Like UCC Article 2B, is Premature and Unsound* (1999). McManis, *The Privatization (or "Shrink-Wrapping") of American Copyright Law* (1999), s. 173-190. Olson har påpekat att högsta domstolen inte tagit ställning till misuse-doktrinen och att domstolen eventuellt sluter sig till att det är kongressen och inte domstolen som skall avgöra "public policy". Dessutom är doktrinen tillgänglig endast som ett försvar och kan användas endast så länge rättsinnehavaren fortsätter sitt missbruk. Olson, *Preserving the Copyright Balance* (2006), s. 82-132.

<sup>984</sup> McManis, *The Privatization (or "Shrink-Wrapping") of American Copyright Law* (1999), s. 173-190. Även Nimmer et al ger stöd för att upphovsrättens inskränkningar bör göras obligatoriska. Nimmer et al., *The Metamorphosis of Contract* (1999), s. 17-77.

<sup>985</sup> Reichman & Franklin, *Privately Legislated Intellectual Property* (1999). Reichman & Franklins förslag liknar den modell Johnston förespår och som utgår ifrån att konflikter mellan yttrandefrihet (medians frihet) och upphovsrätt bör avgöras utgående från ett test som beaktar huruvida det finns ett legitimt allmänt intresse av att publicera innehållet och huruvida rättsinnehavaren har ett legitimt intresse att förhindra publicering. Först i sista hand skulle man göra en intresseavvägning. Johnston, *Copyright and Freedom of the Media* (1996).

<sup>986</sup> Det här kanske gäller särskilt väl i Finland, där man i flera lagstiftningsförarbeten under årens lopp kategoriskt utgått från att upphovsrättens inskränkningar bör tolkas snävt och att de alltid kan åsidosättas genom avtal. Se RP 1980/70 och RP 177/2002.

skada andras intressen. Det kunde vara intressant att i framtida forskning närmare studera förhållandet mellan läran om implicita licenser och rättsmissbruk.

För det andra kan man, då man betraktar andra rättsområden, konstatera att man strävat till sådana processer och mekanismer som skall förhindra chikanösa handlingar. Jag tänker här närmast på till exempel lagstiftning som gäller samhällsplanering och bebyggelse och de processer man där utvecklat för att inte en rättsinnehavare (fastighetsägare) skall utöva sin rätt på ett sätt som är till skada för andra fastighetsägare eller samhället i stort. Detta ger stöd för tanken om att olika intressen bör beaktas även vid utarbetning av strukturer som är relevanta för DRM-system och upphovsrätten, såsom standardisering av DRM-system eller standardiserade branschspecifika villkor.

### 5.5.3. Förbud mot egenhandsrätt samt skadeansvar

Även det allmänna *förbudet mot egenhandsrätt* och *skadeståndsrättsligt ansvar* kan bli tillämpligt ifall rättigheter säkerställs på ett ovederbörligt sätt. Detta kunde vara fallet till exempel ifall rättsinnehavaren låter bygga in en mekanism som låser eller förstör användarens operativsystem som ett resultat av att användaren utför en förbjuden eller oauktorerad handling.

Till skillnad från chikanförbudet, där man med hjälp av rättsliga medel strävar efter att åsamka annan skada eller på annat sätt utnyttjar sin rättighet på ett sätt som strider mot rättighetens ändamål, handlar egenhandsrätten om ett maktutövande som sker genom privata medel, till exempel genom rå styrka eller genom att på annat sätt ”ta rätten i egna händer”.

I finsk rätt återfinns ett stadgande om förbjuden egenhandsrätt i strafflagen 17:9. Stadgandet är allmänt hållet och är därmed även i princip tillämpligt på situationer där DRM-system används.

Stadgandet i den finska strafflagen 17:9 lyder på följande sätt:

”Den som för att försvara eller göra gällande sin rätt på egen hand vidtar en åtgärd som han inte skulle få vidta utan en myndighets medverkan skall, om strängare straff för gärningen inte bestäms på något annat ställe i lag, för *egenhandsrätt* dömas till böter eller fängelse i högst sex månader.”

Eftersom upphovsrättslagen ger vid handen att rättsinnehavaren har en rättighet att på egen hand vidta åtgärder (utan en myndighets medverkan) är det en intressant fråga att överväga under vilka omständigheter handlingen skulle vara straffbar enligt stadgandet i strafflagen 17:9. Denna fråga kan inte närmare utredas inom ramen för denna avhandling och har heller inte åtminstone i de nordiska länderna övervägts vid implementeringen av upphovsrättsdirektivet. Det verkar dock uppenbart att straffstadgandet normalt tolkas i samband med tvångsmedelslagens bestämmelser<sup>987</sup>. Det kan också vara intressant i framtida forskning att analysera de befogenheter rättsinnehavaren har att säkerställa sina rättigheter enligt upphovs-

<sup>987</sup> Enligt stadgandet om laglig självtäkt som i finsk rätt finns i tvångsmedelslagens (30.4.1987/450) 2 a § har man rätt att vidta åtgärder som syftar till att återta egendom förutsatt att egendomen har förlorats genom brott och åtgärder för återtagande av egendomen har vidtagits omedelbart efter det att brottet skett, eller tillräcklig myndighetshjälp inte kan fås i rätt tid. Stadgandet innehåller även en proportionalitetsprincip enligt vilken endast sådana maktmedel får användas som är *nödvändiga* för att få tillbaka egendomen och som utifrån en *behovsbedömning* kan anses försvarliga. ”Vid bedömningen skall hänsyn tas till hur uppenbar rättskränkningen är samt hur stor och sannolik den hotande rättsförlusten är”. När det gäller lösöre finns därmed inte motvarande omfattande egenhandsrätt som upphovsrättslagen verkar erbjuda rättsinnehavarna.



rättslagen i jämförelse med myndigheternas befogenheter enligt tvångsmedelslagen särskilt till teleavlyssning, teleövervakning och teknisk observation.

Vissa andra straffstadganden som gäller datorbrottslighet kan kringskära rättsinnehavarens frihet att påföra DRM-system. Ett DRM-system får inte strida mot de regler som gäller skydd av informations- och kommunikationssystem. Särskilt relevanta i detta sammanhang är reglerna om angrepp mot informationssystem.

Inom EG-rätten regleras saken genom Rådets rambeslut 2005/222/RIF av den 24 februari 2005 om angrepp mot informationssystem och gäller olagligt intrång i informationssystem, olaglig systemstörning och olaglig datastörning.

Olagligt intrång (art. 2) gäller uppsåtligt och orättmätigt intrång i ett informationssystem. Olaglig systemstörning (art. 3) gäller gärningar som innebär att någon uppsåtligt allvarligt hindrar eller avbryter driften av ett informationssystem genom att mata in, överföra, skada, radera, försämrade, ändra, hindra flödet av eller göra det omöjligt att komma åt datorbehandlingsbara uppgifter och förutsatt att gärningen utförs orättmätigt. Olaglig datastörning (art. 4) berör gärningar som innebär att man uppsåtligt raderar, skadar, försämrar, ändrar, hindrar flödet av eller gör det omöjligt att komma åt datorbehandlingsbara uppgifter i ett informationssystem och förutsatt att gärningen utförs orättmätigt. Det är oklart huruvida och i vilka situationer man skulle anse att en rättsinnehavare (eller den som erbjuder honom DRM-tjänster) kan handla orättmätigt.

I finsk rätt stadgas om informations- och kommunikationsbrott i strafflagens kapitel 38. Kapitel 38 innehåller bland annat stadganden om kränkning av kommunikationshemlighet (§ 3-4), störande av post- och teletrafik (§ 5-7) och dataintrång (§ 8).

Rekvisiten för kränkning av kommunikationshemlighet är att man obehörigen öppnar ett brev eller annat tillslutet meddelande som är adresserat till någon annan eller obehörigen skaffar uppgifter om innehållet i bland annat text-, bild-, eller dataöverföring eller något annat motsvarande telemedelande eller om avsändande eller mottagande av ett sådant meddelande. Det är oklart under vilka omständigheter DRM-system skulle anses innebära ett obehörigt öppnande av meddelande eller insamlade uppgifter om dataöverföring eller avsändande eller mottagande av ett sådant.

För att störande av post- och teletrafik skall vara olagligt krävs att post- och teletrafiken störs genom störande meddelande eller på något annat motsvarande sätt och att detta sker av okynne.

Dataintrång kan man göra sig skyldig till genom att göra bruk av en användaridentifikation som man inte har rätt till eller genom att annars bryta säkerhetsarrangemang obehörigen tränga in i ett datasystem där data behandlas, lagras eller överförs elektroniskt eller med någon annan sådan teknisk metod eller i en särskilt skyddad del av ett sådant system. Man kan tänka sig att det i första hand är just dataintrång som DRM-system kan förorsaka.

I den finska lagstiftningen torde det med beaktande av säkerställande av upphovsrätt genom tekniska åtgärder vara intressant att fundera över verksamhetens förhållande till sådana delar av brottsrekvisitet som okynne och obehörighet och i förhållande till rådets rambeslut 2005/222/RIF vad som är orättmätigt.

I vissa fall torde det vara möjligt att åberopa skadeståndsrättsligt ansvar för åtgärder som förorsakar skada på användarens hårdvara eller mjukvara eller annan motsvarande skada i enlighet med allmänna skadeståndsrättsliga regler. Detta skadeståndsrättsliga ansvar torde dock vara begränsat ifall användarens egen gärning medverkat till skadans uppkomst.

Det verkar finnas mycket begränsade möjligheter för konsumenter att på basen av konsumentskyddslagen 5:20 och 5:21 kräva ersättning för en skada som förorsakas av en mekanism som ingår i ett DRM-system och som till exempel förorsakar skador på annan information som finns i ett informationssystem eller på operativsystem eller annan mjuk- eller hårdvara.

Det här gäller särskilt om det av villkoren framkommit att en skada på hård- eller mjukvara kan uppkomma som en följd av att man bryter mot användningsinstruktionerna eller som en följd av eventuella attacker mot ett DRM-system. En skyldighet att ersätta sådan skada kan dock följa av allmänna skadeståndsrättsliga regler, ifall skadan åsamkats av uppsåt eller grovt vållande.

En specifik fråga som i detta sammanhang kan lyftas fram är frågan om ansvar för datasäkerhetsproblem som ett DRM-system förorsakar. Som exempel kan tas ett datorspel som inkluderar ett obligatoriskt villkor<sup>988</sup> om att leverantören har rätt att automatiskt uppdatera och på användarens dator ladda ner mjukvara, samtidigt som man inte tar ansvar för eventuella virus och andra datasäkerhetsrisker<sup>989</sup>. Ifall leverantören inte åsamkar skadan uppsåtligt eller av grovt vållande – vilket endast sällan torde inträffa – kan inget skadeståndsrättsligt ansvar utkrävas av leverantören<sup>990</sup>.

Det skulle vara värt för framtida forskning att närmare analysera förutsättningarna för ett eventuellt straff- och skadeståndsrättsligt ansvar då DRM-system använts<sup>991</sup>.

### 5.5.4. Interoperabilitet och teknikens frihet

Det är en allmän princip inom gemenskapsrätten att ingen skall ha en skyldighet att utforma anordningar, produkter, komponenter eller tjänster så att de motsvarar tekniska åtgärder. Avsikten med det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder är alltså inte att hindra den tekniska utvecklingen<sup>992</sup>. Det här inbegriper att kompatibilitet och interoperabilitet mellan system bör främjas<sup>993</sup>. I viss mån kan detta kringskära rättsinnehavarens faktiska kontrollmakt, även om den tekniska utvecklingen eller strävan efter interoperabilitet och kompatibilitet inte åsidosätter förbudet mot kringgående av DRM-system.

I praktiken kan det uppkomma svåra gränsfall. Är det till exempel fråga om kringgående av en teknisk åtgärd att utveckla applikationer som möjliggör inspelning av streamat innehåll? Avsikten med användning av streaming-teknik kan uttryckligen anses vara att inspelning inte skall kunna ske.

Det test som man i upphovsrättsdirektivet accepterat för att avgöra frågan utgår från om tekniken marknadsförs eller utannonseras i syfte att kringgå, endast har ett begränsat kommersiellt intresse eller användningsområde av betydande art utöver att kringgå, eller huvudsakligen är utformad, konstruerad, anpassad eller framtagen i syfte att möjliggöra eller underlätta kringgående av en effektiv teknisk åtgärd<sup>994</sup>. Men inte ens detta test är särskilt hjälpsamt, utan det är troligt att man inom rättsdoktrinen faller tillbaka på analogier från den analoga miljön.

Hur man i rättsdoktrinen betraktar det ovanstående fallet beror alltså på om man anser att den applikation som möjliggör inspelning är jämförbar med en bandspelare eller med en app-

<sup>988</sup> Med obligatoriskt villkor menar jag att konsumenten inte kan ladda ner spelet utan att godkänna dessa villkor och att det inte finns någon teknisk möjlighet för konsumenten att i ett senare skede förhindra eller kontrollera sådan nedladdning.

<sup>989</sup> Detta exempel baserar sig på villkoren gällande dataspelet Half-Life 2, se närmare Vogeley, Violation of consumer rights with DRM-based usage control systems, *Indicare* 11.3.2005.

<sup>990</sup> Råman har kritiserat bristen på skadeståndsrättsligt ansvar för datasäkerhetsincidenter. Råman, *Regulating Secure Software* (2006), s. 415-448.

<sup>991</sup> En viss fingervisning om riktningarna för ett sådant ansvar erbjuder Råman, *Regulating Secure Software* (2006).

<sup>992</sup> Ingresspunkt 48 i upphovsrättsdirektivet.

<sup>993</sup> Ingresspunkt 54 i upphovsrättsdirektivet.

<sup>994</sup> Artikel 6.2 i upphovsrättsdirektivet.

likation som främst är avsedd att kringgå en teknisk åtgärd. Det ter sig naturligt att jämföra denna applikation med en bandspelare som måste anses vara en tillåten ”teknisk utveckling”. Man kunde dock lika gott påstå att en inspelningsapplikation i första hand är avsedd att framställa kopior av ljudfiler, vilka till största delen är upphovsrättsliga verk. Därmed kunde man sluta sig till att inspelningsapplikationen knappast har ett betydande kommersiellt användningsområde utöver att kringgå en teknisk åtgärd avsedd att förhindra kopiering.

Ett annat gott exempel på problemet att avgöra om det är fråga om ett kringgående av en teknisk åtgärd eller om det är fråga om en åtgärd avsedd att öka interoperabilitet eller kompatibilitet är omvandling av en fil från ett format till ett annat. Avsikten med vissa format är uttryckligen att förhindra kopiering eller överföring till allmänheten<sup>995</sup>. Det är inte alltid uppenbart om konvertering från ett format till ett annat skulle vara tillåtet eller otillåtet, särskilt ifall denna konvertering innebär att verket utträder ur en säker användningsmiljö och särskilt ifall applikationer som återger verket utan att konvertering behövs finns allmänt och gratis tillgängligt<sup>996</sup>.

