



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Josephine Stensson

Upphovsrättsliga avtalslicenser i
ett gränsöverskridande
perspektiv

Examensarbete
30 högskolepoäng

Ulf Maunsbach

Immaterialrätt

Ht 2011

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syftet	8
1.3 Frågeställningar	9
1.4 Metod och material	9
1.5 Avgränsningar	10
1.6 Disposition	11
2 AVTALSLICENSSYSTEMET	13
2.1 En historisk tillbakablick	13
2.2 Den allmänna bestämmelsen	13
2.2.1 Organisationskriteriet	14
2.2.2 Utanförfstående	15
2.3 De specifika avtalslicensbestämmelserna	16
2.4 Det svenska delbetänkandet	18
2.4.1 Nya lagförslag	18
2.4.2 En generell avtalslicens	20
2.5 Kommentarer	20
3 RÄTTIGHETSFÖRVALTANDE ORGANISATIONER	22
3.1 Allmänt	22
3.2 Svenska avtalslicensorganisationer	23
3.2.1 Copyswede	24
3.2.2 Bonus Presskopia	24
3.3 Svenska avtalslicensorganisationer i förhållande till utlandet	25

3.3.1	Ömsesidighetsavtal	25
3.3.2	Utländska rättighetshavare	25
3.4	Kommentar	26
4	AVTALSLICENSER I FÖRHÅLLANDE TILL DET INTERNATIONELLA REGELVERKET	27
4.1	Territorialitetsprincipen	27
4.2	Internationella konventioner	27
4.2.1	Trestegstestet	28
4.2.2	Nationell behandling och förbud mot formaliteter	30
4.3	EU	31
4.3.1	Sat/cab-direktivet	31
4.3.2	Infosoc-direktivet	32
4.4	Kommentar	32
5	AVTALSLICENSER I DEN DIGITALA VÄRLDEN	33
5.1	Nya användningsområden i Norden	33
5.2	Avtalslicensen – en framtid i Europa?	35
5.2.1	Behovet av ett effektivt rättighetsklareringssystem	35
5.2.2	Samhällskontexten	37
5.3	Kommentar	37
6	INTERNATIONELLA ASPEKTER PÅ AVTALSLICENSEN	39
6.1	Allmänt	39
6.2	Lagvalet i förhållande till territorialitetsprincipen	40
6.3	Klarering av rättigheter på Internet	42
6.4	Lagval vid intrång	43
6.4.1	Scenarior	43
6.4.2	Utomobligatoriska fall	43
6.4.3	Inomobligatoriska fall	44
6.4.4	En utomobligatorisk talan och ett inomobligatoriskt svaromål	47
6.5	Lösningsmöjligheter: mottagarlandsprincipen, sändarlandsprincipen och CLIP-förslaget	47
6.6	Kommentar	50
7	ANALYS	52
7.1	Frågeställningarna	52
7.1.1	Första punkten	52

7.1.2	Andra punkten	54
7.1.3	Tredje punkten	56
7.2	Avslutande reflektioner	59
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	62
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	65

Summary

In order for a user to exploit a copyright protected work, permission needs to be obtained from the author. In certain fields, large amounts of copyright protected work are exploited. To acquire individual permits is both time consuming and expensive. The Nordic countries have solved this problem by introducing a system of extended collective licenses (ECL). An ECL is an agreement between an organization that represent a substantial number of Swedish authors and a user about exploiting the works of the members. The ECL is characterized by the fact that it also extends to cover non-members, so called outsiders. The title of this paper is: "Extended collective licenses in a cross border perspective" and its purpose is to analyze how the ECL-system functions in a digitalized and borderless world.

The ECL has existed in Sweden since the 1960's. Today there are six specific ECL provisions in the Swedish Copyright Act. They are used in areas such as broadcasting, education and government. ECLs have been until today limited in their application to non-digitalized exploitations. An official government report from 2010 proposes that certain ECL provisions should be expanded to cover digitalized exploitation and that a general ECL should be introduced. The general ECL would be used in areas which have been decided by the parties. There is also an interest for ECLs in the EU. It could be a potential solution to the right clearing problems which arise when making the cultural heritage accessible to the public.

To implement the ECL it has to conform to the obligations of international conventions and the EU-legislation. The ECL can possibly be regarded as a limitation. It follows from the regulations that the limitation from exclusivity needs to be compatible with the three step test; "Members shall confine exceptions and limitations on exclusive rights to certain special cases, which do not conflict with normal exploitation of the work, and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder". It appears that ECL provisions meet the requirements in the test. It is more uncertain regarding a future general ECL. ECLs are not considered to be a limitation in accordance to the EU Copyright Act. They are instead considered to be a way to manage rights. Outsiders should also be treated equally according to provisions in the EU and the conventions, which entails that they should receive the same remuneration as members. There are some faults, especially regarding the foreign outsiders. However, the faults are mostly attributable to the organizations.

Problems arise when the ECL is applied to exploitation on the Internet. One of the problems relates to where the user clear rights when exploitation takes place across borders. Another problem is which law is applicable in infringement cases on the Internet. One of the major obstacles is due to the principle of territoriality. It entails that copyright is limited to the protected country. As a result, a user needs to clear rights in every country where the

protected work is disseminated and in cases of infringement on Internet several laws can become applicable. One solution is to introduce the country of transmission-principle, which entails that a single law is applicable and the user only needs to clear rights in one country. Another solution, which can be used in infringement cases on the Internet, is "Ubiquitous infringements". It limits the laws to the one which has the closest connection to the infringement.

The biggest challenge for a future ECL-system is its compatibility with the rules on equal treatment. The solution might be found in a harmonization of copyright management. As the case today, there will be difficulties to introduce the ECL-system to other countries, due to the three step test and rules on equal treatment. Despite the problems, I would claim that the ECL has a future in our digitalized world, at least in the Nordic countries. The advantages of the system outweigh the problems, which can eventually be resolved.

Sammanfattning

För att en användare ska ha rätt att utnyttja ett upphovsrättskyddat verk krävs tillstånd från upphovsmannen. Inom vissa verksamheter utnyttjas stora mängder av upphovsrättskyddade verk som behöver klareras. Det kan vara tidskrävande och dyrt att införskaffa individuella tillstånd för dessa. De nordiska länderna har löst detta problem genom att införa ett avtalslicenssystem. Avtalslicensen är ett avtal mellan en organisation som företräder ett flertal svenska upphovsmän och en användare om att utnyttja medlemmarnas verk. Den karakteriseras av att verk skapade av icke-medlemmar, så kallade utanförstående, också omfattas av avtalslicensverkan. Titeln på denna uppsats är ”Upphovsrättsliga avtalslicenser i ett gränsöverskridande perspektiv” och syftet är att analysera hur avtalslicensen fungerar i en digital och gränslös värld.

Avtalslicensen har funnits i Sverige sedan 1960-talet och det finns numera sex stycken specifika avtalslicensbestämmelser i URL. I Sverige används avtalslicenser inom verksamheter som exempelvis TV och radio, skola och myndigheter. Avtalslicenser har fram tills nu främst varit begränsade till att användas på icke-digitala nyttjanden. En utredning från 2010 föreslår att vissa av de befintliga avtalslicensbestämmelserna ska utvidgas till att även omfatta digitala utnyttjanden samt att en generell avtalslicens ska införas. Den generella avtalslicensen skulle användas på områden som parterna själva bestämmer. Det är inte bara i Norden som avtalslicensen är aktuell, utan även i Europa. Den är tänkbar lösning på problematiken gällande klarering av rättigheter vid tillgängliggörandet av kulturarvet.

För att avtalslicensen ska kunna införas måste den vara förenlig med de internationella konventionerna och EU-rätten. Avtalslicensen kan ses som en inskränkning av ensamrätten. Den måste i sådana fall vara förenlig med trestegstestet: ”upphovsmannens ensamrätt får begränsas i vissa särskilda fall, förutsatt att sådant mångfaldigande icke gör intrång i det normala utnyttjandet av verket och ej heller oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen”. Det får anses att de befintliga avtalslicenserna uppfyller trestegstestet. Huruvida nya utvidgade avtalslicenser är förenliga med trestegstestet är mer oklart. Däremot framkommer det i Infosoc-direktivet att avtalslicensen inte är en inskränkning, utan ett sätt att förvalta rättigheter. Utanförstående ska därutöver likabehandlas enligt EU-rätten och konventionerna, vilket bland annat innebär att de ska få samma ersättning som medlemmar. Det finns vissa brister, särskilt i förhållandet till utländska utanförstående, men dessa brister är framför allt hänförliga till organisationerna.

När avtalslicensen omfattar digitala utnyttjanden uppkommer problem. Ett av problemen hänför sig till var man klarerar rättigheter när utnyttjanden sker över gränserna. Ett annat problem är vilket lag som är tillämplig vid intrång på Internet. Ett av de stora hindren är territorialitetsprincipen. Den

innebär att upphovsrättsskyddet gäller enbart i skyddslandet. Följden blir att användaren måste klarera rättigheter i alla länder där verket tillgängliggörs och vid intrång på Internet kan flera lagar bli tillämpliga. En lösning är att införa sändarlandsprincipen, som innebär att enbart en lag blir tillämplig och att användaren bara behöver klarera rättigheter i ett land. Ett annat förslag som möjligtvis kan tillämpas vid intrång på Internet är "Ubiquitous infringements". Den begränsar antalet lagar till den som har närmast anknytning till intrånget.

Den största utmaningen för ett framtida avtalslicenssystem är dess förenlighet med likabehandlingsreglerna. Möjligtvis finns lösningen i en harmoniserad förvaltning av upphovsrätten. Rättsläget idag medför svårigheter för avtalslicenssystemet att fungera i andra länder på grund av trestegstestet och reglerna om likabehandling. Trots problemen så vill jag hävda att avtalslicensen har en framtid i vår digitala värld, åtminstone i de nordiska länderna. Fördelarna med avtalslicensen överväger problemen som med tiden troligtvis kan lösas.

Förord

Jag vill först och främst tacka Ulf Maunsbach för bra uppsatshandledning. Jag vill även tacka Copyswede och Bonus Presskopia för att jag fick besöka dessa organisationer. Det var väldigt lärorikt och inspirerande. Jag vill slutligen tacka min familj och mina vänner som har varit ett underbart stöd under uppsatsskrivandet, men även under hela studietiden.

