

# Tillfälliga framställningar av exemplar och rättsligt skydd för åtkomstspärrar i digital miljö

JOHAN AXHAMN

## Inledning

Utvecklingen av den digitala tekniken – särskilt globala nätverk såsom Internet – har haft en djupgående inverkan på möjligheten att utnyttja upphovsrättsligt skyddat material. Tekniken gör det till exempel möjligt att enkelt och snabbt skapa digitala kopior av skyddat material som är av samma, eller nästan samma, kvalitet som originalet. Kopiorna kan sedan överföras till andra.<sup>1</sup> Från rättsvetenskapligt<sup>2</sup> perspektiv är en viktig fråga hur de utmaningar som den digitala tekniken har lett till bör bemötas.<sup>3</sup>

För att kunna kontrollera utnyttjanden av upphovsrättsligt skyddat material i digital miljö har rättighetshavarna utvecklat s.k. tekniska åtgärder.<sup>4</sup> I praktiken handlar det om olika typer av spärrar som hindrar åtkomst till eller kopiering av sådant material. Sådana spärrar har den dubbla funktionen att dels förhindra otillåtna förfoganden och därmed förhindra piratkopiering,<sup>5</sup> dels ligga till grund för nya affärsmodeller som baseras på åtkomst till verksamhetsinnehåll, till exempel ”pay per view” eller ”pay per use”.<sup>6</sup> I dessa senare situationer har en teknisk åtgärd primärt till syfte att hindra ickebetalande konsumenterna från att få tillgång till materialet eller tjänsten.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Prop. 2004/05:110 s. 285.

<sup>2</sup> Se Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?* (2009).

<sup>3</sup> Rosén i NIR 2006 s. 10 och Bruun i *Festskrift till Ulf Bernitz (NIR)* s. 9.

<sup>4</sup> Jag har valt att ansluta mig till den terminologi som används i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället och använder därför uttrycket ”tekniska åtgärder” istället för det något mer precisa uttrycket ”tekniska skyddsåtgärder”. Jfr Westman i NIR 2002 s. 226.

<sup>5</sup> Prop. 2004/05:110 s. 289.

<sup>6</sup> Westman i NIR 2002 s. 243 ff.

<sup>7</sup> Ricketson & Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights* (2006), avsnitt 15.13.

Eftersom det kan vara möjligt att kringgå en teknisk åtgärd har det ansetts nödvändigt att ge rättighetshavarna ett *rättsligt* skydd mot sådant kringgående.<sup>8</sup> Bestämmelser härom finns i svensk rätt i 52 b–f §§ lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen, URL).<sup>9</sup> Bestämmelserna infördes den 1 juli 2005 i samband med genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informations-samhället, vars artikel 6 innehåller de bestämmelser som legat till grund för den svenska regleringen. Bestämmelserna i direktivet bygger på bestämmelser i två internationella fördrag som antogs av FN:s organ för immaterialrätt, World Intellectual Property Organisation (WIPO) i december 1996: artikel 11 i WIPO-fördraget om upphovsrätt (WIPO Copyright Treaty, WCT) och artikel 18 i WIPO-fördraget om framföranden och fonogram (WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT).<sup>10</sup>

En uppmärksam och kontroversiell fråga är om det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder bör omfatta förfoganden som traditionellt inte ingår i de upphovsrättsliga ensamrätterna, t.ex. användning av ett verk genom att *se* eller *lyssna* på det. Frågan tar sin utgångspunkt i att sådan användning av ett verk traditionellt (i analog miljö) inte omfattas av den upphovsrättsliga ensamrätten, men att sådan användning i digital miljö med automatik innebär ett upphovsrättsligt relevant förfogande i form av framställning av tillfälliga exemplar.

I en analog miljö tar ensamrätten att framställa exemplar av verket och rätten att göra det tillgängligt för allmänheten inte sikte på den enskilde användarens konsumtion av verket, utan på skilda förberedande åtgärder som historiskt sett ansetts nödvändiga för att konsumtion ska kunna ske. Att

<sup>8</sup> Dreier & Hugenholtz, Concise European Copyright Law s. 111; Walter & von Lewinski, European Copyright Law – A Commentary, avsnitt 11.6.2; Eechoud et al., Harmonizing European Copyright Law s. 132; von Lewinski, International Copyright Law and Policy, avsnitt 17.93; och prop. 2004/05:110 s. 285.

<sup>9</sup> Bestämmelserna är tillämpliga även på de närstående rättigheterna (52 h § URL). I den fortsatta framställningen avses med begreppet ”verk” även prestationer skyddade som närstående rättigheter.