Det är svårt att besvara dessa frågor på allmänt plan. Det är troligt att en domstol i ett specifikt fall skulle utgå från huruvida *syftet* med att utveckla tekniken i det specifika fallet skall ha ansetts vara att kringgå en teknisk åtgärd till rättsinnehavarens nackdel. Andra faktorer i bedömningen torde vara huruvida formatet eller tekniken utgetts för att vara en teknisk åtgärd<sup>997</sup>, teknikens/applikationens nytta ur ett samhälleligt perspektiv som även bör inkludera nyttan med tekniken/applikationen ur konsumentperspektiv samt en eventuell snedvridning av marknaderna som kunde följa av att tekniken eller applikationen anses utgöra ett kringgående av en teknisk åtgärd.

Friheten att utveckla kompatibla system och teknikens frihet i allmänhet sammanhänger med den tekniska forskningens frihet. I upphovsrättsdirektivet har denna frihet fått sitt uttryck i kravet på att tekniken inte skall hindra kryptografisk forskning och dekompileering av datorprogram och utredning av dess funktionsprinciper<sup>998</sup>. Man kan naturligtvis fråga sig om dessa begränsningar är tillräckliga med beaktande av utvecklingen av den teknik som används i DRM-system, såsom till exempel steganografiska metoder. Å andra sidan har man i upphovsrättsdirektivet endast använt kryptografisk forskning som *exempel* på en verksamhet som bör vara tillåten, medan man vid införandet i den finska upphovsrättslagen uttryckligen begränsat undantag från ansvar för kringgående av DRM-system *uteslutande* till kryptografisk forskning. Den finska implementeringen är därför inte helt korrekt och inte heller försvarlig med beaktande av syftet med denna allmänna begränsning.

<sup>995</sup> Ett av de viktigaste skälen att övergå till nya format såsom AAC3 är just möjligheterna att förhindra oauktoriserad kopiering och överföring. En viktig fråga för de innehållsproducenter som väljer vilket format de stöder kan vara just frågan om hur robust DRM-system de erbjuder. Om ”formatkriget” mellan Blu-Ray och HD-DVD och DRM-systemens betydelse för vilket format filmbolagen väljer att stöda, se Hachman, Update: Blu-Ray DRM Plans Released, ExtremeTech 9.8.2005.

<sup>996</sup> Till exempel Adobes PDF-läsare baserar sig på denna princip. Applikationen är gratis tillgänglig över Internet. Istället marknadsför Adobe skilt programvara med hjälp av vilken man kan skapa innehåll och ange vilka möjligheter att redigera och skriva ut mm. användaren skall ha.

<sup>997</sup> Man kan här notera att man i Tyskland kräver att varor och tjänster som försetts med DRM-system skall märkas på vederbörligt sätt.

<sup>998</sup> Ingresspunkterna 48 och 50 i upphovsrättsdirektivet.

### 5.5.5. Hantering av de ”obligatoriska” inskränkningarna i upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1

Rättsinnehavarens kontrollmakt begränsas också av de inskränkningar som enligt upphovsrättsdirektivets artikel 6.4 stycke 1 skall beaktas vid användning av tekniska åtgärder. Stadgandets syfte och praktiska betydelse förblir oklart av flera anledningar.

För det första är bestämmelsen utformad på ett sådant sätt att beaktandet av alla förutom en av dessa inskränkningar verkar vara obligatoriskt<sup>999</sup> – trots att samma inskränkningar enligt artikel 5 inte är obligatoriska.

Saken kompliceras ytterligare av att man i ingresspunkt 51 säger att tillämpligheten av det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder ”inte påverkar allmän ordning, enligt artikel 5, eller allmän säkerhet” – återigen en inskränkning som enligt artikel 5 är frivillig. Det ter sig därför som om det rättsliga skyddet av tekniska åtgärder till och med går före allmän ordning och eventuellt även före allmän säkerhet (sic).

Den upphovsrättsliga inskränkning som inte är obligatorisk är privatkopiering. Det kan te sig märkligt att medlemsstaterna getts tillfälle att införa en begränsning som tillåter privatkopiering med tanke på att tekniska åtgärder i första hand uttryckligen är avsedda att kringskära möjligheterna till privatkopiering. Troligtvis kan stadgandet spåras till SCMS-kopieringsskyddet (Serial Copyright Management System), som möjliggör förstahandskopior<sup>1000</sup> men inte framställning av andrahandskopior<sup>1001</sup> och som explicit stöds i det amerikanska Audio Home Recording Act från 1992. Inget av de nordiska länderna har valt att begränsa tillämpningen av tekniska åtgärder till förmån för privatkopiering.

För det andra verkar man vid implementeringen av användarnas rättsskyddsmedel i enlighet med artikel 6.4 stycke 1 i allmänhet ha gått in för lösningar vars effektivitet kan ifrågasättas. De flesta länder verkar ha gått in för system med domstolsförfarande, skiljedomstol eller annan medling. Man verkar ha förbisett att det endast är de som utgör de primära föremålen för inskränkningen, till exempel en socialinrättning, som kan göra gällande inskränkningen. De som troligtvis mest kommer att lida av att inskränkningen inte möjliggjorts, till exempel de som är intagna på en sådan socialinrättning, har ingen rätt att föra talan å inrättningens vägnar. Eftersom det i första hand är fråga om verksamhet som inte i kommersiellt syfte exploaterar upphovsrättsligt material<sup>1002</sup> är det dessutom föga troligt att de kommer att göra sin rätt gällande med beaktande av den tid och de resurser som ett sådant förfarande binder. Dessa hänsyn gör gällande att en lämpligare och effektivare lösning skulle vara någon form av ombudsmannasystem i likhet med det som tillämpas inom integritetsskyddet eller konsumentskyddet. I vissa fall, och detta gäller verksamhet som bedrivs i offentlig regi, kunde ett vitesförfarande vara en effektivare och naturligare lösning än en lagstadgad rätt att kringgå

<sup>999</sup> De ”obligatoriska” inskränkningarna är fotokopiering (art. 5.2.a), mångfaldigande i bibliotek, utbildningsanstalter, museer eller arkiv (art. 5.2.c), efemära upptagningar i radio- och televisionsverksamhet (art. 5.2.d), time-shifting-upptagningar vid socialinrättningar (art. 5.2.e), användning i illustrativt syfte inom undervisning eller vetenskaplig forskning (art. 5.3.a), användning för personer med funktionshinder (art. 5.3.b) samt allmän säkerhet, korrekt genomförande eller rapportering av administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande (art. 5.3.e).

<sup>1000</sup> Kopiering av originalband.

<sup>1001</sup> Kopiering av en kopia.

<sup>1002</sup> Ett undantag från detta är radio- och televisionsverksamhet.

en teknisk åtgärd<sup>1003</sup>.

Fördelen med ett ombudsmannasystem är att det ur användarnas synvinkel är lättillgängligt, tryggt och effektivt. Såsom fallet med Sonys XCP-kopieringsskydd visar är problemet ur användarens synvinkel inte heller alltid att ett visst upphovsrättsligt nyttjande kringskärs utan att DRM-systemen leder till andra problem, såsom i detta fall uppkomsten av ett datasäkerhetsproblem. När det gäller Sonys XCP-kopieringsskydd drog Sony frivilligt bort skivorna från marknaden på grund av den negativa publicitet systemet fick. En användare skulle enligt reglerna i upphovsrättslagen inte ha haft någon möjlighet att i dessa fall skrida till åtgärder och det är också osannolikt att de ens skulle ha upptäckt det problem systemet förorsakade. Man bör beakta att det är vanligt att användaren är omedveten om att DRM-system används eller att ett problem orsakas just av DRM-systemet. Ombudsmannainstitutet kan följa upp utvecklingen på området och föra en dialog med dem som utvecklar DRM-system. På detta vis erbjuder ett ombudsmannasystem en möjlighet att skapa en motvikt till teknologisk maktutövning som sker i rättsinnehavarens egenintresse<sup>1004</sup>.

På det hela taget är tillämpningen av begränsningen av rättsinnehavarens kontrollmakt på basen av artikel 6.4 stycke 1 i upphovsrättsdirektivet ineffektiv på grund av de ovanstående orsakerna. Dessutom kan denna begränsning av rättsinnehavarens kontrollmakt lätt kringgås genom att införa interaktiva system som faller inför ramen för e-handelsklausulen och som möjliggör för rättsinnehavarna att bortse från de upphovsrättsliga inskränkningarna.

### *5.5.6. Användning som inte kan kontrolleras genom DRM*

Det kan tyckas trivialt att påpeka att en naturlig begränsning för rättsinnehavarens kontrollmakt är de begränsningar som beror på DRM-systemens egenskaper. Det är alltså bara möjligt att kontrollera användning inom gränsen för de villkor och arrangemang som genomförs med hjälp av DRM-system.

Tekniska styrningsmekanismer har begränsad kapacitet att styra användning. Till den del användning inte går att styra genom tekniska åtgärder<sup>1005</sup> måste man falla tillbaka på avtalsvillkor eller lagstiftning. Det här innebär till exempel att man med tekniska medel endast i begränsad mån kan styra eller förhindra att man diskuterar verk. Det beror följaktligen på lärorna om villkors giltighet till vilken del dylik användning kan styras eller förhindras genom avtal<sup>1006</sup>.

<sup>1003</sup> Jag tänker här närmast på utkastet till lagförslag gällande offentlig arkivering i Undervisningsministeriets arbetsgruppspromemorior och utredningar nr 2003:14 ”Joukkoviestinnän arkistointiprojektin muistio”, där man föreslår att Helsingfors universitets bibliotek i egenskap av nationellt arkiv skall ha rätt att kringgå en teknisk åtgärd som förhindrar mångfaldigande och användning.

<sup>1004</sup> Det kan dock samtidigt finnas sådant som talar mot ett ombudsmannasystem, såsom kostnaderna för att upprätta ett sådant samt frågan om huruvida DRM-system används i en sådan utsträckning att det är försvarligt med beaktande av samhällets intressen. Man bör dock minnas att DRM-systemen är i stark utvecklingsfas och det är högst troligt att de i framtiden används i allt högre grad.

<sup>1005</sup> Däremot är det möjligt att förhindra sådant mångfaldigande av ett verk som är nödvändigt för citaträtten gällande andra verkstyper än litterär verk. Det här torde särskilt gälla bildcitat och citat av audiovisuella och auditiva verk.

<sup>1006</sup> Avtalsvillkors ogiltighet har behandlats närmare i kapitel VI.5.5.1 ovan.

## 5.6. Modellens förhållande till riskfördelningen mellan aktörerna i de digitala nätverken

Dagens upphovsrättsliga modell baserar sig på att användaren bär risken för att användningen utgör ett upphovsrättsintrång. Ansvar kan därtill klassificeras som ett strikt ansvar, eftersom ersättning för användning skall utgå oberoende av vållande<sup>1007</sup>. Denna modell passar rätt dåligt in i ett system där icke-kommersiell användning har ansetts relevant och där ansvaret då bärs av andra än näringsidkare.

Därtill kommer att rättsinnehavarna i allt högre grad har velat påföra tredje parter en skyldighet att kontrollera användning. Särskilt tjänsteleverantörer på Internet har känt sig pressade, och detta kan antas utgöra en av utgångspunkterna för direktivet om elektronisk handel (2000/31/EG), som specifikt undantar vissa tjänsteleverantörer från rättsligt ansvar för potentiell illegal verksamhet som utförs genom eller med hjälp av deras tjänster.

En allmän kontroll av nättrafik är inte oproblematiske i ett fritt och demokratiskt samhälle. Tvärtom ter det sig som icke-önskvärdt att underkasta all mänsklig verksamhet på Internet en strikt kontroll. Ett sådant samhälle kunde närmast jämföras med det totalitära kontrollsamhälle som utmålas i George Orwells berömda bok "1984".

Därtill föranleder elektroniska skyddssystem kostnader som lämpligast bärs av dem som har nytta av övervakningen, det vill säga i första hand rättsinnehavarna. Det är också rättsinnehavarna som har de bästa möjligheterna att avgöra vilken skydds nivå och vilket skyddsmedel som bäst motsvarar rättsinnehavarens behov och innehållets värde.

Ifall rättsinnehavarna står för kostnaderna innebär det att de kan investera i säkerhet upp till den nivå då utgifterna för säkerhet är lika stora som skadorna. Det här betyder att om den beräknade skadan är 8 miljarder så lönar det sig för industrin att satsa upp till 8 miljarder i säkerhet. Ifall tredje part är ansvarig för kostnaderna finns ingen naturlig gräns för hur mycket som investeras i kontrollen. Den senare lösningen skulle högst troligt leda till ett ineffektivt resultat, där man satsar i kontroll mer än vad som är samhällsligt optimalt.

Det är sen en annan sak att införa bestämmelser som påbjuder tjänsteleverantörer, elektronikproducenter eller motsvarande tredje parter att beakta vissa standarder som används i DRM-system och vars avsikt är att möjliggöra DRM-systemens funktion. Sådana bestämmelser torde i princip kunna stödas förutsatt att de inte medför betydande olägenheter. Införandet och beaktandet av DRM-standarder är inte alltid helt oproblematiske och kan i vissa fall utgöra ett hinder för interoperabilitet och teknisk utveckling. Detta är en fråga som närmare kunde analyseras i framtida studier.

Att rättsinnehavarna själva bär det huvudsakliga ansvaret för att skydda sina tillgångar innebär inte heller nödvändigtvis att det alltid skulle vara de ursprungliga rättsinnehavarna (upphovsmannen och de som på basen av närliggande rättigheter eller *sui generis*-rättigheter erhåller rättsligt skydd) som i praktiken ansvarar för att innehållet skyddas genom DRM-system. Genom avtalsarrangemang torde denna skyldighet normalt överföras till den som till-

<sup>1007</sup> Denna ersättningskyldighet bör särskiljas från skadeståndsskyldighet, som endast kan uppkomma som en följd av vållande.



gängliggör innehållet eller, särskilt ifall upphovsmannen själv tillgängliggör innehållet, genom att en utomstående part erbjuder sådana tjänster<sup>1008</sup>.

## 6. FIDELNING – EN UTMANING FÖR MODELLEN

Fildelning kan sägas utgöra den ultimata hotbilden mot upphovsrätten i dagens upphovsrättsliga diskussion. Genom fildelning kan vanliga slutanvändare (konsumenter) sprida upphovsrättsligt skyddade verk snabbt och effektivt med hjälp av särskilda fildelningsprogram.

Det som med tanke på den ovan anförda modellen för rättslig reglering av DRM-system är särskilt relevant är att innehåll sprids över fildelningsnätverken *utan* rättsinnehavarnas tillstånd<sup>1009</sup>. Den modell som förespråkas ger rättsinnehavarna ett starkt skydd för DRM-system i utbyte mot en stärkt användarfrihet för icke-kommersiellt nyttjande. Denna modell baserar sig på *presumtionen att verket eller alstret skall ha tillgängliggjorts med rättsinnehavarens tillstånd*. Så är ju fallet vanligtvis inte vid tillgängliggörande av innehåll över fildelningsnätverk.