Förkortningar

ALIS	Administration av litterära rättigheter i Sverige
Art.	Artikel
Bonus Presskopia	Bild-Ord-Not-Upphovsrättslig samorganisation
CLIP	European Max-Planck Group on Conflicts of Laws in Intellectual Property
E.I.P.R	European Intellectual Property Review
EBU	European Broadcasting Union
EU	Europeiska Unionen
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition law
Infosoc-direktivet	Direktivet om harmonisering av olika aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (2001/29/EEG).
IP	Internationell Privaträtt
MD	Marknadsdomstolen
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
Sat/cab-direktivet	Satellit- och kabeldirektivet (93/83/EEG)
SOU	Statens Offentliga Utredning
STIM	Svenska Tonsättars Internationella Musikbyrå

TRIPS-avtalet

Agreement on Trade-Related
Aspects of Intellectual Property
Rights

URL

Lag (1960:729) om upphovsrätt till
litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Upphovsmannen har en ensamrätt till sitt verk, vilket i stora drag innebär att ingen får utnyttja verket utan upphovsmannens tillstånd. Denna ensamrätt innefattar rätten att framställa exemplar av verket och att göra verket tillgängligt för allmänheten. Tillgängliggörandet för allmänheten omfattar fyra förfoganden; överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning av exemplar.¹ För att en användare ska kunna utnyttja en upphovsmans verk krävs tillstånd. Inom vissa verksamhetsområden, såsom arbetsplatser, TV/radio och skola, utnyttjas upphovsrättsskyddade verk i stor skala, så kallade massutnyttjanden. På dessa områden är det svårt för användarna att avtala med alla upphovsmän individuellt och därför har det utvecklats ett system med avtalslicenser. En avtalslicens träffas mellan en rättighetsförvaltande organisation och en användare. Avtalslicensen omfattar verk som är skapade av organisationens medlemmar, men omfattar även verk som är skapade av icke-medlemmar, så kallade utanförstående rättighetshavare. Dessa avtalslicenser möjliggör för användarna att få de tillstånd som behövs för att bedriva deras verksamheter samtidigt som upphovsmännen får ersättning. Avtalslicensen har sitt ursprung i Norden och kan sägas vara en mellanform av tvångslicenser och frivilliga avtal. Den allmänna meningen är att avtalslicensen anses fungera ändamålsenligt när det gäller rättighetsklarering av upphovsrättsliga massutnyttjanden.²

Europa och även länder utanför kontinenten har fått upp ögonen för avtalslicenssystemet, eftersom detta kan vara lösningen på rättighetsklareringsproblematiken vid digitalisering och spridning av upphovsrättsskyddade verk på Internet. Även om det nordiska avtalslicenssystemet anses vara ett välfungerande instrument för rättighetsklarering, så finns det problem förknippade med systemet. I synnerhet bör fler svårigheter uppkomma om/när avtalslicensen får en internationell karriär präglad av gränsöverskridande utnyttjanden av upphovsrätt.

1.2 Syftet

Syftet med denna uppsats är att analysera det svenska avtalslicenssystemet och hur denna nordiska företeelse fungerar i en digital miljö som präglas av gränsöverskridande utnyttjanden av upphovsrätt. Jag vill klarlägga problemen som uppstår när avtalslicensen kommer i kontakt med omvärlden och hur man löser dessa problem, inte minst beträffande de utanförstående

¹ 2 § URL

² Levin, s. 35.

rättighetshavarna. Jag tänker fokusera på att utreda huruvida upphovsrättens territoriella begränsning sätter käppar i hjulet för ett välfungerande avtalslicenssystem. Finns det en framtid för avtalslicensen i vår digitala värld?

1.3 Frågeställningar

- Hur är det svenska avtalslicenssystemet utformat? Är systemet anpassat till dagens digitala förutsättningar?
- Hur regleras avtalslicenser internationellt och vilka internationella hinder finns det för att avtalslicensen ska fungera ändamålsenligt i ett gränsöverskridande perspektiv?
- Var ska rättigheterna klareras när utnyttjanden sker på Internet och hur avgörs lagvalsfrågan i en intrångssituation?

1.4 Metod och material

Utgångspunkten för uppsatsen har varit en rättsdogmatisk metod, där jag har undersökt lagstiftning, förarbeten, doktrin och praxis. Det finns emellertid sparsamt med praxis på detta område. De rättsfall som är relevanta för avtalslicensen handlar framför allt om missbruk av dominerande ställning,³ vilket är utanför syftet för denna uppsats. Framställningar om avtalslicenssystemet i doktrin är också knapphändiga. Förra året kom ett delbetänkande med namnet *Avtalad upphovsrätt*⁴. Det är en utförlig utredning angående det nuvarande svenska avtalslicenssystemet. I denna föreslår utredarna lagändringar för att anpassa avtalslicenssystemet till det digitala samhället. Det har ännu inte blivit någon lagändring, utan förslagen ligger ute på remiss. Jag har även undersökt andra förarbeten som behandlar avtalslicenssystemet, särskilt prop. 2004/05:110 som medförde ändringar av många avtalslicensbestämmelser genom införandet av Infosoc-direktivet⁵. Jag har därutöver använt mig av artiklar från olika rättsvetenskapliga tidskrifter, både svenska och internationella. De mest relevanta artiklarna för detta ämne kommer från danska och norska bidrag, vilket beror på att dessa länder har kommit längst med att modernisera avtalslicenserna samt att det föreligger en nordisk rättslikhet. Jag har också använt mig av material från

³ Exempelvis Mål C-52/07 Kanal 5 och TV 4 mot STIM, MD 1999:13.

⁴ SOU 2010:24

⁵ Direktivet 2001/29/EEG av Europaparlamentet och av råden den 21 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

de två främsta rättighetsförvaltande organisationerna på området; Bonus Presskopia och Copyswede. Detta material har hämtats från deras hemsidor.

Eftersom min uppsats har en internationell prägel har jag undersökt relevanta internationella regelverk, exempelvis Infosoc-direktivet och Sat/cab-direktivet⁶. Jag har även använt mig av dokument från EU, bland annat grönböcker från EU-kommissionen. Jag har dessutom använt mig av en rapport från EBU som diskuterar avtalslicensen i förhållande till audiovisuella medier. I augusti 2011 kom också en rapport, skriven av Axhamn och Guibault, som behandlar avtalslicensen inom ramen för projektet Europeana.

När det gäller lagvalsdelen av arbetet, har jag framför allt använt mig av doktrin. Det finns relativt sparsamt med svensk doktrin på området. Det mest relevanta är skrivet av Strömholm, men materialet är mindre aktuellt eftersom dagens relevanta regelverk inte diskuteras. Däremot tar Bogdan upp dessa regelverk, men dock inte utifrån ett immaterialrättsperspektiv. Istället har Fawcett och Torremans fått stå som främsta källan med senaste upplagan av *Intellectual property law and private international law* från 2011. Även forskningsbidrag från Max-Planck institutet har använts, de erbjuder lösningar på de IP-rättsliga problem som uppkommer inom den gränsöverskridande upphovsrätten. Ursprunget från Max-Planck institutet är CLIP-projektet⁷, som syftar till att föreslå regler om jurisdiktion och lagval vid gränsöverskridande immaterialrättskonflikter.

Syftet med uppsatsen är att analysera avtalslicenssystemet. Jag kommer därför undersöka problemen samt fördelarna med systemet, utan att lägga någon särskild tyngdpunkt vare sig på rättighetshavarens eller användarens perspektiv. Jag ska alltså utreda rättsläget på ett objektivt sätt. Jag vill dock poängtera att kärnan i avtalslicenssystemet är att avtalslicensen även omfattar utanförstående, och att det därmed är av vikt att utreda hur deras rättssäkerhet tillgodoses. Även detta ska jag försöka utreda på ett objektivt sätt. I kapitel sex, som handlar om internationella aspekter av avtalslicensen med fokus på lagvalet, kommer jag delvis utgå från ett hypotetiskt resonemang. Anledningen är att dagens avtalslicens i regel inte tillämpas över gränserna och därför är rättsläget oklart hur lagvalsfrågan ska bedömas i framtiden när avtalslicensen eventuellt är anpassad till digitala nyttjanden och därmed får en gränsöverskridande karaktär.

1.5 Avgränsningar

Även om avtalslicenssystemet är en nordisk innovation och finns i alla nordiska länder, kommer jag enbart att fokusera på det svenska systemet. De olika avtalslicenssystemen har mycket gemensamt, men skiljer sig även på

⁶ Satellit- och kabeldirektivet (93/83/EEG)

⁷ En grupp forskare inom IP-rätt och immaterialrätt.

vissa plan. Jag kommer att göra en viss jämförelse med Danmark, eftersom det danska avtalslicenssystemet är mer anpassat till det digitala samhället än det svenska. I uppsatsen tar jag inte upp andra licenstyper, som exempelvis tvångslicensen, samt följerätten.

I avsnittet om rättighetsförvaltande organisationer kommer jag att fokusera på de två främsta avtalslicensorganisationerna; Bonus Presskopia och Copyswede. Som nämnts ovan kommer uppsatsen inte att behandla organisationerna i förhållande till konkurrensrätten.

När det gäller den internationella delen av uppsatsen, så kommer jag främst att avgränsa mig till Europa. Jag inleder med att utreda om och hur avtalslicenssystemet regleras internationellt och vilka eventuella hinder det finns för avtalslicensens framtid. Jag avgränsar mig till att undersöka Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Bernkonventionen), trots att det finns andra konventioner. Anledningen härtill är att de efterföljande konventionerna bygger på Bernkonventionen. Jag diskuterar enbart relevanta EU-direktiv. Denna uppsats har inte för avsikt att undersöka om avtalslicenssystemet ska införas i andra länder, eftersom jag då måste jämföra med andra lösningar som finns på marknaden, vilket inte finns utrymme för i denna uppsats. Det är enbart avtalslicenssystemet som är föremålet för denna framställning. När det gäller de internationella aspekterna av avtalslicensen kommer jag att utreda var användaren klarerar rättigheter vid utnyttjanden på Internet samt lagvalsfrågan vid intrång när det finns en underliggande avtalslicens. Jag har valt att inte utreda domsrättsfrågan på grund av brist på utrymme. Lagvalsfrågan är, enligt min mening, mer intressant i ett avtalslicenssammanhang, beroende på att lagvalsfrågan har en koppling till frågan om var man klarerar rättigheter och på vilket sätt intrångstvister avgörs.