<sup>10</sup> Införandet av bestämmelser om rättsligt skydd för tekniska åtgärder i WIPO-fördragen innebar en rättslig nyskapelse, eftersom sådana bestämmelser i stor utsträckning var okända dessförinnan, såväl internationellt som nationellt. Se härom von Lewinski, International Copyright Law and Policy, avsnitt 17.91; Walter & von Lewinski, European Copyright Law – A Commentary, avsnitt 11.6.1; Dreier & Hugenholtz, Concise European Copyright Law s. 111 och Eechoud et al., Harmonizing European Copyright Law s. 136 ff.

läsa en bok eller titta på en bild innebär således inget upphovsrättsligt förfogande.<sup>11</sup> I en digital miljö är situationen en annan, eftersom varje användning av verk innebär att det uppstår tillfälliga exemplarframställningar. Det kan ske såväl i de servrar och routrar som tas i anspråk vid överföring av verket via Internet som i arbetsminnet på enskildas datorer vid t.ex. webbsurfning, bildskärmsvisning eller uppspelning av ett verk i en dator.<sup>12</sup>

Om det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder tillåts omfatta även möjligheten att se eller lyssna på verket, ges en rättslig uppbackning av tekniska skydd som hindrar *åtkomst* eller *access* till det. I digital miljö är det således möjligt att tala om en *accessrätt*, dvs. en ensamrätt att besluta om vem som ska få åtkomst till det upphovsrättsligt skyddade materialet.<sup>13</sup> Ett sådant skydd kan ligga till grund för utvecklingen av nya affärsmodeller; ovan har nämnts exempelvis ”pay per view” eller ”pay per use”. Samtidigt leder en sådan utveckling till att den upphovsrättsliga intressebalansen mellan rättighetshavare och motstående allmänna och enskilda intressen sätts ur spel.<sup>14</sup>

Frågan uppmärksammades vid genomförandet med svensk rätt av direktiv 2001/29/EG. Enligt en särskild undantagsbestämmelse föreskrivs att förbudet mot kringgående av tekniska åtgärder inte gäller när ”någon som lovligt har tillgång till ett exemplar av ett upphovsrättsligt skyddat verk kringgår en teknisk åtgärd för att kunna se eller lyssna på verket” (52 d § andra stycket URL). Denna artikel avser att analysera omfånget och förenligheten av nämnda undantag med de normer som uppställs i direktiv 2001/29/EG och WIPO-fördragen. Först behandlas de normer som uppställs i WIPO-fördragen och direktiv 2001/29/EG. I ljuset av dem analyseras därefter den svenska regleringen. Avslutningsvis följer en diskussion med slutsatser.

<sup>11</sup> Westman i NIR 2002 s. 228 ff.; Westman i NIR 2003 s. 565; prop. 2004/05:110 s. 95 och Ricketson & Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights*, avsnitt 11.27, 11.69–11.71 och 15.15.

<sup>12</sup> Prop. 2004/05:110 s. 93; von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, avsnitt 17.52 och Olsson, *Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar*, 3 uppl. (2009), s. 122.

<sup>13</sup> Westman i NIR 2003 s. 564 ff.

<sup>14</sup> Westman i NIR 2002 s. 226 ff.; Ricketson & Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights*, avsnitt 15.15; Walter & von Lewinski, *European Copyright Law – A Commentary*, avsnitt 11.6.10; Echoud et al., *Harmonizing European Copyright Law* s. 162 ff. och Dreier & Hugenholtz, *Concise European Copyright Law* s. 111 ff.

## Bestämmelser om rättsligt skydd för tekniska åtgärder enligt WIPO-fördragen

Enligt artikel 11 i WCT förbinder sig fördragsparterna att tillhandahålla ”ett tillfredsställande rättsligt skydd och effektiva möjligheter att vidta rättsliga åtgärder mot kringgående av sådana effektiva tekniska åtgärder som upphovsmän använder i anslutning till utövandet av sina rättigheter” enligt WCT eller Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (BK) och som ”begränsar möjligheten till sådana åtgärder med avseende på deras verk, vilka inte har medgivits av upphovsmännen eller är tillåtna enligt lag.” En bestämmelse med motsvarande innehåll för utövande konstnärer och fonogramframställare ges i artikel 18 WPPT.