I dessa fall uppkommer dels frågan om huruvida därpå följande icke-kommersiellt nyttjande kan justificeras och dels hur man skall förhålla sig till riskfördelningen och bland annat frågan om användarnas ansvar samt kontrollansvaret för dem som upprätthåller fildelningsnätverk.

Fildelning utgör ett uppenbart problem för den förespråkade regleringsmodellen, eftersom det är snart sagt omöjligt vare sig för användare eller tjänsteleverantörer (de som levererar fildelningstjänster) att kontrollera huruvida den första uppladdningen skett med rättsinnehavarens tillstånd eller inte.

Fildelningen är uppbyggd på ett sådant sätt att det är svårt att på det principiella och/eller praktiska planet utkräva ansvar av de aktörer som deltar i fildelningen. Fildelningen som den ser ut idag har en infrastruktur som består av *nätverksprotokoll, fildelningsprogram* samt en *webbportal* som fungerar som en Access Service Provider (ASP), det vill säga möjliggör nedladdning av det nödvändiga fildelningsprogrammet och/eller innehar andra funktioner såsom att möjliggöra uppdateringar av fildelningsprogram, upprätthålla kommunikationskanaler såsom diskussionsgrupper för användarna etc<sup>1010</sup>.

Fildelningen är idag vanligen uppbyggd på ett sådant sätt att det innehåll som sprids på nätverket inte upprätthålls på någon central server under tjänsteleverantörens kontroll, utan filerna finns på användarnas datorer. Fildelningsprogrammet är kanske den viktigaste delen i det att det torde vara den del av infrastrukturen i vilken man enklast kunde bygga in kon-

<sup>1008</sup> Det skulle vara helt möjligt att dylika skyddssystem upphandlas av en privat organisation, i Finland till exempel Tekijänoikeuden tiedotus- ja valvontakeskus ry – Copyright Information and Piracy Center (föreningen tycks sakna svenskt namn), som kunde erbjuda dessa skyddssystem som en tjänsteform till medlemsorganisationerna och deras individuella medlemmar. Detta skulle också möjliggöra tillgång till skydd även för privatpersoner och i de fall då en kommersiell mellanhand (till exempel ett förlag eller ett skivbolag) inte används för att tillgängliggöra innehållet.

<sup>1009</sup> Det här kan för all del ske även på annat sätt än genom fildelning, till exempel genom en helt vanlig webbsida.

<sup>1010</sup> Olika fildelningsprogram blir vanligen kända under namnet på den portal som tillhandahåller tjänsten, och det är ofta upprätthållarna av dessa portaler som man med rättsliga medel försöker komma åt. I ett tidigare skede av Internets utveckling motsvarades dagens fildelningssystem av BBS (Bulletin Board Systems) där användare laddade ner filer på en viss server, varifrån den kunde laddas upp av andra användare. På den tiden var det närmast datorprogram som spreds på detta sätt.

trollmekanismer för att förhindra spridning av olagligt innehåll. Många fildelningsprogram är dock så kallade *open source*-program, vilket innebär att det i praktiken är omöjligt att utreda vilka upphovsmännen är. På grund av fildelningsnätverkens allt mer distribuerade arkitektur är det idag vanligen omöjligt att förhindra fildelning genom att stänga ner webbportalen, eftersom fildelning är möjlig på basen av de fildelningsprogram som spridits till användarna.

Med tanke på ansvarsfördelningen är det problematiska alltså att tjänsteleverantören (ASP) inte själv företar mångfaldigande eller de typer av tillgängliggörande som upphovsrättens ekonomiska rättigheter innefattar. Tjänsteleverantörens roll består närmast i stödfunktioner för de åtgärder som användarna företar.

På användarsidan är problemet primärt att det är omöjligt att avgöra filens laglighet eller olaglighet utifrån de uppgifter som är tillgängliga inom ramen för fildelningsprogrammet. Det kan knappast heller anses vara olagligt att inom nätverket sprida vidare filer som lagligen tillgängliggjorts. Då det gällde uppladdningen har problemet närmast varit av praktisk natur, eftersom det har varit svårt eller omöjligt att avgöra vem som först laddat upp innehåll<sup>1011</sup>.

Den ansvarskonstruktion som idag börjar vara allmänt accepterad är att se tjänsteleverantörernas funktion som medhjälp till upphovsrättsintrång medan användarna är de som är gärningsmännen<sup>1012</sup>.

Fildelningstekniken har utvecklats en hel del över de gångna åren sen den först blev känd genom Napster år 1999. Typiskt för den tekniska utvecklingen är att man har sökt lösningar som skall göra systemet mera anonymt och svårare att komma åt<sup>1013</sup>. Innehållsindustrin med skiv- och filmbolag i spetsen har nämligen gått hårt ut och med alla till buds stående medel försökt stävja fildelningen. I de flesta fallen marknadsförs fildelningsnätverken som ett sätt att erhålla gratis tillgång till musik, filmer och annat upphovsrättsligt innehåll utan att beakta rättsinnehavarnas rättigheter. Dessa tjänster (det vill säga webbsidor som erbjuder tillgång till nödvändig programvara eller andra tjänster som behövs vid fildelningen) har i huvudsak finansierats genom reklamintäkter och kunde knappast i sig kvalificeras som icke-kommersiell verksamhet<sup>1014</sup>.

Typiskt för de nuvarande fildelningsnätverken är att de är decentraliserade, det vill säga det finns ingen central server eller punkt där uppladdning och nedladdning kan kontrolleras. Däremot behövs än i dag särskilda fildelningsprogram som skapats för att möjliggöra fildelning. Fildelningsnätverken är vanligen också beroende av att det finns en webbsida som tillhandahåller fildelningsprogram. En eventuell kontroll över fildelningen kan alltså ske genom lämpliga lösningar som har stöd i fildelningsprogrammet. På detta sätt är det möjligt att till exempel påföra filter för filtrering av olagligt innehåll<sup>1015</sup>. Det har också utvecklats teknik avsedd att störa fildelningsnätverkens funktion.

Det återstår alltså att betrakta det hot som fildelningen potentiellt utgör för att värdera om detta är en företeelse som det finns anledning att särreglera.

Det är knappast nödvändigt att återkomma till de faktorer som gör fildelningen till ett potentiellt hot. Däremot är det skäl att återkomma till de faktorer som möjligtvis ger an-

<sup>1011</sup> Enligt uppgift finns det tjänster med hjälp av vilka man kan spåra och identifiera även den som först laddar upp på ett nätverk, se Learn how FirstSource can track the propagation of files from one user, BayTSP.com Incorporated.

<sup>1012</sup> Man kan notera att det tidigare var helt lagligt att ladda ned innehåll trots att det eventuellt spridits utan rättsinnehavarens tillstånd.

<sup>1013</sup> Karvonen, Uusi vertaisverkko versoo Bit Torrentin raunioille, Tietokone 13.1.2005.

<sup>1014</sup> Det kan finnas många alternativa businessmodeller för fildelningsnätverk. Se exempelvis Blomqvist et al., New embryonic business models (2005) om olika affärsmodeller för tillhandahålland av musik på Internet i allmänhet och för fildelning i synnerhet.

<sup>1015</sup> Till exempel iMesh innehåller dylika filtreringsprogram.

ledning att se detta potentiella hot ur ett annat perspektiv för att utreda vad detta hot egentligen består av och hur betydande konsekvenser det kan få.

Då man beaktar fildelningen bör man ha i minnet några viktiga faktorer. För det första är det inte helt klart om det hot fildelningen potentiellt utgör kommer att realiseras, eller om det är fråga om ett övergående fenomen som utgör en öppning till nya affärsmodeller<sup>1016</sup>. Enligt OECD:s rapport från år 2005<sup>1017</sup> har fildelningen nog haft en signifikant inverkan på affärsmodeller och värdekedjor inom musikbranschen. Däremot finns det inte belägg för att fildelningen skulle ha lett till den lindriga nedgång i musikförsäljningen som skedde mellan 1998 och 2003<sup>1018</sup>.

För det andra har fildelningsnätverk effektivt bekämpats med rättsliga processer. Många populära fildelningsnätverk (såsom Napster, Grokster, Kazaa, Morpheus och BitTorrent) har stängts eller i övrigt effektivt bekämpats med rättsliga medel.

För det tredje är det allt annat än klart att fildelningen verkligen inverkar så menligt på upphovsmännens och andra rättsinnehavares legitima intressen som innehållsindustrin vill låta påskina<sup>1019</sup>. Fildelningen ökar potentiellt musik- och filmintresset vilket kompenserar förluster på grund av fildelningen. Det är alltså inte alls sagt att fildelning leder till *sänkt total-konsumtion av legalt spriden musik och film*. Tvärtom är det mycket möjligt att det ökade musik- och filmintresset också leder till ökat deltagande i livekonserter och kanske även biograf-förevisningar<sup>1020</sup>.

För det fjärde är det troligt att konsekvenserna av fildelningen sprider sig ojämnt. För vissa typer av rättsinnehavare kan fildelningen få positiva konsekvenser medan andra drabbas negativt. Det är troligt att skivbolag kan drabbas hårdare än individuella artister, eftersom fildelningsnätverket åtminstone delvis ersätter skivbolaget som ett led mellan artist och publik. Det har ansetts troligt att superstjärnor såsom Madonna drabbas negativt och att fildelning av hennes skivor leder till ett inkomstbortfall för henne<sup>1021</sup>. För många andra upphovsmän kan fildelningens inverkan vara neutral eller positiv. I vissa fall kompenseras utebliven inkomst på grund av skivförsäljning av uppkomsten av en publik och därmed ökade tillfällena till kon-

<sup>1016</sup> Såsom Litman har konstaterat baserar sig många innovationer inom den upphovsrättsliga branschen på företeelser som tett sig som upphovsrättsintrång. Litman, *Digital Copyright* (2001), s. 171-191, där hon konstaterar att de flesta industrier såsom jukeboxar, TV-sändningar och videouthyrning har uppstått i skuggan av en upphovsrättslig inskränkning och att inskränkningarna är viktiga för att nya marknader skall kunna uppstå.

<sup>1017</sup> Digital Broadband Content: Music. OECD (2005).

<sup>1018</sup> Enligt OECD:s rapport, som för övrigt till denna del baserar sig på siffror erhållna från fonogramproducenternas intresseförening IFPI, skulle det ha skett en lindrig nedgång i laglig musikförsäljning från ca 35 miljoner USD år 1999 till ca 32 miljoner USD år 2003. Man bör dock beakta att nedgången i absoluta siffror verkar ha börjat redan år 1995, det vill säga innan fildelning ens uppfunnits. Dessutom kan denna siffra jämföras med en uppgång i försäljningen från ca 13 miljoner USD år 1986 till nämnda 32 miljoner år 2003. Enligt rapporten har utvecklingen varit ojämn och försäljningen har ökat i vissa länder och minskat i andra. Dessutom kan flera olika faktorer ha påverkat utvecklingen. Digital Broadband Content: Music, OECD (2005).

<sup>1019</sup> Enligt Meurer överdriver rättsinnehavarna effekten av privat spridning av verk, eftersom man hänvisar till förlorad försäljning istället för förlorad *vinst*. Meurer, *Price Discrimination* (1997), s. 845-902. Heverly har ifrågasatt varför domstolen i Napster-fallet inte beaktade argument som påvisade att fildelning hade en positiv effekt på marknaderna för den musik som spridits över fildelningsnätverken. Heverly, *The Information Semicommons* (2003), s. 1127-1189.

<sup>1020</sup> Effekten av fildelning på försäljning av musik har studerats i Blomqvist et al, *Trends in downloading and filesharing* (2005). Forskningsrapporten visar att fildelarna köper mer laglig musik än sådana som inte sysslar med fildelning. Dessutom verkar konsertbesöken öka.

Fildelningens effekt på till exempel antalet konserter eller konsertbesök brukar vanligen inte beaktas vid ekonomiska analyser av fildelningens följder, trots att det här gäller en ekonomisk och strukturell effekt inom musikbranschen. Så inte heller i till exempel OECD:s rapport *Digital Broadband Content: Music*, OECD (2005). I OECD:s rapport *Digital Broadband Content: Digital content strategies and policies*, OECD (2006) rekommenderas att man vid evaluering av policy-initiativ bör sträva till en bredare förståelse av innehållsbranschen och både de positiva och negativa effekter de nya medierna medför.

<sup>1021</sup> Jfr dock Ahnegård et al. (2002), som framhåller att det bara är kända artister som har råd att gratis ge bort sin musik och att en sådan modell inte fungerar för nya, okända artister.

sertverksamhet eller ökad kompensation för offentligt framförande<sup>1022</sup>. I andra fall kan fildelningen rentav utgöra basen för uppkomsten av en publik och bästa metoden för publiken att hitta artisten. Det här torde särskilt gälla vissa speciella och ovanligare musikgenrer. Till denna del kan man till och med hävda att fildelningsnätverken tvärtom främjar demokrati och kulturell diversitet, eftersom det mellanled som potentiellt ”censurerar” informationen och de ekonomiska imperativ som har lett till en påstådd likriktning av innehållet faller bort<sup>1023</sup>.

För det femte finns det mycket som talar för att fildelning kommer att minska som en följd av datasäkerhetsproblem. Fildelningen skapar nämligen fri lejld till datorn och utgör ett utmärkt sätt att kringgå brandmurar och anti-virusprogram. Genom lagändringar i många länder har fildelning blivit olagligt och många företag har därför vidtagit åtgärder för att se till att fildelningsprogram inte finns installerade på företagets datorer. Av än större betydelse är ändå risken för att skadegörande virus sprids. För att inte tala om risken för att virus förorsakar att filer som inte varit avsedda för fildelning, och som kanske till och med innehåller affärshemligheter, kommer att spridas i fildelningsnätverk<sup>1024</sup>.

För det femte kan olagligt spridet innehåll på fildelningsnätverk bekämpas med tekniska metoder även av andra än dem som upprätthåller nätverket. Det är till exempel möjligt att ersätta en befintlig fungerande fil med en förstörd fil som inte fungerar<sup>1025</sup>. Det är också idag möjligt att spåra vem som först laddat upp en fil och därmed tillgängliggjort den på nätverket utan rättsinnehavarens tillåtelse<sup>1026</sup>. Därmed blir det även möjligt att ställa denna person till svars. Dessutom minskar möjligheterna att använda olagligt spridna filer i takt med att man inför system som verifierar filerna innan uppspelning<sup>1027</sup>.

Det finns också indikationer på att fildelningsnätverk i allt högre grad används för att införskaffa strategisk information till skivbolagens fördel. I forskningsrapporten ”Report on technology versus usage and effects”<sup>1028</sup> konstaterar man att skivbolagen i allt högre grad är beroende av fildelningsnätverken för att införskaffa information om kundpreferenser för att kunna planera sin marknadsföring.

Slutligen lindras effekterna av fildelningen av de särskilda ersättningssystemen. Till exempel

<sup>1022</sup> Ifall rättsinnehavarna inte registrerat sina rättigheter vid en upphovsrättsorganisation kan ersättning för offentligt framförande dock vanligen inte utbetalas.