1.6 Disposition

Jag inleder i andra kapitlet med att redogöra för det svenska avtalslicenssystemet, där jag beskriver systemets uppbyggnad samt de olika avtalslicensbestämmelserna. Jag redogör också i stora drag för delbetänkandet, i vilket nya lagar gällande avtalslicenssystemet föreslås. I följande kapitel redogörs för rättighetsförvaltande organisationer och dess uppbyggnad samt uppgifter. Jag fokuserar särskilt på de svenska avtalslicensorganisationerna och framför allt på de två främsta; Copyswede och Bonus Presskopia. I detta kapitel diskuterar jag också deras förhållande till systerorganisationer i andra länder och hur de utländska utanförstående rättighetshavare behandlas. I fjärde kapitlet redogör jag för det internationella regelverket med fokus på Bernkonventionen och EU-rätten. Jag vill undersöka om och hur avtalslicenssystemet regleras internationellt samt utreda om det finns några hinder för avtalslicensen. I nästföljande kapitel undersöker jag avtalslicensen i den digitala miljön. Här tar jag upp

det nya återfunna intresset för avtalslicenser som en möjlig lösning till rättighetsklareringsproblematiken vid upphovsrättsliga utnyttjanden på Internet. I kapitel sex behandlar jag olika internationella aspekter av avtalslicensen. Jag utreder var rättigheter ska klareras i en digital värld och även hur lagvalsfrågan ska avgöras vid intrång på Internet. I sista kapitlet besvarar jag mina frågeställningar och analyserar vad jag har kommit fram till. Jag avslutar med mina reflektioner.

2 Avtalslicenssystemet

2.1 En historisk tillbakablick

Den första avtalslicensen infördes i 1960 års upphovsrättslag⁸ och infördes för att förenkla rättighetsklareringen vid utsändning av litterära och musikaliska verk i TV och radio.⁹ Upphovsmannen till uttrycket ”avtalslicens” var Svante Bergström¹⁰ som även var delaktig till konstruktionen av licensen.¹¹ Avtalslicensen var ursprungligen ett förslag från Sveriges Radio som innan införandet av avtalslicensbestämmelser hade tillämpat kollektiva avtal med rättighetsförvaltande organisationer, som exempelvis STIM, för att få generella tillstånd att använda medlemmarnas verk. Sveriges Radio tillämpade en praxis som innebar att dessa generella tillstånd även omfattade de utanförstående upphovsmännen. Det var till stor del administrativa skäl vilka motiverade införandet av avtalslicenser, det skulle annars vara tidskrävande att efterforska och få kontakt med de utanförstående.¹² Kommittén och remissinstanserna var negativa till Sveriges Radios förslag, däremot var departementschefen positiv och framförde att förslaget inte skulle leda till några större olägenheter för upphovsmännen, men att det skulle förenkla radions arbete.¹³ Den första avtalslicensbestämmelsen infördes i dåvarande 22 § 2 st. URL.¹⁴ Sedan dess har det tillkommit flera avtalslicenser. Den senaste infördes 2011 och behandlar återanvändning av material i radio- och TV-arkiv.¹⁵ I 2005 års lagändring samlades alla avtalslicensbestämmelser i ett kapitel, 3 a kap URL.¹⁶

2.2 Den allmänna bestämmelsen

Den allmänna bestämmelsen gällande avtalslicenser finns i 42 a § URL, där det i första stycket stadgas följande.

”En avtalslicens som avses i 42 b–42 g §§ gäller för utnyttjande av verk på visst sätt, när ett avtal har ingåtts om utnyttjande av verk på sådant sätt med en organisation som företräder ett flertal svenska upphovsmän på området. Avtalslicensen ger användaren rätt att utnyttja verk av det slag som avses med avtalet trots att verkens upphovsmän inte företräds av organisationen.”

⁸ SOU 2010:24, s. 272.

⁹ *ibid*, s. 265.

¹⁰ Professor i immaterialrätt och arbetsrätt.

¹¹ Rognstad, NIR 2004 s. 151, s. 151 jfr Karnell, NIR 1981 s. 255, s. 255.

¹² Prop. 1960:17, s. 147 f.

¹³ *ibid*, s. 149 ff.

¹⁴ SOU 2010:24, s. 272.

¹⁵ Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap. 42 a §

¹⁶ SOU 2010:24, s. 273.

En avtalslicens träffas mellan en användare och en organisation som företräder ett flertal svenska upphovsmän om utnyttjande av upphovsrättsskyddade verk i enlighet med avtalet. Avtalslicensen gäller även verk som har gjorts av upphovsmän som inte är medlemmar av organisationen. Detta kollektiva avtal som träffas mellan dessa parter måste ha lagstöd för att det även ska gälla för utanförstående rättighetshavare.¹⁷ Att avtalet har en utsträckt verkan, det vill säga att avtalet täcker även utanförstående, brukar benämnas ”avtalslicensverkan”.¹⁸ För de utanförstående får systemet effekten av en tvångslicens.¹⁹ De får emellertid sin rätt skyddad av bestämmelser i URL.²⁰

Avtalslicenser anses vara ett effektivt rättighetsklareringssystem vid massutnyttjanden av upphovsrättsskyddade verk, eftersom det annars är svårt att administrera individuella tillstånd. Avtalslicenserna skapar förhandlingsmöjligheter för villkoren beträffande ersättning och utnyttjande.²¹ Avtalslicenssystemet skapar förutsättningar för att erbjuda kultur till en större skara människor. Det är ett bra verktyg för att se till att rättighetshavarna får ersättning för utnyttjanden, särskilt med beaktande av teknikens snabba utveckling och möjligheten till obegränsad spridning av upphovsrättsskyddade verk.²² Avtalslicenssystemet är även fördelaktigt för användaren, eftersom denna inte gör sig skyldig till intrång för att ha utnyttjat utanförståendes upphovsrättsskyddade verk.²³

2.2.1 Organisationskriteriet

I 42 a § URL stadgas att organisationen ska företräda ett flertal svenska upphovsmän på området. Lagrummet har gett upphov till frågan om en eller flera organisationer är behöriga att träffa avtalslicenser. Det har antagits att det handlar om att avtalet ska ingås med en huvudorganisation, det vill säga ”den organisation som företräder flest svenska upphovsmän på området”. Det har diskuterats om det räcker med att organisationen företräder ett ”flertal” upphovsmän.²⁴ I förarbetena till 42 c § framgår det att organisationerna ska representera de svenska upphovsmännen på området. Om det finns en huvudorganisation på området, det vill säga den organisation som företräder flest upphovsmän, så ska man avtala med denna.²⁵ I ett fall från Marknadsdomstolen, MD 1999:13, som handlade om huruvida en organisation hade dominerande ställning, påpekades i domskälen att syftet med att enbart ha en huvudorganisation på avtalslicensområdet är

¹⁷ Levin, s. 35.

¹⁸ SOU 2011:32, s. 181.

¹⁹ Levin, s. 35. En tvångslicens innebär att en rättighetshavare inte kan förbjuda utnyttjandet, men har rätt till ersättning.

²⁰ SOU 2010:24, s. 187.

²¹ Levin, s. 35.

²² http://www.copyswede.se/fileadmin/user_upload/pdf/Att_tillgangliggöra_kultur_11a.pdf

²³ Axhamn, Guibault, s. 33.

²⁴ Rosén, s. 92.

²⁵ SOU 2010:24, s. 189 f.

att det ger användarna möjligheten till en enkel rättighetsklarering. Frågan diskuterades även i Högsta domstolen i NJA 2000 s. 445²⁶, där ansåg ledamöterna att fler än en organisation kan vara behöriga att samla in ersättning. De enda kriterierna som ska uppfyllas är att organisationerna har en viss ekonomisk och administrativ stabilitet.

Det framgår i lagen att organisationen ska företräda *svenska* upphovsmän. Detta nationalitetskriterium har också diskuterats och kommer troligtvis tas bort i nästa lagändring (se nya delbetänkandet, avsnitt 2.4). Anledningen är att det möjligtvis strider mot reglerna om likabehandling som finns i det internationella regelverket.²⁷ Det är klarlagt att avtal med avtalslicensverkan inte kan träffas mellan en svensk användare och en utländsk organisation. Detta beror på att lagstiftaren vill undvika problemen kring lagval.²⁸ En fråga som jag anser är oklar är om en utländsk användare får träffa en avtalslicens med en svensk organisation. Det framgår inte av lagen, men i senaste utredningen gällande frågan om att utvidga avtalslicensen i 42 e §, så påpekas att en sådan avtalslicens ska kunna träffas med ett utländskt TV-/radio-företag.²⁹ Detta måste innebära att utländska användare kan träffa avtalslicenser även på andra områden. Till stöd för denna uppfattning kan anföras att det i lagen inte uttryckts något förbud mot utländska användare.

2.2.2 Utanförstående

Avtalslicensens kärna är att den även omfattar upphovsmän som inte är medlemmar av organisationen, vilket framgår i 42 a § URL. Dessa utanförstående kan antingen vara svenska eller utländska upphovsmän. De utländska måste emellertid omfattas av Bernkonventionen eller Världskonventionen för att de ska inkluderas av avtalslicensverkan.³⁰ Till gruppen av utanförstående hör också arvtagare till upphovsrättskyddade verk.³¹

Det måste finnas lagstöd för att avtalslicensens utsträckta verkan ska vara bindande för de utanförstående.³² Det finns skyddsregler för att tillvarata utanförstående så att deras rättigheter blir tillgodosedda.³³ I 42 a § 4 st. URL framkommer att utanförstående ska likabehandlas, vilket innebär att de har rätt till samma ersättning samt förmåner som medlemmarna. Det finns dock ett undantag för ursprunglig radio- och TV-utsändning, där ersättning inte behöver fördelas lika.³⁴ En av skyddsreglerna ger utanförstående möjlighet

²⁶ Droit de suite-ersättning var föremål i fallet.

²⁷ Axhamn, Guibault, s. 30 f.

²⁸ Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap. 42 a §

²⁹ SOU 2010:24, s. 268 f.

³⁰ Rosén, s. 94.

³¹ Axhamn, Guibault, s. 32.

³² Rosén, s. 91.

³³ SOU 2010; 24, s. 206.