Omfattningen av de åtaganden som fördragsbestämmelserna föreskriver är oklar. Viss doktrin bedömer att bestämmelserna lämnas ett stort skön åt fördragslutande parterna i fråga om den närmare utformningen av skyddet, till exempel om förbud mot kringgående av tekniska åtgärder eller indirekt skydd i form av hantering av anordningar för kringgående – eller om det ställs krav på att tillhandahålla båda typer av skydd.<sup>15</sup> Vad gäller förbud mot kringgående av tekniska åtgärder anförs till exempel att fördragen uppställer krav endast på skydd mot upphovsrättsligt relevanta handlingar och att åtkomstspärrar (ens i digital miljö) inte omfattas av detta begrepp.<sup>16</sup> Annan doktrin anför att fördragen kräver skydd även för åtkomstspärrar och det oavsett om åtkomst till ett verk i digital miljö innebär ett upphovsrättsligt relevant förfogande eller inte.<sup>17</sup>

När det gäller skydd för upphovsrättsligt relevanta handlingar torde loken ”åtgärder ... i anslutning till utövandet av sina rättigheter enligt detta fördrag eller Bernkonventionen” i artikel 11 WCT innebära krav på att det rättsliga skyddet måste omfatta förbud mot kringgående av tekniska åtgärder som avser de upphovsrättsligt relevanta handlingar som regleras i BK och WCT. Det skulle i så fall (beträffande verk) uppställas ett krav på att skydda kringgående av spärrar som skyddar mångfaldigande, bearbetning, spridning (inklusive uthyrning), överföring till allmänheten och offentligt framförande

<sup>15</sup> Eechoud et al., *Harmonizing European Copyright Law* s. 136 ff.

<sup>16</sup> *Op. cit.* s. 138 och Dreier & Hugenholz, *Concise European Copyright Law* s. 111 ff.

<sup>17</sup> Walter & von Lewinski, *European Copyright Law – A Commentary*, avsnitt 11.6.10; Ricketson & Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights*, avsnitt 15.13–15.16 och von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, avsnitt 17.96.

och namngivelserätten och respekträtten.<sup>18</sup> Uppräkningen ger dock inget svar på frågan om WIPO-fördragen uppställer ett krav på att skydda även åtkomstspärrar. Som nämns ovan förutsätter åtkomst till ett verk i digital miljö att tillfälliga exemplar av verket framställs. Om sådana tillfälliga exemplar är att anse som upphovsrättsligt relevanta, måste det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder avse även sådana tillfälliga exemplarframställningar. Det råder dock oenighet inom doktrinen om de internationella fördragen fordrar att framställningen av tillfälliga exemplar ingår i den upphovsrättsliga ensamrätten.

Artikel 9 i BK anger att ”upphovsmän till litterära och konstnärliga verk ... äger uteslutande rätt att låta mångfaldiga dessa verk på vad sätt eller i vilken form det vara må.” Artikel 1.4 WCT föreskriver att fördragsparterna ska följa bestämmelserna i artiklarna 1–21 och bihanget till BK. I ett s.k. gemensamt uttalande om artikel 1.4 anges att rätten till mångfaldigande enligt artikel 9 i BK ”äger full tillämpning också i den digitala omgivningen, särskilt med avseende på utnyttjande av verk i digital form. Lagring av ett skyddat verk i digital form i ett elektroniskt medium ska förstås så att det utgör ett mångfaldigande enligt artikel 9 i BK.” Uttalandet ger dock inte tydligt besked om tillfälliga former av mångfaldiganden är upphovsrättsligt relevanta, eftersom det lämnar öppet vad som ska förstås med begreppet ”lagring”, dvs. om även tillfälliga former av mångfaldiganden inbegrips i ensamrätten. Klart är dock att WCT, som utgör en s.k. särskild överenskommelse i enlighet med artikel 20 i BK, inte med bindande verkan kan föreskriva begränsningar i de förpliktelser som följer av BK.<sup>19</sup>

Eftersom varken BK eller WCT uppställer något uttryckligt krav på att tillfälliga former av exemplarframställningar ska ingå i ensamrätten, kan inte heller något tydligt krav på att skydda tekniska åtgärder avseende åtkomst till verk i digital miljö baseras på omfattningen av ensamrätten. Enligt ledande doktrin följer det dock av formuleringen ”i anslutning till” (utövandet av sina rättigheter enligt WCT eller BK) att tekniska åtgärder bör ges skydd även om de (endast) *indirekt* tar sikte på upphovsrättsligt relevanta förfoganden. Resonemanget är att åtkomsten till ett verk är en förutsättning för att

<sup>18</sup> Ricketson & Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights*, avsnitt 15.13 och Dreier & Hugenholtz, *Concise European Copyright Law* s. 111 f. Se artiklarna 6*bis*, 9, 12, 11, 11*bis*, 11*ter*, 14 och 14*bis* i BK och artiklarna 6 och 8 i WCT.