<sup>1023</sup> Skivbolag kan anses ha en censurerande effekt eftersom de avgör vad som publiceras på basen av de kriterier de väljer att tillämpa. Enligt normal affärslogik strävar skivbolagen efter att minimera sina risker och är därför normalt färdiga att satsa på musik som man tror säljer väl. Det här har ofta ansetts utgöra en likriktande faktor.

<sup>1024</sup> Kotilainen, Käyttäjien tiedostoja ripotellaan nettiin, Tietokone 14.6.2006.

<sup>1025</sup> Se exempelvis Summa, Suomalaistekniikka tuhoaa laittoman aineiston vertaisverkoista, Tietokone 21.4.2005. Enligt artikeln kan man med hjälp av Viralg Oy:s teknik ersätta en befintlig fil på ett fildelningsnätverk med en saboterad fil och därmed förhindra olaglig spridning av filen. Det är intressant att notera att Effi rf låtit göra en brottsanmälan av Viralg teknisk i avsikt att pröva huruvida tekniken utgjorde ett brott mot strafflagens bestämmelser om informations- och kommunikationsbrott enligt kapitel 38 i strafflagen. Polismyndigheterna beslöt efter att ha undersökt saken att inte påbörja förundersökning eftersom det inte fanns något som tydde på att ett brott skulle ha begåtts. Esitutkinnan päätökset 26.4.2005 6780/s/43279/05, Turun poliisilaitos. Man bör notera att de ändrade filerna tillhandahölls på Viralg servers på rättsinnehavarnas begäran och inverkade inte i övrigt på teletrafiken eller apparater eller informationsresurser som tillhörde någon annan.

Wikipedias artikel om fildelningsnätverk räknar upp nio olika typer av attacker mot fildelningsnätverk. Se uppslagsord ”peer-to-peer”, version 24.7.2006, tillgänglig på <http://en.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>.

<sup>1026</sup> Learn how FirstSource can track the propagation of files from one user, BayTSP.com Incorporated. I dokumentet förklarar BayTSP.com Incorporated hur deras spårningssystem kan spåra vem som först laddade upp en fil i ett fildelningsnätverk.

<sup>1027</sup> Om *trusted computing*, se till exempel Current developments in the field of digital rights management. Cunard et al. WIPO (2004), s. 12.

<sup>1028</sup> Blomqvist et al, Report on technology versus usage and effects (2005).

ersättning för lagringsmedel berör även innehåll som laddats ner från fildelningsnätverk<sup>1029</sup>.

De ovan anförda argumenten innebär *inte ett försök att justifiera* oauktoriserad spridning av innehåll. Det ovan anförda innebär däremot att det finns klara indikationer på att det kommer att finnas efterfrågan på lagliga tjänster som erbjuder tillgång till innehåll förutsatt att användarna kan lita på innehållets kvalitet och systemets datasäkerhet. De ovan anförda argumenten ger alltså en indikation om att fildelning inte är ett så omfattande och betydande problem att det är ändamålsenligt att utgå från fildelningsproblemet vid den rättsliga regleringen av DRM-system. Och i all synnerhet ger det inte anledning att frångå tanken om att den upphovsrättsliga regleringen bör utgå från den positiva roll DRM-systemen kan spela till både rättsinnehavares och användares fördel.

## 7. MODELLENS FÖRHÅLLANDE TILL PRINCIPEN OM INFORMATIONENS FRIA RÖRLIGHET OCH UPPHOVSRÄTTENS BALANS

I kapitel II slöt vi oss till att arrangemang som främjar informationens fria rörlighet *à priori* bör ha företräde, ifall det inte finns särskilda orsaker att upprätthålla hinder för det. Den tillkännagivande funktion som ovan i kapitel 5.5 förespråkades tillsammans med den förstärkta positionen för användarfrihet för icke-kommersiella ändamål innebär samtidigt att DRM-system tillämpas även till användarnas fördel och underutnyttjande som beror på rättsosäkerhet minskar. Rättsinnehavarens frihet att påföra DRM-system kan presumeras erbjuda incitament för tillgängliggörande till allmänheten. Detta argument erbjuder alltså ett starkt motiv för en normativ inskränkning av användarens frihet att kringgå tekniska skyddsåtgärder.

DRM-system i sig minskar transaktionskostnaderna dels som en följd av effektivare förmedling av information nödvändig för att transaktioner skall kunna genomföras och dels eftersom många DRM-system i sig innehåller funktioner för e-handel (dvs. funktioner med hjälp av vilka man kan sluta avtal och erlagga kompensation för nyttjandet). Dessutom innebär den här förespråkade regleringsmodellen ett steg i riktning mot friare konkurrens, vilket presumtivt effektiviserar nyttjandet av informationsresurserna. En fri konkurrens ligger också i linje med den policy för avreglering inom olika marknader som man inom gemenskapsrätten de senaste åren favoriserat.

I kapitel II slöt vi oss också till att upphovsrättens balans kan betraktas utifrån en balans mellan olika intressenter och deras intressen, utifrån upphovsrättens målsättningar och utifrån en tanke om systemisk balans där en förändrad verksamhetsmiljö ger anledning att ”ombalansera” upphovsrätten.

<sup>1029</sup> Ur rättspolitisk synvinkel är det intressant att notera att ersättningssystemen tidigare ansågs utgöra en kompensation för kopiering som skedde *utan* rättsinnehavarens tillstånd. Genom att förbjuda kopiering av olovligen tillgängliggjort innehåll har ersättningssystemet i högre grad kommit att gälla endast sådant innehåll som lagligen erhållits men där kopiering inte förbjudits eller omöjliggjorts. Den diskussion som särskilt i Sverige våren 2006 förts om införandet av en avgift på uppkoppling skulle alltså innebära dubbel ersättning för filer som laddas ner via Internet. Denna avgift skulle dessutom beröra både innehåll som lagligen köpts och otillåten nedladdning av innehåll.

När det gäller balansen mellan olika intressenter kan man konstatera att den frihet som rättsinnehavaren har att påföra DRM-system ingalunda helt saknar begränsningar inom ramen för den regleringsmodell som här förespråkas. Ovan i kapitel VI.5.5. har dessa begränsningar uppskisseras. Denna frihet begränsas också av upphovsrättens rationalitetsgrunder; rättsinnehavarens förfogandefrihet bör ske inom upphovsrättens ramar och får inte leda till ett resultat som strider mot upphovsrättens målsättningar<sup>1030</sup>. Dessa målsättningar var främjandet av demokrati, kulturell mångfald, en fungerande konkurrens och marknadsekonomi samt främjandet av innovation och informationsprocesser.

Den moderna verksamhetsmiljöns dynamiska natur befäster ytterligare detta synsätt; det behövs flexibla normer som kan tillmötesgå olika intressenters legitima intressen. Det bör därtill också finnas adekvata rättsskyddsmedel eller mekanismer genom vilka man kan göra gällande sina rättigheter. Det ter sig med beaktande av detta naturligt att utveckla den upphovsrättsliga regleringen i en mer principorienterad riktning. Med beaktande av den faktiska kontrollmakt DRM-systemen möjliggör ter det sig också nödvändigt att utveckla mekanismer för samråd, medling och tvistelösning. Ett ombudsmannasystem som särskilt beaktar det allmännas intresse som en motvikt till rättsinnehavarnas kontrollmakt ter sig som en möjlig lösning som också beaktar det ökade behovet till *kontinuerlig* dialog med rättsinnehavarna.

Den expansiva trend som upphovsrätten undergått under de senaste decennierna har börjat te sig som en allt större börda för det civila, demokratiska samhället och har börjat utgöra ett hot mot yttrandefrihet, kulturell mångfald, en fungerande konkurrens och innovationsprocesser. Det är därför av yttersta vikt att ett starkt skydd av rättsinnehavarens rättighet att skydda sina intressen genom DRM-system uppvägs genom en accentuerad frihet för användning som inte exkluderas med hjälp av DRM-system. Endast under denna förutsättning kan ett starkt skydd av DRM-system alltså förespråkas.

---

<sup>1030</sup> Det här är alltså en fråga som i mycket står och faller med vad man anser är upphovsrättens rättsdefinierande kärna, målsättningar eller rationalitetsgrunder, vad man sen väljer att kalla det.



# EPILOG

Jag har i den här avhandlingen argumenterat för att se DRM-system som en integrerad del av det upphovsrättsliga systemet, som samtidigt påverkar det upphovsrättsliga institutet på ett fundamentalt sätt. Trots att DRM-systemen i grunden är något mycket främmande för upphovsrätten<sup>1031</sup> har ett rättsligt skydd av dem nu en gång för alla inkorporerats i den upphovsrättsliga lagstiftningen. Man kan likna situationen med ett implantat, som så småningom kommer att integreras i upphovsrättens djupare strukturer.

Jag använder här ordet implantat för att visa på att det ibland förekommer att man inom ett rättsområde inför ett rättsligt element som är helt nytt och främmande för ifrågasvarande rättsområde. Inom rättskomparativ forskning brukar man med transplantat avse att man lånar regleringsmodeller från andra länder som utgör en främmande del i den egna rättsordningen<sup>1032</sup>. I vissa fall smälter transplantatet eller implantatet så småningom in utan större ”ärrbildning”, i andra fall ter sig lösningen så främmande att den avstöts, vilket antingen tar sig uttryck i att normen inte tillämpas (desuetudo) eller att man är tvungen att ta bort det. I många fall kommer ett främmande element att få en helt ny funktion som skiljer sig från dess ursprungliga betydelse.

En ganska naturlig följd av det rättsliga skyddet av DRM-system är att man i allt högre grad börjar betrakta rätten och friheten att påföra DRM-system som en viktig del av rättsinnehavarens naturliga rättigheter. Man kan alltså säga att det äganderättsliga paradigmet förstärks. Upphovsrätten kommer därmed att te sig alltmer som en absolut rättighet i motsats till en begränsad förmögenhetsrätt, som traditionellt definierats utgående från de till rättsinnehavaren hörande ideella och ekonomiska rättigheterna.

DRM-systemen kommer därmed också i allt högre grad att ses som en naturlig mekanism för förverkligandet av rättsinnehavarens självbestämmanderätt. På grund av upphovsrättens natur gäller detta såväl de ekonomiska som de ideella rättigheterna. Användarnas eller samhällets intressen ter sig allt mindre relevanta. Det här hänger också samman med två andra effekter av DRM-system, nämligen att man kan kontrollera användning *ex ante* (och inte endast genom rättsliga medel *ex post*) och genom att man kan sluta avtal gällande användning. Dessa effekter gör att det är nödvändigt att betrakta upphovsrättens inskränkningar ur ett helt nytt perspektiv. Då förhandskontroll i allt högre grad är möjlig krävs särskild motivering för att inskränka rättsinnehavarens frihet att påföra DRM-system och för att garantera de friheter (eller positiva rättigheter) som tillkommer användarna. Det verkar nödvändigt att betrakta upphovsrättens balans ur ett helt nytt perspektiv och med beaktande av DRM-systemens rättsliga konsekvenser.

<sup>1031</sup> Bla. Goldstein har till och med fördömt kryptografi som upphovsrättsvidrigt. Goldstein, Copyright and Its Substitutes (1997), s. 865-871. Även Dusollier har påpekat att DRM-system är främmande för upphovsrätten och anser att man där sammanblandar det rättsliga skyddet av det abstrakta verket med en på egendomsrättsliga grunder baserad förfoganderätt över verks-exemplaret. Dessutom blandar man ihop vad som är licens av verket och vad som handlar om avtal gällande en tjänst. I det senare sammanhanget konvergeras försäljning av vara och licensering av upphovsrätt, vilka tidigare varit separata transaktioner. Dusollier, Droit d'auteur et protection des œuvres (2005), s. 382-395 och 411-417.

<sup>1032</sup> Enligt Mattei et al., Comparative Law and Economics (2000) är man benägen att låna lösningar som ligger nära den egna rättsordningen, trots att en mer främmande rättsordning skulle erbjuda en effektivare lösningsmodell. Det här ger något att tänka på vad gäller förhållningssättet inom europeisk rätt till exempelvis gärningar avsedda att fastställa upphovsrätt, såsom till exempel det amerikanska systemet med copyright-märkning.

Det rättsliga skyddet av DRM-system i kombination med en annars också allt mer expansiv upphovsrätt leder till en situation där snart sagt all användning i dagens informations-samhälle kräver förhandstillstånd. Detta igen är knappast önskvärt och ändamålsenligt. Det krävs därför att upphovsrätten ombalanseras utgående från den nya situation vi befinner oss i.

Det är med beaktande av detta behov av ombalansering som den i kapitel VI framförda regleringsmodellen uppgjorts. Modellen utgår från rättsinnehavarens naturliga frihet och rättighet att påföra DRM-system, som dock kompenseras av en större frihet att använda innehåll för icke-kommersiella ändamål i de fall där DRM-system inte kringskar denna frihet. Avsikten är att förhindra risken för underutnyttjande av innehåll, det vill säga att innehåll används i mindre grad än vad som är socialt optimalt. Denna risk är överhängande som ett resultat av såväl upphovsrättens expansion som av de ökade riskerna (särskilt i den digitala miljön) att ställas till svars för upphovsrättsintrång.

Man kan säga att dagens upphovsrättsliga system förutsätter att rättsinnehavarna inte skrider till åtgärder för att säkerställa sina rättigheter. Rättigheterna brukar numera ges en vid tolkning och inskränkningarna en snäv tolkning. Om man har en musiker som går till badstranden och har på den så att även andra människor kan höra det sker i upphovsrättslig mening ett offentligt framförande<sup>1033</sup>. I princip gör sig personen ifråga alltså skyldig till upphovsrättsintrång. I praktiken har naturligtvis rättsinnehavarna svårigheter att kontrollera all användning och det är högst troligt att personen aldrig skulle bli fast för upphovsrättsintrång. Men bara det faktum att det i ett dylikt fall i princip är fråga om ett upphovsrättsintrång och att upphovsrättens ”balans” alltmer blir en fråga om huruvida rättsinnehavaren väljer att skrida till åtgärder eller inte är problematiskt.

I praktiken skulle modellen påverka rättsinnehavarens möjligheter att erhålla ersättning för användning i vissa fall. Modellen skulle inte ha någon inverkan på upphovsmannens rättighet att bestämma när och hur verket först offentliggörs eller publiceras<sup>1034</sup> eller på dennes ideella rättigheter. Man kan dock tänka sig att möjligheten att påföra DRM-system skulle öka möjligheterna för en liberalare doktrin gällande modifieringsrätten. Avsikten är således att lindra upphovsrättens betungande inverkan på informationens fria rörlighet och leder till en mindre restriktiv upphovsrättspolitik.

Rättsinnehavarens i princip mycket omfattande förfogandefrihet som ger denne rätt att påföra DRM-system innebär dock inte att det inte skulle vara skäl att överväga ingripanden i denna frihet i vissa specifika fall. Det rättsliga skyddet av elektronisk rättighetshantering gäller oberoende av om de upphovsrättsliga intressena endast utgör en del av de intressen som DRM-systemet i praktiken skyddar. Det är i vissa fall möjligt att rättsinnehavaren söker säkerställa intressen som ligger fjärran från de upphovsrättsliga. I gällande rätt har man sökt lösa detta problem genom stadganden som söker garantera att DRM-system inte tillåts kringskära vissa inskränkningar i upphovsrätten och genom att stadga om en rättighet att kringgå tekniska åtgärder i vissa fall.