³⁴ Rosén, s. 94.

att meddela ett förbud³⁵ mot användning.³⁶ Detta gäller alla avtalslicenser, förutom vidareändring av radio- och TV-sändningar.³⁷ En annan skyddsregel innebär att den utanförstående kan begära individuell ersättning inom tre år efter att verket blivit utnyttjat. För att dessa skyddsregler ska kunna användas krävs att utanförstående känner till att deras verk omfattats av en avtalslicens. Det torde vara en omöjlighet för organisationerna att informera samtliga rättighetshavare om att de berörs av det specifika avtalet.³⁸ Även om de utanförstående skyddas av lagen för att garantera dem ersättning, kan det ändå uppstå svårigheter för dem i praktiken att erhålla sin individuella ersättning.³⁹

2.3 De specifika avtalslicensbestämmelserna

I 42 a § URL framgår det att det finns sex typer av avtalslicenser. Dessa regleras i 42 b-g §§ URL. Vissa avtalslicenser är även tillämpliga på de närstående rättigheterna.⁴⁰

I 42 b § URL regleras avtalslicenser gällande nyttjande av verk i vissa informationsområden av politiska organ, myndigheter, företag och organisationer. Denna bestämmelse infördes 2005 i samband med införandet av Infosoc-direktivet. Det fanns ett behov av att införa denna reglering och avtalslicens.⁴¹ I 12 § URL stadgas att kopiering av upphovsrättsskyddade verk för privat bruk är tillåtet och omfattade tidigare kopiering på arbetsplatser och myndigheter.⁴² På grund av ändringar av 12 § begränsades arbetsplatskopiering samtidigt som behovet av att fotokopiera material hade ökat. Avtalslicensen omfattar reprografisk kopiering på de i lagen nämnda ställena, och innefattar alltså inte kopiering för privat bruk eller spridning till allmänhet. Verk som är offentliggjorda på Internet omfattas inte heller av bestämmelsen.⁴³

I 42 c § URL regleras avtalslicenser för viss exemplarframställning för undervisningsändamål. Denna avtalslicensbestämmelse infördes ursprungligen 1980. Den ändrades emellertid 2005 och utsträcktes från att enbart vara tillämplig på reprografisk framställning av verk till att omfatta även framställning av digitala exemplar.⁴⁴ Anledningen till denna

³⁵ Begreppet ”meddela förbud” används i kap 3 a URL, förarbeten samt svensk doktrin.

Begreppet ”opt out” används i doktrin på engelska.

³⁶ SOU 2010; 24, s. 206.

³⁷ Rosén, s. 94.

³⁸ SOU 2010: 24, s. 206.

³⁹ *ibid*, s. 211.

⁴⁰ Prop. 2004/05:110, s. 244.

⁴¹ Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap . 42 b §

⁴² Prop. 2004/05:110, s. 250.

⁴³ Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap . 42 b §

⁴⁴ SOU 2010:24, s. 273.

utvidgning var den tekniska utvecklingens framfart som innefattade en ökad användning av Internet med möjligheten för överföring av material på digital väg.⁴⁵ Internet användes allt mer i undervisningen och behovet av en kopieringsrätt ansågs viktig.⁴⁶ Bestämmelsen omfattar alla former av exemplarframställning, men det måste ske för undervisningsändamål. Materialet måste även vara offentliggjort.⁴⁷ Avtalslicensen omfattar däremot inte överföring till allmänheten som bland annat organisationen Copyswede vill att den ska göra.⁴⁸

I 42 d § finner man avtalslicensbestämmelsen gällande bibliotek och arkivs möjligheter att träffa avtal angående överföring av verk i vissa särskilda fall.⁴⁹ Bestämmelsen hänvisar till 16 § URL som tillåter arkiv och bibliotek att göra exemplarframställning av vissa verk. Avtalslicensen är begränsad i den mening att den enbart tar sikte på överföring till lånesökanden och enbart överföring av ”enskilda artiklar, korta avsnitt och material som av säkerhetsskäl inte bör lämnas ut i original”.⁵⁰ Den omfattar inte datorprogram. Bestämmelsen tillåter även spridning av material, både i fysisk och digital form.⁵¹ Denna avtalslicens infördes 2005⁵² och ska underlätta överföring av material till allmänheten.⁵³

Den första avtalslicensbestämmelsen, som tidigare var stadgad i 22 § URL, finner man idag i 42 e § URL. Bestämmelsen har ändrats åtskilliga gånger. Den reglerar primär utsändning av upphovsrättsskyddade verk i radio och TV.⁵⁴ Den omfattar enbart litterära, musikaliska samt offentliggjorda verk, vilket framgår av bestämmelsen. Denna avtalslicens gäller inte tillhandahållandet av program över Internet.⁵⁵ Till skillnad från de andra avtalslicensbestämmelserna finns det ett krav att regeringen beslutar vilka radio- och TV-företag som får syssla med utsändning.⁵⁶

I 42 f § URL handlar det om vidaresändning (samtidig och oförändrad) av radio- och TV-sändningar genom kabel eller trådlöst. Denna bestämmelse infördes ursprungligen 1986⁵⁷ och omfattar all vidaresändning av sådana verk eller prestationer som omfattas av de närstående rättigheterna. Denna avtalslicens uppkom på grund av kabeloperatörernas behov; det hade varit en omöjlig uppgift att behöva införskaffa individuella tillstånd från alla rättighetshavare.⁵⁸ I lagen framgår det att var och en får vidaresända, vilket

⁴⁵Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap . 42 c §

⁴⁶ Prop. 2004/05:110, s. 254.

⁴⁷Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap . 42 c §

⁴⁸ Prop. 2004/05:110, s. 256.

⁴⁹ SOU 2010:24 s. 243.

⁵⁰ ibid.,s. 253 ff.

⁵¹ Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap. 42 d §

⁵² SOU 2010: 24, s. 252.

⁵³ ibid, s. 243.

⁵⁴ Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap. 42 e §

⁵⁵ Prop. 2010/11:33, s. 15.

⁵⁶ SOU 2010:24 s. 261 och 268.

⁵⁷ ibid, s. 273.

⁵⁸ Rosén, s. 96 ff.

innebär att denna rätt tillkommer även privatpersoner förutsatt att det finns ett avtal.⁵⁹

Den 1 april 2011 infördes den senaste avtalslicensbestämmelsen, 42 g § URL. Bestämmelsen reglerar avtalslicenser för återanvändning av egenproducerat material i radio och TV.⁶⁰ Bakgrunden till införandet av denna bestämmelse var den efterfrågan som fanns hos lyssnarna och tittarna att få del av det enorma utbudet av material som finns i arkiven hos TV och radio. Eftersom materialet är gammalt och ny teknik har tillkommit så var avtalen som redan fanns obsoleta och det ansågs vara lämpligt att införa en avtalslicens.⁶¹ Denna avtalslicensbestämmelse är anpassad till digitala utnyttjanden och tar sikte på både överföring till allmänheten och framställning av exemplar.⁶² Den är alltså teknikneutral. I propositionen framkommer det att bestämmelsen enbart har verkan i Sverige, vilket är en följd av territorialitetsprincipen.⁶³ Samtliga avtalslicensbestämmelser är begränsade till territoriet, det vill säga avtalslicensverkan gäller enbart i Sverige.⁶⁴ Jag ska utreda utförligare för denna princip i kapitel fyra.

2.4 Det svenska delbetänkandet

2.4.1 Nya lagförslag

År 2010 utarbetades ett delbetänkande⁶⁵ som behandlar avtalslicenser. Ett av förslagen är att göra ändringar i den allmänna bestämmelsen, innefattande att kriteriet gällande att organisationen ska företräda *svenska* upphovsmän ska tas bort.⁶⁶ Det föreslås att det ska ersättas med ”den organisation som på området är mest representativ och bäst företräder upphovsmännen till verk som ska användas i Sverige”.⁶⁷ Anledningen till detta lagförslag är att EU-kommissionen tidigare hade riktat kritik mot Danmark på grund av deras liknande nationalitetskriterium, eftersom den ansågs strida mot den fria rörligheten innefattande att utländska organisationer inte skulle kunna bedriva verksamhet där. Detta ledde till lagändring i Danmark. Numera har Danmark och de andra nordiska länderna utformat sina bestämmelser på liknande sätt som det svenska delbetänkandet föreslår.⁶⁸ I delbetänkandet diskuteras även om fler än en organisation är behöriga att träffa avtalslicenser. Utredaren anser att enbart en organisation ska vara behörig

⁵⁹ Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap. 42 f §

⁶⁰ SOU 2011:32, s. 182.

⁶¹ Prop. 2010/11:33, s. 18 f.

⁶² Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap. 42 g §

⁶³ Prop 2010/11:33, s. 23 f.

⁶⁴ 2010/11:FPM138, s. 7.

⁶⁵ SOU 2010:24.

⁶⁶ SOU 2010:24, s. 197.

⁶⁷ *ibid*, s. 205.

⁶⁸ *ibid*, s. 197 f.

och att denna behörighet grundas på den organisation som är mest representativ på området vid avtalstillfället.⁶⁹ I utredningen föreslås även att det bör införas ett krav på att parterna ska offentliggöra att ett avtal med avtalslicensverkan har ingåtts.⁷⁰

Fördelning av ersättning görs av organisationerna. Utredaren påpekade att någon reglering eller statlig inblandning förekommer i liten utsträckning, utan ansvaret för att fördelningssystemet och avtalslicenssystemet i övrigt ska fungera ordentligt ligger hos organisationerna.⁷¹ I delbetänkandet framgår att systemet inte bör ändras, eftersom det anses vara välfungerande.⁷²

I delbetänkandet finns även förslag till ändring och utökning av de olika avtalslicenserna. Utredningen föreslår bland annat att avtalslicensbestämmelsen 42 d § URL, som reglerar avtalslicenser gällande bibliotekens och arkivens överföringar till lånesökande, ska utökas så att den även omfattar digitaliserat material.⁷³ Den nuvarande bestämmelsen som är kopplad till bestämmelsen i 16 § URL är begränsad i vissa avseenden som har redovisats ovan.⁷⁴ I utredningen föreslås att avtalslicensen ska utvidgas till att omfatta överföring till allmänheten samt att överföringen ska gälla alla former av material.⁷⁵

Även avtalslicensen som finns reglerad i 42 e § URL föreslås ändras. Även denna avtalslicens är begränsad till vissa särskilda situationer, däribland att den enbart omfattar utsändning och inte tillhandahållanden på begäran (on-demand). Den gäller heller inte sceniska verk, filmverk eller närstående rättigheter enligt 45 och 46 §§ URL.⁷⁶ Utredningens förslag innebär att 42 e § URL ska utvidgas så att avtalslicensen omfattar all överföring till allmänheten av offentliggjorda litterära och musikaliska verk samt offentliggjorda konstverk.⁷⁷ Skälet till förslaget är att TV och radio har ett behov av att tillgängliggöra sitt material på begäran. Det har sin grund i teknikutvecklingen som har medfört att lyssnare och tittare själva vill bestämma tid och plats för att lyssna/se på programmen, vilket är komplicerat i förhållande till rättighetsklareringen. Dessa on-demand rättigheter skulle klareras på ett mycket effektivt sätt genom en avtalslicens som omfattar sådana situationer.⁷⁸

⁶⁹ *ibid*, s. 204 f.

⁷⁰ *ibid*, s. 206.

⁷¹ *ibid*, s. 226.