<sup>19</sup> Ricketson & Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights*, avsnitt 11.26–11.27, 11.69–11.75 och 19.56 och von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, avsnitt 5.118 och 17.52–17.58. Se även Axhamn i NIR 2010 s. 352.

kunna använda det – t.ex. genom att se eller lyssna på det – och att lokutionen ”i anslutning till” avser att omfatta även ”närliggande” förfoganden som inte nödvändigtvis är upphovsrättsligt relevanta i strikt mening. Enligt det synsättet uppställer WCT således ett krav på att skydda även åtkomstspärrar.<sup>20</sup>

Den ledande doktrinen är enig om att lokutionen ”åtgärder med avseende på deras verk, vilka ... är tillåtna enligt lag” innebär att WIPO-fördragen inte uppställer något krav på att prioritet måste ges åt rättsligt skydd för tekniska åtgärder över inskränkningar i det upphovsrättsliga skyddet. I den utsträckning som tekniska åtgärder hindrar förfoganden som omfattas av en tillåten inskränkning i ensamrätten tillåts alltså de fördragslutande parterna att ge prioritet åt inskränkningarna, t.ex. genom att göra det möjligt (för en användare) att kringgå det tekniska skyddet.<sup>21</sup> Fördragen uppställer dock endast en miniminivå utöver vilken de anslutande parterna kan reglera mer omfattande skydd för tekniska åtgärder.<sup>22</sup>

Sammanfattningsvis gäller alltså att WIPO-fördragen är oklara till sin innebörd i fråga om vilken typ av skydd som bör ges mot kringgående av tekniska åtgärder. Ett sådant måste dock avse åtminstone upphovsrättsligt relevanta handlingar. Vad gäller åtkomstspärrar talar mycket för att fördragen uppställer ett krav på förbud mot kringgående, åtminstone om åtkomst till ett verk i digital miljö anses vara ett upphovsrättsligt relevant förfogande. Det är osäkert om ensamrätten till exemplarframställning enligt BK och WCT omfattar sådana tillfälliga framställningar som uppstår vid åtkomst till verk i digital miljö. Fördragen uppställer dock inget krav på att parterna ger prioritet åt rättsligt skydd mot kringgående av tekniska åtgärder över inskränkningar i det upphovsrättsliga skyddet.

<sup>20</sup> Ricketson & Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights*, avsnitt 15.16 och von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, avsnitt 17.96.

<sup>21</sup> Ricketson & Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights*, avsnitt 15.18 och Dreier & Hugenholtz, *Concise European Copyright Law* s. 112.

<sup>22</sup> Walter & von Lewinski, *European Copyright Law – A Commentary*, avsnitt 11.6.10 och von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, avsnitt 17.96. Jfr dock Echoud et al., *Harmonizing European Copyright Law* s. 152 ff., som inte utgår från att bestämmelserna om rättsligt skydd för tekniska åtgärder i WIPO-fördragen är minimiskydd.

## Bestämmelser om rättsligt skydd för tekniska åtgärder enligt direktiv 2001/29/EG

Bestämmelsen i artikel 6 i direktiv 2001/29/EG syftar primärt till att genomföra artikel 11 WCT och 18 WPPT, men går längre i skyddet av tekniska åtgärder. Artikel 6 var en av de mest kontroversiella under förhandlingarna av direktivet, framför allt eftersom den reglerar förhållandet mellan rättsligt skydd för tekniska åtgärder och förfoganden som inte omfattas av upphovsrättsligt skydd, t.ex. förfoganden som omfattas av en inskränkning i det upphovsrättsliga skyddet.<sup>23</sup>

Enligt artikel 6.1 ska medlemsstaterna ge tillfredställande rättsligt skydd mot kringgående av *effektiva* tekniska åtgärder om personen som utför kringgåendet känner till eller har skäligen anledning att anta att han eller hon utför en sådan handling. I artikel 6.3 finns en definition av teknisk åtgärd, varmed avses ”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 II i direktiv 96/9/EG.” I den juridiska litteraturen har formuleringen ”varje teknik, anordning eller komponent” ansetts referera till datorprogram eller annan mjuk- eller hårdvara, oavsett om de är självständiga eller del av en större enhet.<sup>24</sup>

I samma bestämmelse anges att tekniska åtgärder ska 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.” Något krav på att åtgärden ska vara omöjlig att kringgå uppställs inte, eftersom i sådant fall reglerna om rättsligt skydd inte skulle behövas.

Samtidigt får en teknisk åtgärd inte vara alltför enkelt utformad, utan måste fylla en reell funktion. En teknisk åtgärd som utan större besvär kan kringgås åtnjuter alltså inte rättsligt skydd.<sup>25</sup> Med andra ord måste en teknisk åtgärd ha effekt i åtminstone någon utsträckning för att få rättsligt skydd.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Eechoud et al., *Harmonizing European Copyright Law* s. 152 ff.