Det har dock visat sig att de lagstiftningsåtgärder som vidtagits för att råda bot på de negativa konsekvenser (externaliteter) DRM-systemen förorsakar är otillräckliga. Dels är rätts-

<sup>1033</sup> Jfr HD 2002:101 (taxi-fallet), där högsta domstolen i Finland påpekar att det sedan upphovsrechtsreformen (år 1996) inte längre krävs att ett offentligt framförande sker i kommersiellt syfte för att det skall vara fråga om ett sådant offentligt framförande som hör till upphovsmannens ensamrätt.

<sup>1034</sup> Det vill säga övergången från upphovsmannens privata sfär till den offentliga sfären som upphovsrätten styr.

skyddsmedlen ineffektiva som ett resultat av begränsningen av saklegitimation, dels kan stadgandenas syften enkelt kringgås genom att konstruera tjänster som gör att stadgandena om garantier för vissa inskränkningar inte blir tillämpliga. I brist på lagliga marknader för tjänster och produkter för kringgående av tekniska åtgärder har det inte heller kunnat påvisas hur de som enligt lag skulle ha rätt att kringgå en teknisk åtgärd för ett visst syfte skulle kunna dra nytta av denna rättighet.

För att upphovsrättens inskränkningar och de värderingar och grundläggande rättigheter som dessa baserar sig på skall kunna tillses i det moderna informationsområdet på ett effektivt sätt, krävs det att möjligheten att ”kringgå” inskränkningarna med hjälp av upphovsrättsdirektivets e-handelsklausul kringskärs. Det är ändå inte helt klart på vilket sätt detta bäst genomförs. Att i sig omvandla upphovsrättens inskränkningar till indispositiva stadganden till skydd av användarnas intressen ter sig inte oproblematiskt. En möjlighet skulle vara att befästa en generalklausul med hjälp av vilken domstolarna kunde bedöma huruvida ett DRM-system utgör ett missbruk av upphovsrätten. En dylik generalklausul kunde också beakta behovet av att säkra DRM-systems samverkansförmåga. Därutöver ter sig myndighetsövervakning i form av ett ombudsmannainstitut eller motsvarande system som en mer adekvat lösning för att bevaka de intressen som ligger till grund för upphovsrättens inskränkningar. Det verkar nämligen osannolikt att den procedur som förutses i den nationella lagstiftningen (skiljemanna- eller domstolsförfarande) för beaktandet av användarnas icke-kommersiella intressen är effektiv med beaktande av de kostnader ifråga om tid och resurser som processen kräver.

Eftersom olika länders upphovsrättslagstiftning innehåller olika regler gällande upphovsrättens inskränkningar leder detta även till att kraven på DRM-system varierar från ett land till ett annat. Detta kan komma att utgöra ett hinder för den inre marknaden för DRM-tjänster och –produkter inom EU. I enlighet med upphovsrättsdirektivets ordalydelse skulle det därför finnas skäl att upprätthålla en likadan standard för DRM-system inom hela den inre marknaden eller åtminstone införa explicita bestämmelser om ömsesidigt godkännande.

Det allmänna chikanförbudet, förbudet mot oskäligen villkor, ett visst förbud mot egenhandsrätt, skadeansvaret samt kravet på interoperabilitet utgör allmänna doktriner som verkar kunna balansera upp den maktposition rättsinnehavaren erhåller genom en rättsligt skyddad frihet att påföra elektroniska rättighetshanteringssystem.

Gällande rätt i de europeiska länderna söker i viss mån korrigera vissa av de externaliteter det rättsliga skyddet av DRM-system förorsakar. I Frankrike har man förstärkt möjligheterna att vid behov och för legitima syften kringgå tekniska åtgärder genom stadganden som gäller deposition av källkod och beskrivningar över DRM-system. Dessutom har man där också i högre grad sökt beakta behovet av interoperabilitet samt datasäkerhet. Motsvarande hänsyn borde även i nordisk rätt i högre grad beaktas, och en korrigerande lagstiftning till denna del skulle vara motiverad. Med beaktande av den principiella maktförskjutning som det rättsliga skyddet av DRM-system utgör ter det sig också motiverat att i lagstiftningen införa ett explicit förbud mot rättsmissbruk (chikan).

Trots att DRM-systemen förorsakar vissa externaliteter, som i högre grad borde beaktas, verkar det allmänt taget motiverat att förhålla sig positivt till att rättsinnehavarna skyddar sina intressen genom DRM-system. DRM-systemen möjliggör ett tekniskt och avtalsmässigt skydd av rättsinnehavarens intressen som på ett mycket flexibelt sätt tillgodoser rättsinnehavarens

varens intressen. DRM-systemen möjliggör också i högre grad en övergång till individuell licensering i fall där olika slags avtals- eller tvångslicenssystem, kollektiv licensering eller särskilda ersättningssystem (ersättning för lagringsmedel) idag tillämpas. DRM-systemen kan därmed bidra till en ökad konkurrens inom marknaderna för upphovsrättsligt skyddade verk och alster där en sådan konkurrens på grund av transaktionskostnaderna idag inte är praktiskt genomförbar. Det skulle därför finnas skäl att i den upphovsrättsliga lagstiftningen erbjuda incitament för påförande av DRM-system, till exempel inom regimen för ersättning på lagringsmedel.

DRM-system möjliggör tillkännagivande av upphovsrätt på ett sätt som är betydligt mer effektivt än de traditionella registreringssystem som i vissa länder använts eller ännu används. En viktig funktion för registreringssystemet i till exempel USA har varit att förhindra upphovsrättsintrång av misstag och har utgjort en mekanism för ett så effektivt nyttjande av informationsresurser som möjligt. Upphovsrätten innebär ju att användning endast är tillåten med rättsinnehavarens tillåtelse. Då det är fråga om icke-kommersiell användning innebär kravet på förhandstillstånd transaktionskostnader som är oproportionerliga med tanke på användningens syfte och rättsinnehavarens legitima ekonomiska intressen. Det ter sig därför motiverat att i lagstiftningen införa bestämmelser som åtminstone ger större incitament för påförande av DRM-system i syfte att befästa upphovsrätten och tillföra nödvändig information gällande upphovsrätten.

Enligt min mening bör DRM-systemen också ses som en möjlighet att öka rättssäkerheten i den digitala miljön till både rättsinnehavarnas och användarnas fördel. De möjliggör att införa strukturer som gör det enklare att identifiera rättsinnehavarna och licensera innehåll samt förhindra att upphovsrättsintrång sker av misstag.

Möjligheten att påföra DRM-system kan och bör användas för att skapa en friare marknad, där man i allt högre grad favoriserar individuell licensering. Eftersom det i allt högre grad är möjligt för rättsinnehavarna att påföra DRM-system och därmed licensera innehåll finns det allt mindre orsak att kompensera för (icke-kommersiell) användning i de fall rättsinnehavarna valt att göra innehållet tillgängligt på ett sådant sätt att det inte förhindrar eller begränsar sådan användning. Upphovsrättsdirektivet både förutser och stöder en sådan utveckling av den nationella upphovsrätten.

Med beaktande av regleringsprincipen om informationens fria rörlighet kan man alltså säga att den regleringsmodell som här skisseras ökar möjligheterna för rättsinnehavarna att skydda det de anser vara skyddsvärt, medan användning för icke-kommersiella ändamål i högre grad frigörs från upphovsrättens betungande effekt.

# SUMMARY

## DRM and the Copyright Imbalance

### 1. Research outline and methodology

Digital rights management (DRM) systems are increasingly being developed and used in order to protect the commercial interests of copyright holders. These systems have developed over time from singular copy prevention mechanisms towards all-encompassing trusted systems enabling the control of digital content throughout its life cycle and in a multi-media context.

The impossibility of effectively controlling the use of the copyrighted work once it has been put on the market can be seen as a fundamental reason for the legal regulation of copyright. Digital rights management systems seem to provide for an unprecedented ability to control the use of copyrighted works from production to consumption. How then should this be taken into consideration in the legal regulation of DRM, and how should it affect the balance of interests within copyright?

The principal research question of this doctoral thesis concerns how copyright's balance can be restored considering copyright owners' increased power to control use through technical and contractual means, possibly backed up by the legal system. Which are the principles that such a restoration of copyright's balance should be based on, and what should the legal regulation of DRM look like?

This general question gives rise to three more specific questions, the answers to which are essential when considering how to model an appropriate regulative regime. First, one has to ask what is meant by the "copyright balance" that is to be achieved. The copyright balance is often referred to as a fundamental feature of the copyright system. However, a closer look at the concept provides little guidance, as the common theories of copyright balance merely outline that private and public interests should be balanced. Generally, these theories provide little explanation of when and how such a balance can be achieved. Therefore this thesis attempts to reconstruct a functional model of the copyright balance derived from the general theories of copyright put within the framework of the modern information society.

Secondly, one has to assess if, and how, the copyright holders' power to control the use of content has changed. This question is here approached from three different angles. First, the evolution of DRM systems is evaluated as a step in the historical evolution of governance mechanisms within the copyright system. It is assumed that governance structures affect the copyright system and that different governance structures impose different possibilities for control. Understanding how the evolution of governance mechanisms affects the copyright system helps us understand how DRM systems might affect the power of copyright holders. To the extent that DRM systems can be seen as an innovation in the governance mechanisms of copyright, it is plausible to assume that they will have an impact on the legal regulation of copyright.

Another perspective on the change in abilities to control use is offered by the (technical) evolution of DRM systems as such. The technical evolution of DRM systems affects our perception of DRM as a governance or control mechanism. Therefore it is essential to describe the evolution of DRM systems and especially the current state of the art.

A third perspective on DRM as a governance mechanism is offered by combining a state of the art analysis of DRM systems with a normative analysis. This perspective gives a detailed outline of the potential problems arising from a stronger normative and technical ability to control the use of content. This third perspective offers an analysis of the possible combined effects of copyright protection, contracts and technical protection systems.

The third and largest question of this thesis is how the copyright balance can be restored in view of the increased power of the copyright holder to control the use of content. Answering this question requires us first to look into the current regulation of DRM, assessing how the current legislative framework takes into consideration the shift in the power position that DRM offers. Thereafter, the shortcomings of the current legislative framework are analysed in view of the prospective legal dimensions of DRM. This analysis is followed by an assessment of current suggestions for corrective means in the regulation of DRM, which ends in a regulative model proposed by the author.

The aim of this thesis is to contribute to the understanding of DRM as an object of regulation within the copyright system and to further the discussion of the proper regulation of digital rights management systems as a part of a balanced copyright regime.

The method used in the research is that of legal informatics and information law. The primary aim of legal informatics is to analyse the interrelationship between law and information and communication technologies. In this thesis, copyright is seen as part of information law. Information law, as a correlative to modern information policy, which in the European Union is referred to as “the common information area”, forms the basis for general principles of information law. In specific, the principle of free flow of information can be considered a fundamental principle of European information law and a guiding principle (or meta principle) for copyright legislation.

## 2. The copyright balance and the basic principle of free flow of information as a guiding principle for copyright legislation *de lege ferenda*

When viewed from a copyright perspective, it is essential to understand the relationship between information and the copyrighted work. That there is a close relation between information and copyright-protected expressions is an undisputable fact that is recognised within the general theories of copyright.

In order for an idea to be communicated from one person to another, it needs to be expressed, and every expression contains one or several ideas. It is clear that this interrelationship between copyrighted works and information is recognised within the general theories of copyright and most explicitly in the idea-expression dichotomy, copyright limitations, the originality requirement and the time limitation of copyright. In fact, the idea of the free flow of information can be seen as underpinning copyright as a legal institution, not least



because copyright facilitates private markets for information that are free from state censorship. Hence, the principle of free flow of information is closely connected to the idea of copyright balance.

The principle of free flow of information can be regarded as a fundamental legal principle, supported both in European and in international law. The principle acknowledges the fundamental importance of information within society. The free flow of information is fundamental for social and economic welfare in a democratic society. In addition, it is a prerequisite for productivity and innovation as well as for lifelong learning, the accumulation of information resources, cultural diversity and true democracy within the information society. The principle of free flow of information is a fundamental value in a democratic society. Any deviation from this principle thus requires explicit justification.

Copyright's balance can be assessed either from the point of view of the contradicting rights and interests of different interested parties that are to be balanced or from the point of view of the different objectives at which the copyright regulation aims at. It is this second view that seems to offer a more usable explanation of the copyright balance.

The fundamental objectives of copyright are deduced from the general theories of copyright, taking into consideration what seems to be a plausible explanation for copyright protection. These objectives are the promotion of democracy, cultural diversity, adequate competition and market economy and innovation and information processes.

Each of these objectives justifies copyright but limits at the same time the scope of the legal protection of copyright. From the point of view of these objectives, a copyright regime that is too strong may actually prove to be counterproductive.

It is largely acknowledged that copyright promotes freedom of expression, which in turn is an engine for democracy. Since copyright facilitates private markets of information and the creation of works independent of state subsidy, the state has few means of censorship. However, if copyright grows too strong, the result may be private censorship by the author, which diminishes freedom of expression and hurts democracy. This risk grows in the digital environment, where almost any use implies a protected act.

Copyright's function of promoting cultural diversity by making it possible for authors and other rights holders to make a living from their work is another almost self-evident function of copyright. However, there is a risk that commercialisation reduces cultural diversity because only content that sells well will be produced. There is also a risk that content is reused instead of something new being created as a result of improper risk allocation within copyright. In addition, a formalistic interpretation of copyright may reduce cultural diversity and reduce the possibility of engaging in creative work in the digital era. An example of this is that certain modern creative methods such as sampling have been deemed illegal.

Considering that copyright is a monopoly right which limits competition, it may seem odd to claim that copyright's function is to promote well-functioning commercial markets. However, copyright is intended to reduce free-riding, enhancing fair play in the creative industries. The need to limit the monopoly effects of copyright is clear, as market liberalism is suspicious of institutions reducing competition.

Copyright's function of promoting innovation and information processes is derived from the basic feature of copyright which makes the publication of content a prerequisite for copyright protection. This feature can well be compared with the largely accepted idea within the

patent system that the most important feature of the registration requirement is to make information available on state of the art technology, thereby enhancing future innovativeness (and reducing overlapping work). Copyright is intended to give authors an incentive to make new creative works available to the public. However, if copyright grows too strong, for instance if it starts to extend to ideas, innovation and the creation of new expressions may be inhibited. This is because expressions are fairly easily substituted, whereas ideas are not. This is also the theory behind the traditional idea-expression dichotomy within copyright. Besides substitutability, the distinction between commercial and non-commercial use or non-innovative and innovative use is as important. Copyright legislation includes many examples of the limitation of copyright in favour of non-commercial information processes.

A further perspective on the copyright balance is that of systemic balance. This means that a change in one part of the copyright system gives reason to change other parts of the copyright system. The theory of systemic balance explains how the copyright system can be adapted to changes in its operative environment.