⁷² *ibid*, s. 225.

⁷³ *ibid*, s. 258 f.

⁷⁴ *ibid*, s. 253.

⁷⁵ *ibid*, s. 254.

⁷⁶ *ibid*, s. 261 f.

⁷⁷ *ibid*, s. 263.

⁷⁸ *ibid*, s. 264f.

2.4.2 En generell avtalslicens

I delbetänkandet föreslår utredaren även att en generell avtalslicens⁷⁹ ska införas i den svenska lagen. En sådan avtalslicens finns redan i Danmark sedan några år tillbaka. Anledningen till införandet av en generell avtalslicens i vårt grannland var att det ansågs finnas ett behov av att kunna träffa avtalslicenser på områden som inte täcktes av de befintliga samt snäva bestämmelserna. De generella avtalslicenserna träffas på nya användningsområden, där det är problematiskt att få individuella tillstånd. För att en generell avtalslicens ska ingås måste det finnas en gemensam partsvilja.⁸⁰

Utredningen bakom det svenska lagförslaget visar att det finns ett behov av fler och utvidgade avtalslicenser. Istället för att införa nya specifika avtalslicensbestämmelser varje gång det uppstår ett nytt behov, skulle en generell avtalslicensbestämmelse lösa problemet, eftersom den erbjuder parterna möjlighet att bestämma på vilka områden en sådan avtalslicens kan träffas. Emellertid uppkommer även problem i förhållande till en generell avtalslicens, bland annat frågan om hur man ska tillgodose utanförståendes rättigheter och vilka organisationer som är behöriga att ingå avtal. Trots detta är många remissinstanser positiva till förslaget om en generell avtalslicens.⁸¹ Dagens avtalslicenssystem med specifika avtalslicenser är begränsande i förhållande till teknikens framsteg, där det kontinuerligt uppkommer nya områden för massutnyttjanden och behovet av rättighetsklarering är viktigt. En generell avtalslicensbestämmelse torde lösa detta problem på ett bättre sätt än att införa fler specifika avtalslicenser.⁸² Eftersom en generell avtalslicens bestäms utifrån parterna måste även dessa parter ta hänsyn till utanförståendes intressen. Från en rättssäkerhetsaspekt anses en generell avtalslicens godtagbar om det finns möjlighet för utanförstående att meddela förbud.⁸³ För att garantera rättssäkerheten måste även avtalet och nyttjandeområdet vara avgränsat och väldefinierat. Den generella avtalslicensen ska enbart vara tillämplig när det inte är möjligt att träffa individuella avtal samt att då den gemensamma partsavsikten är att avtalet ska ha avtalslicensverkan.⁸⁴

2.5 Kommentar

Avtalslicenser kom till för att förenkla rättighetsklareringen av upphovsrättsskyddade verk vid utsändning av TV och radio. Det blev ett välfungerande sätt att rättighetsklara massutnyttjanden och under årens lopp har fler avtalslicensbestämmelser tillkommit. Avtalslicenssystemet

⁷⁹ Utredaren föreslår att avtalslicensen ska benämnas "särskild avtalslicens". I utredningen används emellertid begreppet "generell avtalslicens" som även används i Danmark.

⁸⁰ SOU 2010:24 s. 274 f.

⁸¹ *ibid.*, s. 276 ff.

⁸² *ibid.*, s. 280 f.

⁸³ *ibid.*, s. 281.

⁸⁴ *ibid.*, s. 283 ff.

innebär att en organisation som företräder ett flertal upphovsmän träffar avtalslicens med en användare. Användaren får enligt avtalet rätt att utnyttja de upphovsrättsskyddade verken av organisationens medlemmar samt även de utanförstående. Detta är själva kärnan i avtalslicenssystemet.

Även om avtalslicensen anses vara välfungerande för att rättighetsklarera massutnyttjanden, kan det diskuteras om systemet är anpassat till den moderna digitala miljön och de framtida utmaningar som är att vänta. Som jag har redogjort för täcker de flesta avtalslicenser inte digitala utnyttjanden. Det har emellertid kommit en avtalslicensbestämmelse år 2011 som är teknikneutral och tar sikte på digitala utnyttjanden. Den omfattar alltså både exemplarframställning och överföring till allmänheten. Det finns även förslag om nya utvidgade avtalslicenser som ska omfatta sådana utnyttjanden. Det öppnar emellertid upp för frågor om hur rättighetsklareringen av dessa digitala utnyttjanden ska fungera i praktiken. I synnerhet med hänsyn till att organisationerna är nationella och att avtalslicensen enbart har verkan i landet.

I följande avsnitt ska jag först redogöra för organisationerna som tillhandahåller avtalslicenserna och deras förhållande till utlandet. Därefter ska jag redogöra för avtalslicenserna i förhållande till det internationella regelverket.

3 Rättighetsförvaltande organisationer

3.1 Allmänt

”För upphovsmannen har rättigheten [nämligen] intet värde, så länge han saknar praktiska möjligheter att utöva den och framför allt resurser att inkräva de små belopp det i varje enskilt fall kan vara fråga om.” Detta skrev Svante Bergström i artikeln *Program för upphovsrätten* och menade att rättighetsförvaltande organisationer⁸⁵ är den enda konstruktiva lösningen för att rättighetshavarna ska få sin ersättning för utnyttjanden.⁸⁶ I den allt mer globala världen, där utnyttjanden av upphovsrätt sker överallt, har upphovsmannen svårt att själv tillvarata sina rättigheter. En sådan uppgift kräver både tid och kunskap. Detta är anledningen till uppkomsten av organisationer som har till uppgift att tillvarata upphovsmännens rättigheter. Dessa typer av organisationer finns över hela världen.⁸⁷

Organisationernas uppgifter innefattar bland annat licensiering av rättigheter samt insamling av ersättning på grund av utnyttjanden och upplåtelse. Pengarna fördelas därefter till rättighetshavarna både i det egna landet och utomlands.⁸⁸ Organisationerna är nationella, vilket innebär att användarna måste erhålla tillstånd i varje land där verket ska utnyttjas. Dessa organisationer som finns på många platser i världen har ett internationellt samarbete som är kopplade genom ömsesidighetsavtal. Detta möjliggör att en nationell organisation kan bevaka en global repertoar av upphovsrättsskyddade verk.⁸⁹ Förr fanns det avtal som var multiterritoriella med en multirepertoar, exempelvis IFPI Simulcasting agreement. Problematiken med dessa avtal var att de möjligtvis stred mot konkurrensrätten, vilket jag inte närmare kommer att behandla i uppsatsen. De europeiska rättighetsförvaltande organisationerna har sedan 2005 återgått till att använda licenser som är begränsade till att enbart omfatta utnyttjanden i tillståndslandet. Det är teoretiskt möjligt för organisationerna att erbjuda multiterritoriella licenser, men de omfattar enbart en repertoar av verk skapade av deras egna medlemmar. En sådan situation är dock svår att bevaka för organisationerna.⁹⁰

Det finns ett stort intresse av att harmonisera förvaltningen av upphovsrätt inom EU, särskilt när det gäller utnyttjanden som sker på Internet, men har

⁸⁵ Även upphovsrättsorganisationer, collective societies.

⁸⁶ Bergström, NIR 2011 s. 143, s. 153 f.

⁸⁷ Stannow, Åkerberg, Hillerström, s. 179 f.

⁸⁸ Ibid, s. 190.

⁸⁹ Levin, s. 129, Gilliéron, IIC vol 37, s. 942.

⁹⁰ Gilliéron, IIC vol 37 s. 943 f. och 956 f.

ännu bara utmynnat i en rekommendation gällande försäljning av musikaliska verk på nätet. En rekommendation som är ganska oklar.⁹¹ Kommissionen planerar att lägga fram ett lagförslag 2012 gällande förvaltningen av upphovsrätt. Syftet är att förbättra förvaltningen, däribland få ökad insyn och bättre styrning av de europeiska organisationerna.⁹²

3.2 Svenska avtalslicensorganisationer

I Sverige är det framför allt två organisationer som tillhandahåller avtalslicenser och dessa är Copyswede och Bonus Presskopia.⁹³ Det finns även andra organisationer som träffar avtalslicenser. En förutsättning för att en organisation skall vara behörig är att den är representativ, vilket framgår i lagen genom att organisationen ska företräda ett flertal svenska upphovsmän på området. För närvarande finns det huvudsakligen fyra stycken sådana organisationer; Copyswede, Bonus Presskopia, STIM och ALIS.⁹⁴

Organisationerna arbetar utifrån vissa utgångspunkter för att tillgodose rättsäkerheten. Dessa är effektivitet, öppenhet och transparens samt likabehandling i enlighet med 42 a § URL.⁹⁵ Organisationerna ska vara effektiva i den meningen att fördelningsmetoderna gällande ersättning ska vara noggranna och rättvisa. Effektiviteten grundas även på huruvida rättighetshavarna får ersättning och vilka framgångar som organisationerna har gällande att hitta de utanförstående. Öppenhet och transparens tar särskilt sikte på möjligheterna för rättighetshavare att kunna ansluta sig till organisationerna och att kunna erhålla ersättning.⁹⁶ Som redogjorts tillhandahåller organisationer framför allt avtal som är monoterritoriella med en multirepertoar. Detta gäller även för avtalslicensorganisationerna.⁹⁷ Förutom att tillhandahålla licenser och administrera ersättning, kan dessa organisationer även bli part i intrångsmål.⁹⁸

De två främsta avtalslicensorganisationerna är Copyswede och Bonus Presskopia, vilket är anledningen till att jag valt att framför allt redogöra för dessa.

⁹¹ Europaparlamentets resolution av den 13 mars 2007 om kommissionens rekommendation av den 18 oktober 2005 om kollektiv gränsöverskridande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter i samband med lagliga musiktjänster på nätet (2005/737/EG) (2006/2008(INI))

⁹² KOM (2011) 427 slutlig, s. 12.

⁹³ Prop. 2004/05:11, s. 244.

⁹⁴ Olsson, Upphovsrättslagen (Zeteo), kommentaren till 3a kap. 42 a §.

⁹⁵ SOU 2010:24, s. 226.

⁹⁶ *ibid*, s. 227 f.

⁹⁷ Axhamn, Guibault, s. 34.

⁹⁸ Karnell, *Columbia Journal of Law & the Arts*, s.81.