<sup>24</sup> Walter & von Lewinski, *European Copyright Law – A Commentary*, avsnitt 11.6.3.

<sup>25</sup> Op. cit. avsnitt 11.6.6.

<sup>26</sup> Se härom t.ex. op. cit. avsnitt 11.6.6; Dreier & Hugenholtz, *Concise European Copyright Law* s. 112 f.; von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, avsnitt 17.95.

Från det skydd mot kringgående av tekniska åtgärder som följer av artikel 6.1 och 6.3 finns i artikel 6.4 ett antal undantagsbestämmelser enligt vilka medlemsstaterna under vissa förutsättningar ska eller får ge prioritet åt upphovsrättsliga inskränkningar framför rättsligt skydd för tekniska åtgärder. Till exempel får medlemsstaterna under vissa förutsättningar ge prioritet åt inskränkningen för kopiering för privat bruk. Det är dock inte förenligt med direktivet att låta en person som äger rätt till nyttjande enligt en inskränkingsbestämmelse att själv kringgå en teknisk åtgärd.<sup>27</sup> Istället ska eller får det säkerställas att *rättighetshavarna* gör det möjligt för berörda personer att utnyttja vissa inskränkningar.<sup>28</sup> Vidare framgår av artikel 6.4.4 att undantagsbestämmelserna inte gäller för material som görs 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. Denna senare bestämmelse tar framförallt sikte på material som tillhandahålls för nedladdning eller streaming via någon (laglig) tjänst.

Utöver det direkta skyddet mot kringgående av tekniska åtgärder som regleras i artikel 6.3 uppställer artikel 6.2 ett indirekt skydd genom förbud mot olika typer av hantering av hjälpmedel för kringgående av tekniska åtgärder. Till skillnad från artikel 11 WCT och artikel 18 WPPT förtydligar artikel 6 i direktiv 2001/29/EG således att det ska finnas både ett direkt och ett indirekt skydd mot kringgående av tekniska åtgärder.

Vad gäller åtkomstspärrar är en första fråga om åtkomst är att anse som en upphovsrättsligt relevant handling enligt direktiv 2001/29/EG (osäkerhet råder huruvida så är fallet enligt BK och WIPO-fördragen, se ovan) och om en sådan handling i så fall faller under någon av inskränkningarna i det upphovsrättsliga skyddet som kan ges prioritet över det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder. En andra fråga är om åtkomstspärrar oavsett svaret på första frågan ska anses omfattas av det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder.

Att åtkomst till ett verk i digital miljö är en upphovsrättsligt relevant handling har klarlagts på EU-nivå genom artikel 2 i direktiv 2001/29/EG. Enligt bestämmelsen omfattas även *tillfälliga* former av mångfaldiganden av den upphovsrättsliga ensamrätten. Tekniska åtgärder som avser åtkomst till verk i digital miljö omfattas alltså enligt huvudregeln av det rättsliga skyddet i artikel 6. Visserligen finns i artikel 5.1 i samma direktiv en inskränkning till förmån för vissa tekniskt betingade tillfälliga former av mångfaldigande, till exempel i syfte att möjliggöra en "laglig användning", varmed enligt stycke

<sup>27</sup> Eechoud et al., Harmonizing European Copyright Law s. 164.

<sup>28</sup> Prop. 2004/05:110 s. 317.



33 i ingressen till direktivet åsyftas att undanta bland annat webbläsning från ensamrätten. Inskränkningen i artikel 5.1 omfattas dock inte av de inskränkningar som medlemsstaterna enligt artikel 6.4 kan ge prioritet åt framför det rättsliga skyddet för tekniska skydd. Enligt denna tolkning skulle åtkomstspärrar i digital miljö omfattas av det rättsliga skyddet mot kringgående eftersom Gemenskapslagstiftaren valt att inkludera tillfälliga exemplarframställningar i ensamrätten och inte undanta dem från det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder. Denna tolkning har fått kritik i den juridiska litteraturen eftersom åtkomst till ett verk traditionellt (i analog miljö) inte ansetts ingå i den upphovsrättsliga ensamrätten.<sup>29</sup> Det har mot den bakgrunden anförts att inskränkningen i artikel 5.1 skulle ha en annan karaktär än övriga inskränkningar – att den omfattar förfoganden som helt faller utanför ensamrätten.<sup>30</sup>

Oberoende av tillämpningen av inskränkningen i artikel 5.1 i förhållande till det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder är den dominerande uppfattningen i den juridiska doktrinen att det framgår redan av artikel 6.3 att åtkomstspärrar omfattas av det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder. Enligt denna uppfattning anses formuleringarna ”handlingar ... som inte är tillåtna [av rättighetshavaren]” och ”användningen ... kontrolleras ... genom en åtkomstkontroll- eller skyddsprocess” omfatta inte endast upphovsrättsligt relevanta handlingar utan även handlingar som inte är relevanta i det avseendet.<sup>31</sup> Därmed torde stå klart att åtkomstspärrar i digital miljö omfattas av det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder oavsett tillämpningen av inskränkningen i artikel 5.1 i förhållande till det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder.<sup>32</sup>