### 3. DRM and the control structures of copyright

Certain trends within the operative environment of copyright further the impact of digital rights management. First, the materialisation of communication leads to a situation where all communication (mass media or private communication) may be assessed from a copyright perspective, as these communication processes always entail copies and subsequently may be tracked. Secondly, the dematerialisation of the copyrighted work makes it more difficult to localise and define the “work”. The dematerialisation also shifts the emphasis from the mass production of goods to providing on-line services. This also changes the perception of what kind of activity creates added value. Furthermore, the commoditisation of information entails that information is increasingly supposed to have a commercial value. The IPR regime combined with the legal regime for private ordering through contract and technical measures provides the exploitation regime on which market actors may base their business models.

The evolution of infrastructures and mechanisms for control and rights management is closely related to the evolution of technology, business models and the legal protection of copyright. Understanding the evolution of digital rights management systems and their implications for the copyright system requires an analysis of the means for control and management provided in the analogue environment.

It is worth noting that the copyright system may be perceived as an answer to a control problem, i.e. the difficulty of controlling the commercial exploitation of a work once it has been published. Copyright protection provided publishers a means of controlling the market, offering protection from competition. At the same time, it fulfilled the control needs of the state as it provided the means of controlling the written word and collecting taxes.

There are many examples from history of different means of curbing perceived control or governance problems. These give food for thought even in the present-day copyright setting. From an enforcement and self-help perspective it is interesting to note that the Stationers' Company in England in the 16th century was given the right to enforce copyrights by search and seizure. They even had the power to keep a person in custody for up to three months

without trial as well as the right to fine copyright infringers and destroy illegal books.

Authenticity problems are also known from history. Although the printing method reduced the problem of mistakes in reproduction, new authenticity problems arose. Sometimes manuscripts were prematurely published. To reduce this problem, authors increasingly added a sign stating that the manuscript had been authorised by the author.

Registration of copyright or copyright notice is certainly the most widespread and important governance mechanism for protected works. Registration and copyright notice diminish information imperfections, as they provide information on the legal status and on the rights of the owners of a work.

The registration requirement was abolished when the abstract work, not the concrete publication, started to be considered the object of copyright. This change in the perception of the legal protection expanded copyright protection to derivative works. During a transitional period it seemed to be required to specify which modifications or alterations were included in the copyright protection.

The Age of Enlightenment came to change the perception of copyright as belonging to the publisher. It was increasingly considered a right belonging to the author. However, this led to new governance problems, as single authors had neither the means nor the facilities to enforce their rights. This governance problem caused another major innovation in the governance system of copyright: collective licensing.

Collective licensing provides benefits both for licensors and licensees. It rationalises the collection and distribution of licensing fees as well as the enforcement of rights. In short, collective licensing diminishes transaction costs and facilitates mass scale commercial licensing. Without this innovative governance mechanism, it seems implausible that copyright could have been extended to situations involving mass scale commercial use.

Later, technical innovations, such as the possibility for private persons to reproduce copyrighted works cost efficiently, caused new problems for copyright holders. Compulsory collective licensing and copyright levies became the answer to this governance problem.

From a historical perspective, digital rights management has evolved as an answer to the threats perceived by copyright holders. These threats range from counterfeiting to seepage. In the digital environment, the capability of private persons to copy and make copyrighted works available as well as the problems of identifying and prosecuting offenders have been considered major threats against the commercial interests of the copyright holder. One could say that file sharing through peer-to-peer networks is the paradigmatic threat in the modern copyright environment.

Digital rights management systems have evolved from singular copy protection devices such as the high-pitched whistles incorporated into recordings from the 60s to second generation DRM systems which involve standardised identification schemes and the integration of technical protection systems within rights management systems. The current trend (the third generation DRM systems) is towards increasingly compatible and interactive secure environments where the protection of copyright encompasses the whole life cycle of the content from production to consumption, supporting linear as well as full fledged super-distribution schemes.

Regarding the practical possibilities of governing use, the situation was paradoxical in the first years of the 21st century. Despite the quick evolution of digital rights management sys-

tems, the difficulty of controlling the use of copyrighted works seemed to be increasing.

However, now a few years later, attempts to curb the anarchic internet are giving fruit. There is a risk of soon experiencing a new paradoxical situation as the legal and practical protection has grown so strong both in practice and in principle that the whole copyright institution is being questioned. Current academic writings on copyright increasingly warn against the overprotection of copyright and a copyright regime where the legal protection of DRM causes serious imbalances. This alleged copyright imbalance requires a closer analysis.

The object of copyright protection is the abstract work, whereas the object of DRM systems is an entity that can be described as a digital object. The digital object can be compared to the physical copy in which the copyrighted expression is embodied. However, the evolution of identification methods based on fuzzy logic seems to diminish the apparent difference between abstract works and concrete copies. At least it makes it possible to identify copies that deviate from the original, such as bootleg recordings.

To the extent that digital objects are comparable to physical copies, it may seem odd to provide legal protection for the copyright holder's authority to control digital objects. At least this may lead to a confusion between copyright and property right as the legal basis for the rights of the author. Furthermore, digital rights management is about defining the entities (digital objects) which are the object of governance mechanisms enacted through contractual or other means of private ordering. Such an entity may or may not as such be protected by copyright.

The question of the extent to which DRM systems may set aside the possibilities of using a work in accordance with a copyright limitation has been a primary concern. Assessing the possibilities of setting aside copyright limitations depends on the type of limitation. There is a fundamental difference between the open-ended concept of fair use within US copyright doctrine and the limited list of specific copyright exemptions in the European copyright system.

In general, copy prevention systems may rather effectively set aside the possibilities of making reproductions of the work. However, DRM systems are not equipped to hinder the communication of mere ideas embodied in a work. Some exceptions are affected at least indirectly. When it comes to the quotation right, which normally is considered an important limitation of copyright, DRM systems may in practice make it difficult or impossible to make use of that right at least when it comes to auditive or audiovisual recordings or pictures. DRM systems may also seriously affect the ability for disabled persons to make use of a copyrighted work in accordance with the copyright limitation to the benefit of disabled persons. For instance, use for the sake of general security or within an administrative, parliamentary or legal proceeding may be hindered through the encryption of a work, as the content of the encrypted work remains in unintelligible form until it is decrypted. However, DRM systems usually do not affect the ability to publicly perform a work, for instance for religious or educational purposes, provided that the work has been made available to the public.

Generally speaking it is difficult or almost impossible to control use outside the digital environment or the use of works in analogue format. In addition, different kinds of DRM systems have a different impact on the possibilities of making use of content. The impact of DRM systems on the possibilities of making use of copyright exemptions depends largely on whether or not unprotected copies of the work are available on the market.

The inability to control use outside the digital sphere has been called the analogue hole. This analogue hole has been a paradigmatic deficiency which usually has been referred to as something that will assure that copyright never will be able to “lock in” or totally exclude socially beneficial uses. However, recent technological improvements have revealed an ability to abolish the analogue hole. An example of such a technology is the signals included in auditive or audiovisual recordings, which make it impossible to make a usable recording of the work when performed.

Rights languages and rights specifications are an important part of digital rights management systems. The fundamental difference between digital rights language and legal language is that legal language is intended for interpretation by human beings, whereas digital rights language is intended for interpretation by machines. The translation of legal language to a digital rights language is no easy endeavour, since even in the case that a legal rule can be expressed in a formal language, there is an additional step of creating a functioning computer code. Legal language often includes vague or ambiguous concepts which are difficult to implement in computer code.

A paradigmatic point of departure when designing DRM systems is that, at least thus far, they have been designed from a rights holder's view and intended to implement the business model of their choice. The interests and needs of the users have had little impact on the system design.

Digital rights specifications are designed by real persons, and they may therefore be subject to normative regulation. There is therefore reason to repudiate the technological determinism that claims that computer code (or digital rights management systems) may not be regulated.

Whereas computer code may have an important role to play in the formation of a normative relationship between persons, it is not the same thing as having the power to enforce rights or (contractual) conditions. The power to enforce rights or conditions is limited to the digital environment. In addition, due to differing design decisions, DRM solutions may differ in their ability to enforce conditions. In any case, outside the digital environment one is left to rely on law or contracts. In relation to the legal protection of DRM systems, one has to ask whether the legal protection of technological measures and rights management information includes legal protection for conditions which are not based on contract (or copyright law). In addition, the legal difference between contractual and non-contractual conditions is unclear.

As the application of DRM systems may increase the power of the copyright holder to govern the use of the copyrighted work, the question arises whether DRM systems actually provide new rights for copyright holders, not only improved possibilities of enforcing existing rights. In the legal discourse there has been a heated debate on whether the legal protection of DRM systems actually provides a new right to control access to copyrighted works even after first publication. Such an access right would provide the copyright holder the exclusive right to decide when, where, how and under what conditions a user may access a copyrighted work. Simply speaking, it could provide the copyright holder an exclusive right to control any meaningful use of digital objects.

Lack of interoperability can often be considered an intended consequence of the application of DRM measures. However, sometimes it may be difficult to assess whether lack

of interoperability is due to intended features or is an unintended consequence. If it is an intended feature, the circumvention of such a feature may be considered an illicit circumvention of a technological measure. A good example of this problem is offered by streaming technology and the question of whether an application which makes it possible to record a streamed recording is to be considered a tool circumventing a technological measure or not. A legal protection of DRM systems which sets aside interoperability interests may cause unnecessary lock-ins. Furthermore, the principle of lifting the legal protection of DRM systems in order to enhance interoperability is important in order to decrease the risk of unnecessary obstacles to free markets.

The power to control the use of copyrighted works by the use of DRM is not only due to its abilities to direct or restrict uses but also by its possibilities to detect and provide proof of illicit or unauthorised uses. It is to an increasing extent possible to detect unauthorised uses committed in private networks or systems. The support the legal framework gives for such enforcement capabilities is essential if DRM systems are to be used in the enforcement of copyright.

DRM may potentially enable new ways of licensing works through one-stop shops or pay-per-use business models. This feature of DRM systems may revolutionise the copyright paradigm (and copyright business models), which to a large extent is based on the presumption that it is impossible to contract with every user. As the problem of high transaction costs today is a presumption underlying much of copyright law, a decrease in the transaction costs of licensing copyrighted works may eventually fundamentally change the copyright paradigm.

As DRM systems potentially may increase the ability of copyright holders to govern the use of copyrighted works, the issue of user rights will become increasingly pressing. The traditional copyright paradigm can be said to lie on the presumption that there is a lack of ability for copyright holders to control use. Therefore, traditional copyright law quite naturally defines a protected exclusive right of the author, which limits the users' freedom to use content. Digital rights management may reverse this assumption; users may only use content within the limits of the freedom given to him/her by the rights holder.

In addition, DRM may include private punitive features, such as commands that destroy or damage files on the user's computer should the user infringe the user rights defined by the rights holder or attempt to circumvent a DRM system. In this case it may be necessary to clarify the rights holder's liability for the damage caused and whether liability may be exempted on the basis of a contract clause.

All in all, DRM systems may increase the power of rights holders to govern the use of content by applying measures which inhibit certain types of use or which track or meter use by contractual means either combined with self-help or lock-out systems or which rely on legal enforcement. Contracts may also include provisions on applicable law and legal forum or other provisions which enable forum shopping.

Whereas the state of the art regarding DRM, including technical measures, now is at a point at which it can actually provide real power to rights holders to govern the use of content, this power is still conditioned by law. Should the legal system fully back up the use of DRM, including the enforcement of contractual provisions and self-help mechanisms, the consequent shift in power is worrisome, as this may even cause a permanent shift of regulative power from democratically elected parliaments to private actors.



At the same time, one has to acknowledge the benefits DRM systems may have for both rights holders and users. Some of these problems concern how to connect information on rights holders to a work, how to assure the integrity of the work and how to verify or negotiate a license. Even though a balanced approach to the regulation of DRM takes as its starting point the common interest of the users and the rights holders and therefore favours the establishment of general governance infrastructures for copyrighted works, there is still a need to consider the fundamental conflict of interests between users and rights holders.

## 4. The current regulation of DRM

The discussion on the current regulation of DRM analyses to what extent the legal protection of DRM systems accommodates the potential interests of the rights holders and to what extent the interests of the users are taken into consideration. The legal protection of DRM systems has been enacted in a top-down fashion, where the core provisions are to be found in the WIPO Internet Treaties (WIPO Copyright Treaty and WIPO Performances and Phonograms Treaty). As the US was the first country to enact national legislation to accommodate the WIPO Internet Treaties, the US Digital Millennium Act (DMCA) has been a model for subsequent implementation of the WIPO provisions in other countries, not least in Europe. National implementation of the European Union Copyright Directive 29/2001/EC (EUCD) supplements the analysis of the European legal framework. It has not been possible to consider the national implementation of the directive in all European countries. Therefore, the emphasis has been on Nordic copyright legislation complemented with notes from selected other European countries.

The WIPO Internet Treaties requires that member states provide effective legal remedies against the circumvention of effective technical measures which are used in connection with the exercise of their rights and against any person who knowingly removes or alters any electronic rights management information or distributes, imports for distribution, broadcasts or communicates to the public works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.

In the EUCD as well as in the DMCA the legislator has broadened the prohibition of the circumvention of technical measures in order to prevent legal markets for circumvention tools and services, as a mere prohibition of the act of circumventing would have been difficult to enforce.

The current regulation of DRM in the US and the EU has been deconstructed in this thesis with a view to provide information not only on how the relevant provisions have been implemented but also in order to try to provide a more complete picture of the power relations between different actors in the copyright environment.

In addition to the question of the right of the rights holder to protect content with the help of DRM and possible limitations of that right, there are also other relevant questions to take into account. These include the question of the explicit or implicit duties of the rights holder to take measures to protect their intellectual property, the duties of other parties to take measures to protect the interests of rights holders through DRM, duties to take into account standards related to DRM systems and liability for any damage caused by DRM sys-

tems. Relevant are not only the rights and duties in relation to the implementation of DRM but also the risk allocation between different actors.

The most obvious conflicts of interests are that between the end-users' interest in freely exploiting content and the rights holders' interest in controlling use, and the rights holders' interest in reducing the costs of enforcement and the interest of third persons in reducing liability for and costs of surveillance in connection to copyright infringements or the use of copyrighted works.

The power position of the rights holder, with regards to the scope of the basic right to implement technological measures, is limited through the definition of technological measures, through the definition of prohibited acts and through explicit limitations of the right to apply technological measures.

The definition of what is to be considered a protected technological measure has been a problem primarily within the European Union, as the definition in the EUCD is quite unclear. Here, the scope of protection is connected to acts which are not authorised by the owner of a copyright, a related right or a sui generis right. The field of application for the EUCD prohibition against circumvention seems rather broad. In the Nordic countries the right to control use seems to have been narrowed down and limited only to the exclusive rights of the author. It remains to be seen if the attempts to circumscribe the field of application of the EUCD made in the national copyright laws of the Nordic countries will prevail if tested in the European Court of Justice.