3.2.1 Copyswede

Copyswede är en organisation som bildades på grund av det behövdes en samordnad rättighetsservice för vidareändring av radio- och TV-sändningar via kabel till privata hushåll. I slutet av 70-talet hade svenska TV-program vidareänts i Norge och de svenska rättighetshavarna hade inte fått ersättning av utnyttjandet. Detta blev en tvist i domstol, vilket ledde till att de svenska rättighetshavarna var tvungna att samordna sig. Copyswede bildades och representerade rättighetshavarna i tvisten. Följderna blev även uppkomsten av avtalslicensbestämmelsen som numera finns i 42 a § URL.⁹⁹ Copyswede har 14 ägare¹⁰⁰, vilka är organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer. Copyswede har fått i uppgift att bland annat licensiera vidareändring av TV och radio samt utgivning av DVD. Organisationen administrerar utbetalning och ersättning till rättighetshavarna samt privatkopieringsersättning.¹⁰¹ Copyswedens verksamhetsområde är ofta komplext, eftersom det innefattar produktioner som innehåller både ljud och rörliga bilder. Det är många olika upphovsrättsliga aktörer som ligger bakom exempelvis en TV-produktion. Fördelen med Copyswede är att organisationen kan erbjuda en heltäckande licens för användare som vill vidareända exempelvis en TV-produktion.¹⁰²

3.2.2 Bonus Presskopia

Bonus Presskopia är också en paraplyorganisation såsom Copyswede. Organisationens ägare¹⁰³, som består av bransch- och intresseorganisationer, företräder upphovsmän, föreläggare och utgivare inom områden såsom skön- och litteraturvetenskap, läromedel, noter och sångtexter, bild och press.¹⁰⁴ Organisationen träffar avtalslicenser utifrån lagbestämmelserna 42 b § och 42 c § URL, vilka innefattar framställning av exemplar inom myndigheter, företag och organisationer respektive framställning av exemplar inom undervisningsområdet.¹⁰⁵ Bonus Presskopia uppgifter innefattar bland annat att förhandla kopieringsavtal, administrera förvaltning

⁹⁹ Stannow, Åkerberg, Hillerström, s. 197.

¹⁰⁰ Ex. Bildkonst Upphovsrätt i Sverige, Föreningen Svenska Tecknare, Föreningen Sveriges konsthantverkare och industriformgivare, Nordisk Copyright Bureau, Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation, Svenska Fotografers Förbund, Svenska Journalistförbundet, Svenska Musikerförbundet, Stim, Sveriges Dramatikerförbund, Sveriges Författarförbund, Sveriges Läromedelsförfattares Förbund, Sveriges Yrkesmusikerförbund, Teaterförbundet.

¹⁰¹ <http://www.copyswede.se/om-copyswede/>

¹⁰² http://www.copyswede.se/fileadmin/user_upload/pdf/Att_tillgangliggora_kultur_11a.pdf

¹⁰³ Svenska Föreläggareföreningen, Sveriges Författarförbund, Föreningen Svenska Läromedel, Läromedelsförfattarna i Sverige AB, Journalisterna i Sverige AB, Sveriges Tidskrifter, TUService AB, Bildleverantörernas Förening, Föreningen Svenska Tecknare, Sveriges, Föreningen Svenska Kompositörer av Populärmusik, Föreningen Svenska Tonsättare, Svenska Musikföreläggareföreningen.

¹⁰⁴ <http://www.bonuspresskopia.se/texter/read.php?mid=315>

¹⁰⁵ SOU 2010:24, s. 212.

och fördelning av ersättning till rättighetshavare samt utreda och ingripa mot intrång.¹⁰⁶

3.3 Svenska avtalslicensorganisationer i förhållande till utlandet

3.3.1 Ömsesidighetsavtal

Det finns rättighetsförvaltande organisationer på många håll i världen. För att kunna erbjuda upphovsrättsskyddade verk från hela världen, så har det utvecklats ett samarbete mellan ländernas organisationer. Deras samarbete bygger på ömsesidighetsavtal mellan systerorganisationerna. Det är oklart hur välfungerade dessa samarbeten är, men ännu har det inte riktats någon kritik mot de svenska organisationerna i saken.¹⁰⁷

De olika svenska organisationerna fördelar pengarna på olika vis. Bonus Presskopia avskiljer ersättningen som ska gå till utländska rättighetshavare. Fördelningen sker utifrån avtal med systerorganisationer. I de situationer där det inte finns ett avtal, så avskiljs ändå en summa av ersättningen i fall ett avtal skulle träffas i framtiden. Ersättningsanspråken preskriberas tre år efter inkasserandet och går därefter istället till svenska rättighetshavare.¹⁰⁸

Copyswedes fördelningssätt skiljer sig en del från Bonus Presskopia och bygger på ett antal faktorer. Fördelningen beräknas utifrån svenska och utländska kanaler i proportion till antalet abonnenter. En annan faktor som ska tas med i beräkningen är rättighetsinnehållet. Ersättningen som är hänförlig till utländska kanaler och program skickas till respektive systerorganisation i enlighet med ömsesidighetsavtalet. Dessa utländska organisationer fördelar sedan ersättningen till rättighetshavarna.¹⁰⁹

Copyswede försöker träffa flera ömsesidighetsavtal med andra systerorganisationer och vid dessa avtal kräver de att motparten behandlar sina medlemmar och utanförstående lika.¹¹⁰

3.3.2 Utländska rättighetshavare

Som redogjorts för ovan ska avtalslicenssystemets rättighetshavare vara tillförsäkrad rättssäkerhet, vilket bygger på organisationernas effektivitet, öppenhet och transparens samt på likabehandling. Som framgår ovan har Copyswede även ett krav vid ingående av ömsesidighetsavtal att systerorganisationen ska behandla utanförstående såsom medlemmar. Föremål för diskussion har varit huruvida avtalslicenssystemet är välfungerande för utländska rättighetshavare. Både Karnell och Rognstad

¹⁰⁶ <http://www.bonuspresskopia.se/>

¹⁰⁷ SOU 2010: 24, s. 228.

¹⁰⁸ *ibid*, s. 213.

¹⁰⁹ *ibid*, s. 215.

¹¹⁰ *ibid*, s. 216.

anser att det finns brister och anför att frånvaron av ett bra registreringssystem medför att utanförstående rättighetshavare får svårt att erhålla sin individuella ersättning. De måste kunna visa att deras verk har utnyttjats.¹¹¹ Riis och Schovsbo tar också upp problemen som uppstår i förhållande mellan avtalslicensen och utanförstående. Det problematiska är svårigheterna att hitta de utanförstående och att de utanförstående många gånger är ovetande om att deras verk utnyttjas under en avtalslicens. Ett annat problem är att de utländska utanförstående inte får ersättning om landet inte har ett ömsesidighetsavtal. Även små ersättningar fördelas inte till rättighetshavarna, utan stannar hos organisationen.¹¹²

3.4 Kommentar

Jag har nu redogjort för organisationssystemet som är en av hörnstenarna i avtalslicenssystemet. I Sverige finns det framför allt två stycken organisationer som tillhandahåller avtalslicenser; Bonus Presskopia och Copyswede. Organisationerna är nationella och erbjuder avtalslicenser som enbart omfattar utnyttjanden i landet. Detta innebär att en svensk användare inte kan erhålla tillstånd av en svensk organisation för utnyttjanden utomlands. Många svenska organisationer har träffat så kallade ömsesidighetsavtal med systerorganisationer utomlands, så att organisationerna kan erbjuda en global repertoar av verk. Detta förenklar till viss del rättighetsklareringen för användarnas verksamhet.

Det finns kritik som har riktas mot att utanförstående, i synnerhet utländska, inte behandlas lika i jämförelse med medlemmar, bland annat att de oftast inte vet att deras verk utnyttjas under en avtalslicens och därmed inte får den ersättning de har rätt till. Detta är allvarligt menar jag. Det är viktigt att upprätthålla rättssäkerheten när avtalslicensen inskränker utanförståendes ensamrätt. Det är därmed viktigt att det träffas fler ömsesidighetsavtal, vilka är den metod som finns för att lösa problemen. Det förutsätter att det finns välfungerade organisationer i Sverige och utomlands. Möjligtvis kan multiterritoriella med en multirepertoar åter vara en lösning i framtiden.

Jag har i de första kapitlen redogjort för det svenska avtalslicenssystemet med tillhörande organisationer och deras förhållande till andra länder. I det följande ska jag röra mig på den internationella arenan. I nästa avsnitt ska jag redogöra för det internationella regelverket i syfte att utreda om det svenska avtalslicenssystemet är förenligt med bestämmelserna däri och huruvida det finns hinder eller problem med tillämpningen och införandet av avtalslicenser.

¹¹¹ Karnell, *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol 10:73 1985, s. 77, Rognstad, *NIR* 2004 s. 151, s. 158 f.

¹¹² Riis, Schovsbo, *Columbia Journal of Law*, vol 33, s. 19 f.

4 Avtalslicenser i förhållande till det internationella regelverket

I detta kapitel ska jag redogöra för om och i så fall hur avtalslicenser regleras internationellt och huruvida det finns hinder för att använda eller införa avtalslicenser. Detta har en betydelse för om Sverige och andra länder ska kunna införa avtalslicenser som kan tillämpas på digitala utnyttjanden.

Innan jag redogör för de internationella konventionerna och EU-rätten ska jag först redogöra för den universella territorialitetsprincipen.

4.1 Territorialitetsprincipen

Upphovsrätten, såsom all immaterialrätt, styrs av den icke lagfästa territorialitetsprincipen.¹¹³ Den kommer emellertid till uttryck indirekt i art. 5 Bernkonventionen, där det framgår att det upphovsrättsliga skyddet är begränsat till det aktuella territoriet. Skyddets innehåll och omfattning bestäms utifrån landets lagar.¹¹⁴ Detta innebär att en rättighetshavare inte kan få ett allomfattande internationellt upphovsrättskydd, utan istället får denne flera nationella skydd. Skyddet har alltså ingen extraterritoriell verkan. Territorialitetsprincipen har sitt ursprung och grund i ländernas suveränitet, som historiskt sträcker sig långt tillbaka i tiden.¹¹⁵ För avtalslicensens del innebär principen att avtalslicensen enbart har verkan i Sverige.¹¹⁶

Territorialitetsprincipen blir särskilt aktuell att granska i förhållande till IP-rätten och ska därför ytterligare utredas i kapitel sex.

4.2 Internationella konventioner

Det finns egentligen ingen internationell upphovsrätt, utan upphovsrätten är nationell. Däremot finns det internationella konventioner, vars minimiregler sätter upp gemensamma ramar. Dessa måste alla medlemsländer anpassa till.¹¹⁷ Detta medför att det finns ett grundläggande rättsskydd i alla länder som är anslutna till konventionerna.¹¹⁸

¹¹³ Von Lewinski, s. 6.

¹¹⁴ Axhamn, Guibault, s.19.