Sammanfattningsvis genomför direktiv 2001/29/EG WIPO-fördragets bestämmelser om rättsligt skydd för tekniska åtgärder genom att i flera avseenden precisera hur skyddet ska vara utformat i nationell lagstiftning. Det klargörs att det ska finnas både ett direkt och ett indirekt skydd mot

<sup>29</sup> Eechoud et al., *Harmonizing European Copyright Law* s. 152 ff. och Dreier & Hugenholtz, *Concise European Copyright Law* s. 390 ff.

<sup>30</sup> Westman i NIR 2003 s. 573.

<sup>31</sup> Jämför lydelsen i WCT och WPPT; ”åtgärder ... i anslutning till utövandet av sina rättigheter.”

<sup>32</sup> Westman i NIR 2002 s. 241; Westman i NIR 2003 s. 571; Walter & von Lewinski, *European Copyright Law – A Commentary*, avsnitt 11.6.7 och Eechoud et al., *Harmonizing European Copyright Law* s. 152 ff. Jämför dock Commission Staff Working Document: Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, SEC(2007) 1556, Bryssel 30 november 2007, s. 7 f. och Dreier & Hugenholtz, *Concise European Copyright Law* s. 390 ff.

kringgående av tekniska åtgärder. Beträffande direkt skydd förtydligas att det omfattar åtkomstspärrar. Förbudet mot kringgående av åtkomstspärrar följer av artikel 6.3 oavsett tillämpningen av inskränkningen i artikel 5.1 i förhållande till det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder.

## Närmare om det rättsliga skyddet för tekniska skyddsåtgärder enligt svensk rätt

I svensk rätt har bestämmelserna om rättsligt skydd för tekniska åtgärder i WIPO-fördragen och direktiv 2001/29/EG genomförts i 52 b–f §§ URL. I 52 b § andra stycket ges en definition av tekniska åtgärder som i huvudsak återgår på artikel 6.3 i direktivet. Med en teknisk åtgärd avses enligt bestämmelsen ”varje verkningsfull teknik, anordning eller komponent som har utformats för att vid normalt bruk hindra eller begränsa exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten av ett upphovsrättsligt skyddat verk utan samtycke från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare.” För att undvika att de svenska bestämmelserna i denna del blev mer långtgående än vad som var avsikten med direktivet, utformades ordalydelsen av den svenska lagtexten i nära anslutning till direktivets.<sup>33</sup> Ordet ”verkningsfull” syftar till att genomföra direktivets krav på att en teknisk åtgärd måste ha ”effekt” för att omfattas av skyddet.<sup>34</sup>

Hänvisningarna till exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten innebär att det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder i svensk rätt har begränsats till åtgärder som utgör upphovsrättsligt relevanta förfoganden. I förarbetena nämns som exempel på en teknisk åtgärd som är inriktad på att hindra ett upphovsrättsligt relevant förfogande en kopieringsspärr på en DVD- eller CD-skiva. Andra exempel som nämns är åtkomstkontroll av verk som ”tillhandahålls för nedladdning, dvs. exemplarframställning, på Internet.”<sup>35</sup> Därigenom synes svensk lagstiftning ge skydd för tekniska åtgärder om de skyddar permanent exemplarframställning – inte om de avser *endast* tillfälliga exemplar som uppstår vid åtkomst till ett verk i digital miljö.

Förbud mot kringgående av tekniska åtgärder regleras i 52 d § första stycket URL. Enligt bestämmelsen är det förbjudet att utan samtycke från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare ”kringgå en digital eller analog spärr” som hindrar eller begränsar framställning av exemplar av ett upp-

<sup>33</sup> Prop. 2004/05:110 s. 293.

<sup>34</sup> Op. cit. s. 294.

<sup>35</sup> Op. cit. s. 413.

hovsrättsligt skyddat verk. Med digital eller analog spärr avses alla former av kopieringsspärrar som hindrar eller begränsar exemplarframställning.<sup>36</sup> Vidare är det förbjudet att kringgå en teknisk skyddsprocess, exempelvis en kryptering eller annan teknisk åtgärd som hindrar eller begränsar tillgängliggörande för allmänheten av ett upphovsrättsligt skyddat verk eller kringgå en annan teknisk åtgärd som hindrar eller begränsar sådant tillgängliggörande.