In the US, the DMCA only prohibits the circumvention of access protection, therefore making it possible for persons who have a legal and authorised access to the content to circumvent technological measures in order to exercise fair use. In EUCD no principal distinction is made between access protection and other types of technological measures, and it is prohibited to circumvent both. A special detail that should be noted about the EU regulation of DRM is that the circumvention of DRM regarding computer programs is excluded from the field of application of the EUCD and is solely regulated by the EU computer program directive. Subsequently, in each case one needs to evaluate whether the DRM is applicable to a computer program or to some other type of creative work, as there is no prohibition of the circumvention of technological measures protecting computer programs.

In the DMCA there are no explicit limitations to the right to apply technological measures, whereas the EUCD sets out to assure the practical applicability of some copyright limitations. However, the specific provisions assuring the applicability of stated copyright limitations have been widely criticised for several reasons. First, the EUCD copyright limitations are voluntary, and it would seem odd to require that they have to be acknowledged in the face of DRM applications. Secondly, there is no clear justification for the choice of limitations that are to be assured. Thirdly, one may question whether the practical solution enacted in many cases at the national level, where each user must take positive action in order to assure the applicability of a copyright limitation, is feasible, considering that in many cases the total costs for the individual user for taking action may be greater than the value of the use. A possible solution to this problem may be an ombudsman or similar system, where the interests of users are considered *ex officio*. This model has been enacted in countries such as Great Britain and France. Furthermore, the provision is practically nullified by an additional provision stating that the requirement to assure the applicability of the stated limitations is

not applicable where the work has been made available on-line on agreed contractual terms (the so-called e-commerce clause). The e-commerce clause causes an additional problem with the validity (or invalidity) of the contract and contractual terms.

Both under the DMCA and the EUCD there is a possibility to exempt a circumvention of a DRM system from liability. However, these exemptions tend to be rather meaningless, as the legal markets for goods and services facilitating circumvention are prohibited. One of the few exemptions that would also have a practical significance is that of security testing or cryptography research. It can be noted that instead of providing for an exemption for cryptography, the French legislator has excluded cryptography as such from the definition of a technological measure. This shows the possibility of altering the legal position of the rights holder by alternative means.

The problem of network externalities caused by DRM systems is not properly taken into consideration either within the DMCA or within the EUCD. The most progressive national legislation within the EU in this respect seems to be that of France, where l'Autorité de régulation des mesures techniques has as its primary duty to monitor and promote the interoperability of DRM systems.

The power position of the parties is not only a result of a protected right to apply DRM systems and limitations to that right, but also of the risk allocation between different parties. The question of risk allocation in this respect is closely connected with the question of the formulation of the incentive system of copyright with regards to the purposes of the copyright system.

This has also, at least partly, been recognised by the EUCD, which states that account should be taken of the particular circumstances of each case when determining the form, detailed arrangements and possible level of fair compensation. It specifies that the level of fair compensation should take full account of the use of technological protection measures.

In addition, Article 5.2 (b) specifically requires that the application or non-application of technological measures shall be taken into account when considering fair compensation for private copying. The preamble specifies that the possibilities that technological measures leave for private copying as well as alternative remuneration systems available to the rights holders shall be taken into account when considering fair compensation.

These provisions show that there is a connection between the scope of copyright exemptions and the possibility of controlling use through technological measures. One of the open questions with regards to the relationship between fair compensation and technological measures is whether compensation schemes should provide incentives for applying technological measures.

In general, it seems like the following principles could be deduced from the incentives regime that the EUCD provides. Firstly, overlapping compensation schemes should be avoided, as there is no reason why copyright holders should be entitled to manifold compensation. Secondly, the cost of technological protection measures can be taken into account as a part of production costs, which can form the basis for fair compensation. Thirdly, the non-application of DRM systems shows that the rights holder has no intention of actively controlling or licensing use in a digital environment and therefore there is no reason to compensate him for use he wilfully grants free of charge. Of these alternatives, the first is the most undisputable. The second could be disputed as there is no real reason to include into pro-

duction costs factors that do not concern the production of works. The third could possibly be considered to be contrary to the principle that copyright protection may not be subject to registration. It seems plausible, however, that the principle could be applicable to non-commercial use or use for the public good.

As a general principle, neither rights holders nor users have a duty to apply DRM systems. However, some provisions may indirectly lead to this effect. For instance, compensation schemes where the non-application of DRM systems have detrimental effects on the compensation to the rights holder or the provision like the one in the Finnish Copyright Act § 11.5, which makes a lawful reproduction of a copy that has been unlawfully produced or made available to the public a copyright infringement, may favour DRM systems. On the other hand, a potential liability for copyright infringement for services that are not specifically exempted for liability (i.e. not subject to any safe-harbour clause), such as, for instance, Internet search engines or (where applicable) file-sharing services, may be considered an indirect duty on the user side to apply DRM systems in favour of the rights and interests of the rights holders.

A closer analysis of the provisions regarding service providers, especially Article 13 in the European e-commerce directive which regulates caching services, shows that in some cases service providers are obliged to take measures in order to preserve the interests of the rights holders. They may be required to make sure that the systems they use support certain standards.

The Napster case as well as subsequent case law in the US obliges file-sharing services to take active measures in order to prevent copyright infringements by their users. As a general principle, the duty to take measures in order to control use (and prevent copyright infringements) depends on the existence of a real possibility of controlling use and on the risk of copyright infringements. The more obvious the risk of mass scale copyright infringement and the higher the service providers' ability to control use, the clearer the obligation to take measures in order to control use is.

As a consequence of the technical evolution, the possibility of rights holders to control use themselves is increasing. One may therefore ask to what extent and in which cases there is still reason to oblige service providers to take measures in order to avoid infringements. This may or should depend on who profits from the use and who can avoid infringements at lesser costs. Sometimes that is the rights holder, not the service provider.

The current regulation of DRM within copyright law shows that the legislator has been well aware of the concerns on the part of copyright holders that they must have an opportunity to apply new business models in the digital environment. The risk of underuse of content has not been a concern for the legislator. Neither has a risk allocation that has become increasingly burdensome on the part of users and third parties.

## 5. The seven dimensions of DRM regulation

This thesis claims that the legislator has had an all too one-eyed approach towards DRM and its regulative implications. Digital rights management systems have primarily been seen as a means for rights holders to enforce copyrights and new business models in the digital environment. Instead, the regulation of DRM should be based on a thorough research of the legal dimensions of digital rights management. This thesis sets out to explore these dimensions and their regulative implications.

At least seven different legal dimensions can be distinguished. First, digital rights management can be seen as a means of enforcing copyright effectively through private means of enforcement. Private enforcement can be advocated as a viable alternative to public enforcement. Private enforcement can be considered an appropriate solution in face of the difficulty for public bodies to enforce copyrights in a global setting. Private parties also have a natural interest in taking action and are also often better equipped to monitor the market in order to track down infringers. In addition, there is no reason to take extensive public actions unless the infringement affects important societal interests.

However, there are certain dangers connected to private enforcement, one of them being that the rights holder will gain an increasing power to define the scope of the right. There is also a risk of either under-enforcement, due to a too low level of indemnification for copyright infringement, or over-enforcement in order to eliminate competitors or for financial gain due to too high indemnification levels.

The major problem with private enforcement in connection with DRM is that DRMs may exceed the scope of copyright, thereby unsettling the fragile copyright balance. Digital rights management systems are by their mere nature ill-equipped to enforce copyright (in a narrow sense) because of the discrepancy between the legal rights language and the technical rights language and because the legal notion of a work is not comparable to the digital objects which DRM systems govern. As copyright seems to be based on the assumption that works or copies of works cannot be controlled, and DRM systems actually reverse that assumption as to works or copies of works in digital format, one must conclude that it would be erroneous to claim that DRM systems merely enforce copyright.

Secondly, DRM systems and the legal protection of DRM systems may be seen as a response to the new business and communicational environment, i.e. the global digital world. The legal protection of DRM thus can be seen as a means to come to grips with new threats and business opportunities. Whereas traditionally copyright legislation tends to be based on existing business models, the legal protection of DRM systems was intended to form a framework for new business models. This new approach to the regulation of copyright may be problematic, as it is difficult to predict how the legislation will affect emerging business models and as it may be difficult to assess whether the new legislation will reach a proper balance between conflicting rights and interests. In particular, the effect of the extension of copyright to private and non-commercial use has gone far too unnoticed. This can be seen especially in the e-commerce clause of the EU CD, which leaves the question of the balance between rights holders and users to the markets.

Thirdly, the legal protection of DRM systems actually implies a new right besides the existing economic and moral rights of copyright. This right includes the right to prevent,

govern or monitor the use of works as applicable through DRM systems. This new right could probably most correctly be defined as a right based on possession, as it is about the freedom of the rights holder to establish and exercise control over works in digital format. The existing legal regulation of DRM usually refers to DRM as a mechanism for enforcing existing rights, not a new right as such or as an engine of new rights. Only if the dimension of DRM as a new right (or freedom) is acknowledged is there room to discuss appropriate ways to limit this right.

DRM systems may also be seen as a means for private regulation backed up by either private or public enforcement. By acknowledging the right to command an object through contractual or technical means, a private power to regulate the use of the object is introduced. In practice, rights holders have three overlapping and eligible ways to protect their interests: copyright law, contract or technological measures.

The difference between private and public regulation is not clear cut. Private regulation is usually possible within the scope provided by public regulation (law). Standards, specifications and customary rules can be seen as hybrids of private and public regulation. The degree of public governance and approval may vary.

The scope for private regulation within the copyright system depends to a large degree on whether copyright is perceived as a part of public information policy or whether its task merely is to correct a market failure (the free-riding problem). In addition, to the extent that private regulation can be enforced through private means, an autonomous area for private regulation is formed, the limitation of which needs to be specifically justified. The question of the space for private regulation through DRM is even more complicated as the legal protection of DRM in practice blurs the distinction between a right to possess the abstract work or the concrete copy or service in which the work is embodied or through which it is expressed. In practice the scope of private regulation boils down to the legal requirements of DRM systems, the limitations of the legal protection of digital rights management and the freedom of contract and the limits to that freedom.

Furthermore, DRM should be assessed from a data security perspective. The EUCD acknowledges that DRM has a central role to play as a means to assure a secure environment for interactive services. One could easily put it in more general terms and say that DRM is essential for secure e-commerce. However, the EUCD perspective on the data security features of DRM systems primarily seems to view the issue from a rights holder perspective; it is the security threats experienced by the rights holders that are to be combated, and there is a need to back up the security measures taken by rights holders in order to secure their (business) interests. The security interests experienced by consumers are not explicitly addressed and neither is DRM as a general security-enhancing tool. Whereas the EUCD and national legislation (at least within the Nordic countries) do not sufficiently recognise the data security interests of the users, there is no reason to ignore these interests.

The problem of defining an effective technical measure within the meaning of the EUCD could be assessed from a data security point of view. This would result in a requirement for technological protection measures to meet a data security test, the parameters of which can be derived from general data security requirements. First, one could allege that the effectiveness criteria of the EUCD does not aim at protecting measures achieving maximum protection, but is aimed at achieving an optimal data protection level, i.e. a level where the total costs of



protective measures as compared to the level of security gained and the costs of copyright infringement are at their lowest level. Secondly, one could define a data security optimising standard comparable to that of Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, where the parameters to be acknowledged would be that the costs and the intended technical effects should be in proportion with the type, value and rights connected to the work and the data security level that current technology may provide. These criteria in conjunction with a broader view of data security where also the interests of the users would be acknowledged could be helpful in defining a balanced legal policy for data security in the digital environment.

Yet another dimension of the legal regulation of DRM is the one of the regulation of the common internal market for DRM goods and services. The EU CD does not sufficiently consider the problems that the emergent market for DRM goods and services will meet due to differing standards for the legal protection of DRM systems in different member countries. An additional problem to be addressed is the adverse effect the prohibition on circumventing technological measures may have on data security research and testing, which then again will affect the development of DRM services and goods. Yet another problem is the possible twofold effect DRM standards may have on the common market, on one hand stabilising the markets and on the other hand stifling the development of new technologies.

A last dimension to be acknowledged is that of the dynamic effect of the legal protection of DRM systems on copyright as a legal institute. This means that the legal protection of DRM systems affects the inner logic of copyright. As the copyright system is a dynamic whole, a change in one part of the system provokes a reaction (or a series of reactions) in other parts of the system. This thesis claims that the legal protection of DRM systems changes many important basic presumptions of the copyright system, such as that of the distinction between the (material) copy of the work and the work itself, which tends to alienate copyright from competition law and bring it closer to property law thinking.

Even though the EU CD does not by and large consider the dynamic effect of the legal protection of DRM systems, some of these effects have not gone unnoticed. The EU CD seems to anticipate that DRM systems may affect copyright levy systems and the position of collective societies. The levy system was primarily introduced because of the insurmountable transaction costs and adverse effects on socially beneficial use that voluntary licensing would cause. As DRM systems make it possible for copyright holders to control use, one may question whether there is reason to compensate rights holders even in those instances where they choose not to prevent copying. Similarly, DRM systems may change the possibility for individual licensing without collective societies even for mass use. This could be claimed to be even a preferable evolution, as collective societies function as a cartel, preventing competition between authors. This in turn raises the price level to the detriment of users and consumers. Thus, the need of and functions of collective societies may change as a result of the availability of DRM systems.

## 6. Towards a more balanced regulation of DRM

DRM systems and the legal protection of technological measures and rights management information is à priori offering rights holders a control power incomparable to that of the traditional copyright paradigm. The possibility to govern use causes a paradigm shift, as the need for copyright initially was based on the inability to control use once a work has been published. The evolution of DRM systems has resulted in trusted systems where the work never exits the secure environment. The possibility of abolishing the analogue hole has a paradigmatic effect, as the analogue hole has been referred to as the ultimate safeguard and guarantee of the freedom of expression and communication.

In view of the increasing power of rights holders to control the access to and use of copyrighted works through DRM, contracts and law, those worrying that the legal protection of DRM may alter the delicate copyright balance have been looking for means to restore that balance. One of the most obvious suggestions is that a narrow interpretation of the legal protection of DRM systems or other legal measures could be tailored in order to adjust the legal protection of DRM systems to the legal protection of copyright. This approach is unworkable, as it is as difficult to tailor DRM systems to fit the mould of copyright as it is to tailor automatic decision-making systems to follow the complex logic of the legal system in general. In addition, such an approach ignores the explicit intention of making it possible to introduce new business models.

Another common solution enacted in practice, for instance in the US, is the right to hack. The right to hack can be defined as a back door and a measure comparable to the fair use defence. The DMCA provides different means for safeguarding the copyright balance. First, according to the DMCA, nothing in the legal protection of DRM shall affect the application of copyright, including fair use. Furthermore, the DMCA distinguishes between circumvention of access protection and circumvention of a technological measure, where only the former is illegal. In addition, there are statutory exemptions from liability for certain acts of circumvention, which are either implemented through statutory defences or a rulemaking procedure by the Library of Congress. Nevertheless, and as many commentators have pointed out, the right to hack is impractical, as the right to hack generally speaking remains academic as long as all services and goods for circumvention are prohibited and as access protection and other technological measures are converging.