¹¹⁵ Von Lewinski, s. 6.

¹¹⁶ Prop. 2010/11:33, s. 24.

¹¹⁷ Ginsburg, Columbia Law Review, vol 95, s. 1495.

¹¹⁸ Rosén, s. 29.

De mest relevanta internationella regelverken för Sveriges del är Bernkonvention och TRIPS-avtalet. Jag ska i första hand fokusera på Bernkonventionens regler. Förutom de minimiregler som ser till att upphovsrätten ser likartad ut i alla medlemsländer, finns även bestämmelser om nationell behandling och ett förbud mot formaliteter. Principen om nationell behandling innebär att ett medlemsland ska ge samma skydd åt en utländsk konventionsmedborgare som åt landets egna medborgare.¹¹⁹ Det får med andra ord inte förekomma någon diskriminering på grund av nationalitet. Det finns även en likabehandlingsregel i art. 12 EU-fördraget, vilket kommer att behandlas tillsammans med nationell behandling. Kravet på att upphovsrätten inte ska vara beroende av formaliteter innebär att exempelvis registrering av upphovsrätt inte får förekomma.¹²⁰

4.2.1 Trestegstestet

I de internationella konventionerna stadgas inget uttryckligt om avtalslicenser och kollektiv rättighetsförvaltning.¹²¹ Däremot stadgas i Bernkonventionens art. 11 bis ett medgivande för avtalslicenser (och tvångslicenser) förutsatt att rättighetshavaren får ett rimligt vederlag.¹²² Med stöd av art. 11 bis 2 kan avtalslicenser användas för sändning av TV och radio.¹²³ Utgångspunkten i konventionerna är att upphovsmannen har en ensamrätt till sitt verk. Det är emellertid tillåtet för medlemsländerna att göra inskränkningar eller undantag från ensamrätten. Detta har betydelse för avtalslicenssystemet, eftersom det kan diskuteras om licenserna är förenliga med konventionerna, i synnerhet ur en utanförståendes perspektiv.¹²⁴

Enligt Bernkonventionen ska inskränkningarna vara förenliga med trestegstestet. Det finns vissa särskilda inskränkningar föreskrivna i konventionen som anses tillåtna, exempelvis ovannämnda art. 11 bis.¹²⁵ Vissa forskare anser att avtalslicensen inte ska ses som en inskränkning på grundval av att den utanförstående kan meddela förbud. Detta är däremot omtvistat och flertalet forskare menar att avtalslicensen är en inskränkning för utanförstående och måste vara förenlig med trestegstestet för att de ska vara godtagbara.¹²⁶ Trestegstestet finns i samtliga nämnda internationella konventioner och i EU-rätten, men ursprunget finner man i art. 9.2 Bernkonventionen, där det stadgas att ”upphovsmannens ensamrätt får begränsas i vissa särskilda fall, förutsatt att sådant mångfaldigande icke gör intrång i det normala utnyttjandet av verket och ej heller oskäligt inkräktar

¹¹⁹ Bernitz, Karnell, Pehrsson, Sandgren, s. 12.

¹²⁰ Levin, s. 42 ff.

¹²¹ Axhamn, Guibault, s. 47.

¹²² Rognstad, NIR 2004 s. 151, s.156.

¹²³ Riis, Schovsbo, Columbia Journal of Law, vol 33, s.14.

¹²⁴ Axhamn, Guibault s. 47.

¹²⁵ Von Lewinski, s. 159.

¹²⁶ Axhamn, Guibault, s. 47 ff.

på upphovsmannens legitima intressen”¹²⁷ Bernkonventionens trestegstestet tar enbart sikte på mångfaldiganden, medan TRIPS-avtalets trestegstestet i art. 13 omfattar även andra rättigheter.¹²⁸ Alla kriterier i detta test måste uppfyllas för att inskränkningen ska bli giltig.¹²⁹ Trestegstestet har varit omdebatterat och det finns olika åsikter om hur testet ska tillämpas.¹³⁰ Det första som ska uppfyllas är att det handlar om ett särskilt fall. Det torde innebära att inskränkningen ska ha en begränsad räckvidd och ha ett specifikt syfte. Den nationella lagstiftaren ska precisera och klargöra inskränkningen. Det andra steget innebär att mångfaldigandet inte ska göra intrång i det normala utnyttjandet. Det finns olika åsikter om hur detta steg ska tolkas. Alla former av utnyttjanden som har eller kan få betydande ekonomisk eller praktisk betydelse ska vara förbehållen rättighetshavaren. Dessa former av utnyttjanden är inte förenliga med trestegstestet. Det sista steget innebär att inskränkningen inte får oskäligt inkräkta på upphovsmannens legitima intressen. Detta steg innefattar att man ska väga de olika intressena, dels allmänhetens och dels upphovsmannens, för att utreda om det är en legitim inskränkning. Det ska göras en proportionalitetsbedömning, där hänsyn ska tas till förhållandena i varje enskilt land. Von Lewinski lämnar exempel på en sådan situation som eventuellt inte skulle vara förenlig med tredje steget; nämligen det fallet att ersättning inte utges för privatkopiering. Detta skulle således kunna oskäligt inkräkta på upphovsmannens legitima intressen.¹³¹

Von Lewinski anför exempel på inskränkningar som anses vara godtagbara enligt trestegstestet, bland annat kopiering inom jobbet, för forskning och arkivering. Von Lewinski framhåller emellertid att varje fall ska bedömas var för sig.¹³² Det har diskuterats om de nordiska avtalslicenserna uppfyller trestegstestet. De danska rättsvetenskapsmännen Riis och Schovsbo ansåg att de danska avtalslicenserna uppfyllde testet. På grund av att de enskilda avtalslicensbestämmelserna är specifika anses de uppfylla första kravet.¹³³ Emellertid menar många forskare att steget tar sikte på själva avtalsinnehållet och inte lagregeln. Eftersom avtalsinnehållet ser olika ut måste det göras en individuell prövning i varje enskilt fall.¹³⁴ Även det andra och tredje steget torde avtalslicenserna uppfylla, då de har funnits så pass länge i den rättsliga traditionen samt att de inblandande parterna gynnas av systemet.¹³⁵ Då rättighetshavare erhåller ersättning samt innehar en förhandlingsposition talar det för att avtalslicensen är en legitim inskränkning gällande tredje steget.¹³⁶ Sammantaget torde detta innebära att även de svenska avtalslicenserna är förenliga med trestegstestet, men det som måste poängteras är att varje avtal ska bedömas var för sig. Frågan är

¹²⁷ Levin, s. 188.

¹²⁸ Rognstad, NIR 2004 s. 151, s. 156.

¹²⁹ Von Lewinski, s. 160.

¹³⁰ Riis, Schovsbo, Columbia Journal of Law, vol 33, s. 15.

¹³¹ Von Lewinski, s. 161 ff.

¹³² Ibid, s 164.

¹³³ Riis, Schovsbo, Columbia Journal of Law, vol 33, s. 15 f.

¹³⁴ Axhamn, Guibault, s. 50 f.

¹³⁵ Riis, Schovsbo, Columbia Journal of Law, vol 33, s. 16 f.

¹³⁶ Axhamn, Guibault, s. 51 f.

huruvida en framtida generell avtalslicens är förenlig med trestegstestet. Riis och Schovsbo anför att den generella avtalslicensen är problematisk eftersom den har ett stort omfång och inte är specifik, men eftersom möjligheten att meddela förbud finns borde den vara en acceptabel inskränkning.¹³⁷ Eftersom det i motiven till lagförslaget poängteras att innehållet i en generell avtalslicens måste vara avgränsat och definierat, talar detta för införandet av en sådan avtalslicens inte skulle förhindras av trestegstestet. Även möjligheten att kunna meddela förbud tyder på att en sådan avtalslicens är godtagbar. Emellertid kan det diskuteras om införandet av avtalslicenser i andra länder klarar trestegstestet, bland annat beroende på att de saknar institutet i sin rättsliga tradition.

4.2.2 Nationell behandling och förbud mot formaliteter

Som jag redan har nämnt så finns det ett krav på att upphovsrätten inte ska vara beroende av några formaliteter, vilket framgår av art. 5.2 Bernkonventionen. Det kan diskuteras om utanförståendes rätt att meddela förbud mot användning är en sådan formalitet som strider mot konventionen. Det som talar mot en sådan inställning är att upphovsmannens rätt att meddela förbud inte utgör en förutsättning för hans utövande av sin upphovsrätt.¹³⁸

När man utreder om avtalslicenser är förenliga med Bernkonventionen menar Riis och Schovsbo att man måste göra en åtskillnad mellan de avtalslicenser där man kan meddela förbud och dem där man inte kan. De avtalslicenser där utanförstående inte kan meddela förbud är restriktiva och kan eventuellt strida mot konventionerna, eftersom de kan komma i konflikt med ensamrätten. Många gånger vet inte en utanförstående att dennes verk utnyttjas under en avtalslicens och kan därmed inte meddela förbud, vilket får konsekvensen att avtalslicenser får karaktären av en tvångslicens. Avtalslicenssystemet brister i den aspekten att det inte finns ett välutvecklat system att meddela samtliga utanförstående och störst risk att inte bli meddelad föreligger för utländska rättighetshavare.¹³⁹

Jag har i det föregående diskuterat problemen förknippade med avtalslicenser och utanförstående. För att ett avtalslicenssystem ska anses uppfylla kraven på likabehandling så ska de utländska utanförstående erhålla ersättning och bli behandlade på samma sätt som medlemmar. Utanförstående har rätt till ersättning, men på grund av att de sällan vet om att deras verk utnyttjas, får de svårigheter att erhålla individuell ersättning. Utländska rättighetshavare får inte heller ersättning om det inte finns ett ömsesidighetsavtal mellan organisationerna. Som en konsekvens stannar en

¹³⁷ Riis, Schovsbo, Columbia Journal of Law, vol 33, s. 17 f.

¹³⁸ Ibid, s. 12 f.