För att det ska vara fråga om ett kringgående krävs inte att det verk som skyddas av den tekniska åtgärden genom kringgåendet också kopieras eller görs tillgängligt för allmänheten. Det krävs inte heller att den som kringgår har för avsikt att vidta ett upphovsrättsligt relevant förfogande med materialet i fråga. Kopplingen till upphovsrättsligt relevanta förfoganden består enbart i att den tekniska åtgärden måste ha utformats för att skydda mot sådana. Ett kringgående har ägt rum när den tekniska åtgärden har tagits bort eller ändrats på ett sådant sätt att den inte längre hindrar eller begränsar möjligheten att utföra det upphovsrättsligt relevanta förfogande som den skulle hindra eller begränsa.<sup>37</sup>

Som nämns inledningsvis finns enligt svensk rätt en undantagsbestämelse enligt vilken förbudet mot kringgående av tekniska åtgärder inte gäller när ”någon som lovligen har tillgång till ett exemplar av ett verk kringgår en teknisk åtgärd för att kunna se eller lyssna på verket” (52 d § andra stycket URL). Av förarbetena framgår att den svenske lagstiftaren gör bedömningen att tillfälliga exemplarframställningar som är nödvändiga för att kunna se eller titta på ett exemplar av ett verk som man har lovlig tillgång till inte omfattas av det rättsliga skyddet mot kringgående av tekniska åtgärder.<sup>38</sup> I förarbetena konstateras att spärrar som baseras på åtkomstkontroll i och för sig kan anses skydda mot en upphovsrättsligt relevant handling, eftersom det också vid enbart tittande och lyssnade i digital miljö uppstår tillfälliga exemplar. Det anförs dock att ”genom den av regeringen nu föreslagna lösningen görs det klart att förbudet mot att kringgå tekniska åtgärder emellertid inte gäller när ett kringgående är nödvändigt för att någon ska kunna se eller lyssna på ett verk.”<sup>39</sup>

En förutsättning för tillämpning av undantaget är att den som kringgår den tekniska åtgärden för att kunna se eller lyssna på verket *lovligen* har tillgång till *exemplaret* i fråga. Med uttrycket ”lovligen” avses särskilt att upphovsmannen

<sup>36</sup> Op. cit. s. 416.

<sup>37</sup> Op. cit. s. 417.

<sup>38</sup> Op. cit. s. 417.

<sup>39</sup> Op. cit. s. 304. Jfr op. cit. s. 293.

har lämnat sitt samtycke eller någon av inskränkingsbestämmelserna är tillämplig. Även om det inte framgår uttryckligen förefaller bestämmelsen ta sikte på lovlig tillgång till *fysiska* exemplar av verk. Som exempel på lovlig tillgång nämns i förarbetena tillgång till ett exemplar av en CD-skiva som man (som konsument) har köpt. Som exempel på olovlig tillgång nämns att det inte är tillåtet att kringgå en teknisk åtgärd som skyddar musik eller filmer som tillhandahålls över Internet mot betalning, även om kringgåendet endast sker för att titta eller lyssna på verket.<sup>40</sup>

Det svenska undantaget till förmån för att se och lyssna på ett verk saknar motsvarighet i direktiv 2001/29/EG. Det gäller även om artikel 6.3 omfattar endast tekniska åtgärder som avser upphovsrättsligt relevanta förfoganden eftersom åtkomst till ett verk i digital miljö förutsätter ett upphovsrättsligt relevant förfogande i form av tillfällig exemplarframställning och sådan framställning inte omfattas av någon undantagsbestämmelse i artikel 6.4. Enligt samma artikel gäller dessutom att en användare inte själv får kringgå en teknisk åtgärd. Det kringgående som en konsument själv får göra med stöd av den svenska undantagsbestämmelsen skulle således inte vara tillåten även om artikel 5.1 omfattades av en undantagsbestämmelse i artikel 6.4.

En möjlighet för det svenska undantaget att vara förenligt med direktivet skulle kunna vara att inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av exemplarframställning ges en annan karaktär än övriga inskränkningar. Genomförandet av artikel 5.1 i direktivet med svensk rätt ger visst stöd för en sådan uppfattning. I förarbetena till 11 a § URL, som genomför artikel 5.1, anförs att kriteriet ”laglig användning” i artikeln tar sikte på bland annat möjligheten att se eller lyssna på ett verk – även om ett sådant nyttjande förutsätter framställning av tillfälliga digitala exemplar. I förarbetena uttalas ”att en enskild person tittar och/eller lyssnar på ett verk utgör däremot inte en upphovsrättsligt relevant åtgärd.”<sup>41</sup> En sådan tolkning av inskränkningen i artikel 5.1 har fått visst stöd i praxis från EU-domstolen. Ett ytterligare krav är dock att framställningen *inte har självständig ekonomisk betydelse*.<sup>42</sup>

I en situation där en användare har förvärvat ett verk på en fysisk bärare, t.ex. en CD- eller DVD-skiva (utan att acceptera några särskilda begränsningar i nyttjandet), har de tillfälliga exemplar som framställs vid tittande och lyssnande knappast någon självständig ekonomisk betydelse. Är affärs-

<sup>40</sup> Op. cit. s. 417.