The right to hack is a solution which seems to have been rejected by the European legislator, who instead tried to introduce legal limitations of the protection of DRM by establishing that certain copyright limitations have to be safeguarded in the face of DRM. The European approach can be said to fail for a few different reasons. First, the copyright limitations are not per se obligatory, and therefore the national legislator is not commanded to enact them. Secondly, the introduction of the e-commerce clause in Article 6 (4) of the EU CD undermines the intention to safeguard certain user rights. Thirdly, even though users may in principle be allowed to take action, the commercial value of the user's interest is in most cases probably so small that it does not pay to take action.

The inefficiency of the European legislator's attempt to safeguard the interests of users and the inefficiency of the American model which enacts a right to hack have caused commentators to conclude that a, or possibly the only practical solution, would be to enact positive

and obligatory user rights. However, there is no common opinion as to which user rights need to be safeguarded.

Yet another more technology-oriented solution that has been suggested is the “fair use by design” approach, which would imply a legal obligation to make fair use possible through technological means. For instance, DRM systems that do not include cryptographic or other active preventive measures could be regarded as fulfilling this requirement. Therefore, DRM systems allowing fair use would primarily be based on passive surveillance. The fair use by design approach could also mean that there should be an automatic evaluation of fair use in each case in which a user sends a request for use which is contradictory to the DRM system enacted. The latter kind of fair use by design systems could probably be rejected on the basis of the impossibility of automatic systems to be able to make legal decisions. In addition, it would be impossible to make DRM systems that take into consideration different fair use standards in different countries.

Some commentators think that consumer protection is sufficient to protect the interests of the users, and therefore no additional measures are needed. However, consumer protection legislation only concerns consumer relations, i.e. business-to-consumer relations. Thereby consumer-to-consumer relations and business-to-business relations are left outside its scope.

Two final solutions have been presented in the legal doctrine. One is to look upon DRM as an opt-out system, whereby a rights holder totally opts out of the copyright system. The other is to prohibit DRM systems. The first of these solutions usually relies on a liberalist theory, preferring private ordering above public regulation. According to this theory, DRM systems correct the market failure which has given cause to copyright, therefore making copyright unnecessary. The second solution bears an opposite view, regarding DRM as an unjustified property rights construction and suggesting instead alternative remuneration systems as an alternative to the legal protection of DRM.

The reconstruction of a more balanced regulative model of DRM takes as its starting point the possible positive features of DRM for both rights holders’ and users’ interests. It also needs to consider all the different dimensions of DRM and the global environment of today.

A positive and balanced regulation of DRM should take as its starting point the features promoting the free flow of information. DRM measures should be enacted in order to increase legal security. The integrity of copyrighted works is important for both rights holders and users. The possibility of adding rights management information as well as imposing conditions for use can increase legal certainty to the benefit of both users and rights holders.

In view of the increasing ability of rights holders to take measures in order to preserve their interest and as almost any use of a work implies a copyright infringement in the digital environment, there seems to be no reason why rights holders would not be required to take a more active role in preserving their interests. It might be time to put copyright more in line with other intellectual property rights, where registration and payment of a registration fee is a requirement to gain the rights. I do not suggest that registration should be a prerequisite for receiving copyright protection, but I do suggest that rights holders could lose their right to receive compensation for the use of copyrighted works in certain instances as a consequence of their failure to add rights management information to their works. Thus an extensive

freedom to govern copyrighted works through DRM systems would be compensated by an enlarged freedom of use.

An extensive freedom to apply DRM systems is justified as a means to create appropriate incentives in a dynamic market. At the same time, this is not a balanced approach, unless there is a concrete benefit to the users. This benefit should be in the form of a legally protected freedom to use works at least for non-commercial uses and at least in those instances where it would have been possible to apply DRM systems. The acknowledgement of an extensive freedom of use for at least non-commercial purposes as a prerequisite for the acknowledgement of an extensive freedom to apply DRM systems is the core of the regulative model proposed here.

There is also reason to advocate the successive abolishment of separate remuneration systems such as the copyright levy and instead favour free markets. Levy systems do not seem to give accurate incentives and may instead bolster the production and circulation (for instance spamming) of useless content as a means to fulfil the requirement for receiving such remuneration.

One of the most obvious objections to an extensive freedom to apply DRM systems is that rights holders could lock in or prohibit use that is socially beneficial and that today in many instances falls within the scope of a copyright limitation. An obvious answer to such concerns is to point out that already today the e-commerce clause of the EU CD makes it possible for rights holders to deny use that falls within the scope of a copyright limitation. In addition, not even today do users have a protected right to gain access to copyrighted works. Furthermore, it can be assumed that most rights holders do not as such have incentives to lock in their content but to make it available on the markets.

Furthermore, existing or evolving doctrines may limit the control power of the rights holder. First, the general invalidity rules in contract law as well as consumer protection law may be applicable. Second, the doctrine of misuse or abuse of rights may be applicable. Third, the prohibition of illegal self-help based on criminal law provisions or tort law may limit the rights of copyright holders to take action. In addition, interoperability requirements and the freedom of technological evolution may have at least an indirect effect on the control power of the rights holder. Lastly, the guarantee of certain copyright limitations provided in the EU CD may to a certain extent limit the control power of the rights holder.

Today, the user bears all the risks even in those cases where the user has purely non-commercial interests. It can be noted that in accordance with Finnish law, one may be sentenced to up to two years in prison for copyright infringement, even in cases where the user has had no commercial interests. In addition, third parties may increasingly be required to take positive action in order to safeguard the interests of the rights holders. The current risk allocation seems unfair and may cause under-use (i.e. a socially non-optimal level of use) of content. The regulative model suggested here partly shifts the current risk allocation, thereby making the risk allocation more balanced and reducing the risk of under-use.

# SAKLISTA

access right, *se åtkomsträtt*

analoga hålet 102, 103, 112-113, 123, 127, 132, 172, 275

användarrättigheter 96, 109, 123, 142, 166, 177, 187-188, 193, 256, 258, 277, 284-286, 309

autenticitet 72, 85, 94, 130, 141

avtalslicens 46, 62, 79-82, 138, 140-141, 183, 186, 202, 204-205, 210, 213, 245, 270-271, 302-303

cachelagring, *se cachning*

cachning 214-216, 219-221, 225, 233, 235, 262, 275, 338

CC-licenser 82, 87, 218

censur 42, 44, 64, 71-72, 74, 257, 320

chikan 191, 281, 305-310, 325

copyright-märkning 73, 323

datasäkerhet 83, 86-87, 94, 100, 110, 120, 161, 166, 188, 194, 221, 240, 258-267, 279, 286, 312, 315

dematerialisering 70

demokratiska funktion, upphovsrättens 40-41, 46, 51-53, 276, 291

digitala objekt 3, 17, 90, 92, 94, 99-102, 104, 109-110, 117, 122, 129, 140, 231, 242, 279, 293, 299

digitala vattenstämplar 3, 85-85, 94-95, 104, 112, 114, 116, 152, 227

DOI 90-91

effektivitet, teknisk åtgärds 2, 11, 123-124, 143-145, 147-152, 157, 192, 197, 200, 232-235, 262-263, 279, 282, 312

egenhandsrätt 169-170, 242, 252, 265, 310, 324

e-handelsklausul 11-12, 145, 172-176, 180-181, 188-189, 195, 234, 246, 277, 280, 284-285, 303, 315, 325

ersättningssystem, alternativa 77-81, 196-204, 235, 245, 302-303, 320-321, 326

essential facilities-doktrin 58

expansion, upphovsrättens 17, 21, 32, 49, 62, 70, 75, 97, 110, 124-125, 246, 268, 273, 280, 291, 298, 324

exploateringsregim 70

externaliteter 49, 57, 175, 324-325

fieldelning 87, 97, 129, 210, 230, 317-321

filtreringssystem 225

förfogandefrihet 149, 322, 324

gemensamma informationsområdet 5, 9, 17, 28, 34, 290  
governance 3, 6, 25, 34, 69-70, 273, 289, 327-328, 330-332, 335, 340

handlingsfrihet 33, 149, 250, 263, 290-292, 304  
hyperlänkar, *se länkning*

icke-kommersiell användning 27, 55, 57, 60, 84, 127, 137, 205, 207, 210, 213, 217-218, 233, 235, 246-247, 282, 291, 297-298, 301-303, 316-319, 321, 324-326  
idé-uttryck-dikotomin 40-41, 45-46, 53, 56, 58-60, 64, 99-101, 168, 291, 300-301  
individuell licensering 12, 80, 118-119, 141, 201, 205, 207, 234, 244-245, 270-271, 326  
information gällande rättighetsförvaltning 3, 9, 11-12, 103, 130, 142, 145-146, 151-153, 158, 192, 203, 207, 221-222, 228, 231, 235, 241, 243, 245, 248, 255, 259, 261, 265, 268, 274-276  
informationens fria rörlighet 5, 8, 16-17, 33, 36, 39-47, 54, 57, 63-66, 290, 293, 296, 306, 321-322, 324, 326  
informationsprocess 22, 31, 41, 52, 57-60, 65, 207, 291, 322  
informationsrätt 4-5, 13, 15, 17-18, 23, 26-36, 39, 41, 65, 111, 115, 127, 136, 176-177, 193, 247, 256, 258, 277, 290, 292, 308  
informationsrättigheter (grundläggande rättigheter till information) 31-34, 61, 65, 132-133, 296-297  
informationssamhällets tjänst 155, 156, 173-175, 219  
innehållsproducenter 55-56, 115, 138, 140-141, 145, 217, 231, 243, 313  
interoperabilitet, *se samverkansförmåga*  
IT-rätt 21-24

kassettavgift, *se ersättningsystem*  
kollektiv licensering 12, 74-82, 119, 202, 207, 244, 269-271, 326  
kommersiellt nyttjande 21, 57, 60, 77, 137-139, 301-302  
kommunikationens materialisering 69  
konkurrensrätt 20, 28-30, 57-58, 63-65, 119, 124, 127, 141, 241, 244, 267, 269, 306  
konstens frihet 53, 301  
konsumtionsprincipen 99-100, 254, 306  
konvergens 28, 35, 87, 104, 145, 147, 283  
kopieringsskydd 2, 9-10, 44, 66, 70, 83-88, 95, 101, 111, 123, 126, 142, 145, 147, 150-151, 162, 165-166, 168, 172, 201, 222-223, 242, 245, 251, 264, 275-276, 280, 314-315  
kryptografi, *se kryptering*  
kryptografisk forskning 178, 190, 194, 232, 234, 278, 313-315  
kryptering 3, 84, 94-95, 105, 144, 147, 152, 154, 160-161, 163, 168-169, 194, 216, 262, 278, 289, 323  
kulturell mångfald 52, 54-55, 276, 291, 322

levy, *se ersättningsystem*  
länkar, *se länkning*  
länkning 98, 146, 168-169, 206, 214-216, 221, 228, 250



massnyttjande 137-138, 141, 207, 217  
missbruk av dominerande ställning 180, 306  
MPEG-21 90, 92-93, 96

netikett 271, 274  
nätverkseffekter 56, 244-255

offentlighetsprincipen 31, 34, 40, 43, 50, 65, 305  
offentligt framförande 74-75, 78, 102, 103, 127, 183, 215, 255, 270, 295, 320, 324  
ODRL 93, 105  
OMA 93  
open source 39, 82, 93, 96, 218, 226, 235, 288, 318

piratism 11, 78, 83-86, 93, 97, 164, 245-246, 285  
polarisering, upphovsrättens 19-21  
private ordering, *se privatreglering*  
privatkopiering 10, 12, 78-80, 83-84, 86-87, 108, 124, 171, 196-203, 232-234, 245, 268-269, 276, 302, 314  
privatreglering 70, 239, 249-258, 275, 296, 297, 308  
proportionalitetsprincipen 177, 178, 190, 191, 194, 212, 213, 232, 278, 281, 310

regelomvandling 73  
registrering 58, 71-74, 91-92, 115, 174, 258-259, 227, 294-295, 298, 305, 326  
rimlig kompensation 196-208, 217, 268  
riskbärningsförmåga 209, 212, 229  
riskfördelning 7, 61, 115, 136, 141, 195-231, 235-236, 263, 268, 291, 297, 299, 316-317  
rättigheters fragmentering 57, 61  
rättighetsförvaltning 3, 71, 74-77, 87, 89-90, 95-96, 118, 141, 152, 219, 240-241, 250, 254, 261, 166, 269-271  
rättsinformatik 21-24  
rättsprincip 15-16, 125, 178, 281, 306  
rättsmissbruk, *se chikan*

samhällsomfattande tjänst 29, 34, 222-223  
sampling 209, 299, 301, 329  
samverkansförmåga 92-93, 96, 110-112, 141, 147, 160-162, 164, 178, 188, 190, 193-194, 265, 276, 278-279, 308, 312-313, 316, 325  
sekretess 3, 39, 43, 259  
självhjälpsystem 2, 88, 110, 117, 119-121, 132, 176, 242, 251-252, 265, 275, 282, 291  
slutanvändare 85, 92, 95, 101, 112, 117-119, 121, 139-142, 145, 149, 153, 201, 256, 279, 287, 293-294, 417  
steganografi 84-86, 94-95, 117, 152, 154, 194, 313  
substitut, substitutbarhet 45, 58, 198, 230, 289, 302  
systemisk balans 47, 62, 321

säker användningsmiljö (trusted systems) 294, 313  
säkerställande 10, 25, 45, 69-70, 76-77, 83, 92, 107, 113-115, 128-129, 145, 175, 199, 205-206, 218-219, 234, 241-242, 245-246, 249-258, 267, 269, 277-278, 280, 300, 311  
sökmaskiner, *se söktjänster*  
sökmotor, *se söktjänster*  
söktjänster 91, 144, 116, 129, 214-216, 221-222, 225, 250, 293

teknologisk självhjälp, *se självhjälpsystem*  
transaktionskostnader 60, 61, 73, 76, 77, 141, 198, 199, 204, 205, 207, 209, 241, 269, 270, 321, 326  
tvångslicens 58, 59, 62, 79-82, 140, 204, 216, 271, 302, 326  
tvärförtolkning 63, 65

underutnyttjande 61, 73, 217-218, 235, 294, 321, 324  
upphovsrättsorganisationer 17, 30, 62, 75-76, 80-82, 90, 95, 116, 119, 124, 138, 201, 204, 210, 224-225, 243-245, 247, 261, 269-271, 295, 320

vilje-elementet 63  
villkorad tillgång 136, 148, 155-157, 164, 223

yttrandefrihet 31-33, 39, 44, 45, 50, 53, 63-65, 150, 159, 163-164, 167-168, 172, 252, 253, 256-258, 290, 305, 306, 309

återanvändning 56, 92, 300, 301  
åtkomstkontroll 84, 144-145, 147-150, 156-169, 175, 191-192, 262, 275-276, 279-283  
åtkomstskydd, *se åtkomstkontroll*  
åtkomsträtt 35, 84, 109-110, 248-249, 303-304

överföring till allmänheten 3, 53, 99, 215, 255, 262, 313  
övergivna verk 105