<sup>41</sup> Op. cit. s. 95 ff. och 382.

<sup>42</sup> Se dom av den 16 juli 2009 i mål C5/08, Infopaq International, REG 2009, s. I6569, pp. 52–74; dom av den 4 oktober 2011 i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl., pp. 160–182. Se även Axhamn i NIR 2010 s. 351 ff.

modellen däremot på något sätt kopplad till ”pay per view” kan man säga att själva åtkomsten, och därmed den tillfälliga exemplarframställningen, har en självständig ekonomisk betydelse. Om begreppet ”lovlig tillgång” läses i ljuset av en sådan tolkning av rekvisitet ”självständig ekonomisk betydelse” skulle undantagsbestämmelsen i 52 d § andra stycket URL kunna vara förenlig med direktivets krav.<sup>43</sup>

Dock framstår undantagsbestämmelsen i 52 d § andra stycket URL som oförenlig med artikel 6.4.4 i direktivet, vilken reglerar ett undantag från de undantag som medlemsstaterna får eller ska medge från det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder. I svensk rätt är artikel 6.4.4 genomförd i 52 f § tredje stycket URL. En undantagsbestämmelse till en undantagsbestämmelse torde dock inte kunna medge starkare skydd än vad som gäller enligt huvudregeln. Bestämmelsen i 52 f § tredje stycket URL synes således ge uttryck för en generell norm som gäller över även det ”hemsnickrade” undantaget i 52 d § andra stycket URL. Med andra ord torde det följa redan av 52 f § tredje stycket URL, läst i ljuset av artikel 6.4.4 i direktivet, att undantagsbestämmelsen i 52 d § andra stycket URL för att ”se och lyssna” inte gäller för material som görs 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. Vad som gäller i situationer där en användare har förvärvat ett fysiskt exemplar förenat med vissa avtalsvillkor är mera oklart. Undantagsbestämmelsen i 52 d § andra stycket URL torde dock inte ha prioritet – dvs. vara av tvingande natur – i förhållande till giltiga avtalsvillkor (oavsett om villkoren gäller material som tillhandahålls på begäran eller i en fysisk bärare).

## Slutsatser

Genom den tekniska utvecklingen har möjligheterna att exploatera upphovsrättsligt skyddat material ökat och diversifierats. Den digitala tekniken och populariseringen av Internet har gjort det möjligt att exploatera upphovsrättsligt skyddat material med stöd av affärsmodeller som inte baseras på permanenta exemplar, utan istället nyttjanden i form av ”pay per view” eller ”pay per use”. Sådana exploateringsformer baseras på framställning av tillfälliga former av exemplar. Utvecklingen av sådana tjänster förutsätter att åtkomsten till materialet begränsas med stöd av tekniska åtgärder.

<sup>43</sup> Jfr Westman i NIR 2003 s. 567.

Genom WIPO-fördragen från 1996 och direktiv 2001/29/EG ges ett rättsligt skydd för tekniska åtgärder. Åtminstone enligt direktivet följer att medlemsstaterna måste tillhandahålla ett rättsligt skydd även för tekniska skydd som avser tillfälliga exemplarframställningar. I svensk rätt finns dock en särskild undantagsbestämmelse enligt vilken den som lovligen har tillgång till ett exemplar av ett upphovsrättsligt skyddat verk får kringgå en teknisk åtgärd för att kunna se eller lyssna på verket. Undantaget gäller även om kringgåendet avser en teknisk åtgärd som tar sikte på upphovsrättsligt relevanta förfoganden i form av tillfälliga exemplar.

Undantagsbestämmelsen i svensk rätt aktualiserar frågan om hur väl det upphovsrättsliga systemet och dess begrepp är anpassat till den digitala nätmiljön. Å ena sidan kan det uppfattas som rimligt att regelverket anpassas för nya exploateringsformer som inte bygger på framställning av permanenta exemplar. Samtidigt möter en ”expansion” av det upphovsrättsliga regelverket till att omfatta även tillfälliga former av exemplar motstånd i relation till gränser för nyttjande som traditionellt inte ansetts upphovsrättsligt relevanta såsom att *se* och *höra* på ett verk.