¹³⁹ ibid, s. 11 f.

stor del av pengarna i ursprungslandet, inkluderat en andel som organisationen behåller för administration. Detta skulle kunna strida mot EU:s icke-diskrimineringsstadga art. 12 i fördraget som ska tolkas strikt.¹⁴⁰ Det är emellertid inte avtalslicensen i sig som är diskriminerande, utan istället är det organisationerna som brister.¹⁴¹

4.3 EU

Det finns egentligen inga avtalslicensregler i EU-rätten. Däremot är EU positiv till avtalslicenser samt rättighetsförvaltande organisationer.¹⁴²

4.3.1 Sat/cab-direktivet

Sat/cab-direktivet införlivades i svensk lag i juni 1995 och syftet med direktivet var att ”harmonisera upphovsrätten vid gränsöverskridande television genom satellit och eller kabelöverföringar”.¹⁴³ I direktivet finns det dels regler om satellitsändningar och dels om kabelsändningar. I direktivet framkommer det att enbart avtal kan ligga till grund för tillstånd gällande sändning genom satellit till allmänheten av upphovsrättsskyddade verk. I art. 3.2 framkommer det att ett kollektivt avtal får träffas mellan en organisation och ett radio/TV-företag som även har verkan i förhållande till de rättighetshavare som inte är medlemmar av organisationen. Vissa förutsättningar måste vara uppfyllda, bland annat att satellitsändningen måste ske samtidigt som marksändningen.¹⁴⁴ I propositionen framgår det att de svenska avtalslicensbestämmelserna motsvarade direktivet i stort. Däremot ansåg lagstiftaren att avtalslicenserna måste ändras så att de var tillämpliga på satellitsändningar.¹⁴⁵ Enligt direktivet kan alltså rättigheterna till ett TV-program via satellit förvärvas bland annat genom kollektiva avtal och dessa avtal kan ha en avtalslicensverkan.¹⁴⁶ När det gäller kabelsändningar är art. 9 i direktivet i synnerhet intressant, där det framgår att dessa rättigheter endast kan utövas genom kollektiv organisation. Det framkommer att en utanförstående har samma rättigheter och skyldigheter som en medlem av en kollektiv förvaltningsorganisation.¹⁴⁷ Anledningen till införandet av dessa regler var att lagstiftaren vill undvika fördröjningar vid utsändning av TV.¹⁴⁸

¹⁴⁰ *ibid*, s. 20 f.

¹⁴¹ Axhamn, Guilbault, s. 45 f.

¹⁴² Riis, Schovsbo, *Columbia Journal of Law*, vol 33, s. 7.

¹⁴³ Nyh, NIR 1996 s. 191, s. 191.

¹⁴⁴ Prop. 1994/95:58, s. 47.

¹⁴⁵ *ibid*, s. 48.

¹⁴⁶ Nyh, NIR 1996 s. 191, s. 192.

¹⁴⁷ Prop. 1994/95:58, s. 50 f.

¹⁴⁸ Riis, Schovsbo, *Columbia Journal of Law*, vol 33, s. 7.

4.3.2 Infosoc-direktivet

I Infosoc-direktivet finns en lista av inskränkningar som medlemsstaterna kan implementera om de vill. Dessa inskränkningar måste emellertid vara förenliga med trestegstestet.¹⁴⁹ I skäl 18 framkommer att direktivet inte påverkar de nationella bestämmelserna om avtalslicenser. Detta innebär att dessa avtal inte ska anses som en inskränkning. Istället anses de vara ett sätt att förvalta rättigheter.¹⁵⁰ Direktivet utgör inget hinder för medlemsstaterna att utforma nya avtalslicenser. I skälen framkommer det även att dessa avtal ska uppmuntras.¹⁵¹ De anses vara fördelaktiga för alla inblandade parter, både rättighetshavarna och användarna.¹⁵²

4.4 Kommentar

För att avtalslicenser ska vara godtagbara måste de vara förenliga med internationella konventioner och EU-rätten. Det är omdebatterat huruvida avtalslicensen ska betraktas som en inskränkning. Enligt EU-rätten anses den inte vara en inskränkning, utan ett sätt att förvalta rättigheter. För att avtalslicensen ska anses vara en godtagbar inskränkning i enlighet med de internationella konventionerna så måste den klara trestegstestet. Detta trestegstest måste göras i varje enskilt avtal och därför är det problematiskt att veta om avtalslicenserna är godtagbara. Av doktrinen framgår att mesta pekar på att de specifika avtalslicensbestämmelserna är förenliga med konventionerna. Däremot kan det diskuteras om framtida och utvidgade avtalslicenser kommer att vara förenliga med trestegstestet. Det får visas när man utvärderar sådana lagförändringar.

Sammantaget finns det möjlighet, under förutsättning att det uppfyller trestegstestet och nationell behandling, för länder att införa avtalslicenssystem. Frågan är hur ett avtalslicenssystem kommer att fungera i en värld vars gränser allt mer suddas ut på grund av den digitala utvecklingen.

¹⁴⁹ Axhamn, Guibault, s.13.

¹⁵⁰ Prop. 2004/05: 110, s. 245.

¹⁵¹ Prop. 2010/11:33, s. 14.

¹⁵² *ibid*, s. 20.

5 Avtalslicenser i den digitala världen

”Copyright law has maintained the balance between encouraging authorship and enlightening the public”¹⁵³

5.1 Nya användningsområden i Norden

Internet har öppnat dörren för en helt ny värld. Den har möjliggjort för nya sätt att sprida, skapa och ta del av kultur på ett globalt plan.¹⁵⁴ I Europa finns det ett stort intresse för att tillgängliggöra kulturarvet på Internet. Detta är emellertid problematiskt i ett rättighetsklaringsperspektiv, eftersom klarering av dessa rättigheter kan resultera i enorma transaktionskostnader.¹⁵⁵ Ett av de stora problemen är digitalisering av de mängder av orphan works¹⁵⁶ som finns i kulturarven, vilket beror på att rättighetshavarna till dessa verk är svåra eller omöjliga att lokalisera. Det är kostsamt och tidkrävande att leta reda på dem.¹⁵⁷ När transaktionskostnaderna är så höga är det inte alltid lönsamt att tillgängliggöra materialet på Internet.¹⁵⁸ Avtalslicensen har därför fått en ny aktualitet, eftersom den kan vara lösningen på klareringsproblematiken. I synnerhet gäller detta orphan works, eftersom rättighetshavarna till dessa verk skulle omfattas av avtalslicensverkan.¹⁵⁹

Som jag redan berört i kapitel två föreslås nya avtalslicensbestämmelser som omfattar digitala utnyttjanden. En utvidgad 42 d § URL skulle möjliggöra för arkiv och bibliotek att tillgängliggöra upphovsrättsskyddade verk på Internet. Detta välkomnas av bland annat Kungliga biblioteket och Riksarkivet, eftersom en digitalisering skulle öka tillgängligheten till deras samlingar.¹⁶⁰ För många arkiv och bibliotek ingår detta i deras uppdrag.¹⁶¹ Även TV och radio vill tillgängliggöra sitt material på Internet, vilket numera är möjligt, åtminstone gällande återanvändning av egenproducerat material. Att tillgängliggöra sändningar på begäran kräver emellertid att avtalslicensbestämmelsen i 42 e § utvidgas, vilket är ett annat lagförslag i delbetänkandet.

¹⁵³ Ginsburg, Columbia Law Review vol 95, s. 1468.

¹⁵⁴ Prop. 2009/10:3, s. 15.

¹⁵⁵ Axhamn, Guibault, s. 8.

¹⁵⁶ Benämns även anonyma verk, föräldralösa verk, herrelösa verk.

¹⁵⁷ Pendly, s. 67 och 69 f., EBU Copyright white paper, s. 5.

¹⁵⁸ Axhamn, Guibault, s. 11 f.

¹⁵⁹ Riis, Schovsbo, Columbia Journal of Law, vol 33 s. 2.

¹⁶⁰ SOU 2010:24, s. 248 ff.

¹⁶¹ *ibid*, s. 252.

I Norge och Danmark har lagstiftaren kommit längre vad gäller att modernisera avtalslicenssystemet. I Norge pågår ett projekt ”Bokhylla”, där nationalbiblioteket har tillgängliggjort 50 000 upphovsrättsskyddade böcker på Internet. Detta har möjliggjorts genom att en avtalslicens har träffats med den norska organisationen Kopinor. Denna avtalslicens grundas på bestämmelsen som ger bibliotek och arkiv rätt att framställa exemplar av utgivna verk i samlingarna och göra dem tillgängliga för allmänheten.¹⁶² Projektet möjliggör att man kan söka och leta i samt läsa materialet, men det finns dock begränsningar, bland annat kan man inte ladda ner böckerna.¹⁶³

I juli 2008 infördes en generell avtalslicensbestämmelse i Danmark som finns i 50 § 2 st. danska upphovsrättslagen.¹⁶⁴ Syftet är att den ska användas på områden som inte täcks av de specifika avtalslicenserna. Den skulle omfatta både digitala och icke-digitala utnyttjanden. Den skulle bland annat kunna användas vid rättighetsklarering av orphan works.¹⁶⁵ Det första avtalet i enlighet med 50 § 2 st. träffades året efter införandet av bestämmelsen. Avtalslicensen träffades mellan kabeloperatörer och ett antal organisationer och omfattar tjänsten som möjliggör för hushåll som har kabel-TV att starta och stoppa ett pågående TV-program on-demand.¹⁶⁶ Detta avtalade område är förenligt med motiven till lagstiftningen i vilket ministeriet exemplifierade att en generell avtalslicens kan användas på on-demand tjänster.¹⁶⁷ Som jag redan har redogjort för kan den generella avtalslicensen vara problematisk, bland annat för att den kanske inte är förenlig med de internationella konventionerna. Ett annat problem är att den generella avtalslicensen kan leda till ”copyright havens” vid exempelvis digitalisering av bibliotek utan någon territoriell begränsning. Detta gäller inte enbart den generella avtalslicensen, utan även andra avtalslicenser som ska användas på digitala utnyttjanden. Om en användare som vill tillgängliggöra verk på Internet träffar en avtalslicens med en organisation om detta, så gäller tillståndet i utlandet enbart medlemmar. Däremot gäller tillståndet inte för de utanförstående, eftersom dess utsträckta verkan är enbart tillämplig i landet där avtalslicensen gäller, vilket är en följd av territorialitetsprincipen. Organisationerna som tillhandahåller sådana avtalslicenser måste skriva in ett förbud mot användning i andra länder. Användarna kan komma att försöka kringgå detta genom att använda sig av bland annat friskrivningsklausuler, vilket skulle leda till missbruk av upphovsrätten.¹⁶⁸

¹⁶² SOU 2010:24, s. 246 f.

¹⁶³ Axhamn, Guibault, s. 57.

¹⁶⁴ Foged, E.I.P.R 2010, s. 23.

¹⁶⁵ Kyst, NIR 2009 s. 44, s. 47 f.

¹⁶⁶ SOU 2010:24, s. 275.

¹⁶⁷ Foged, E.I.P.R 2010, s. 25.

¹⁶⁸ Riis, Schovsbo, Columbia Journal of Law, vol 33, s. 26. jfr Kyst, NIR 2009 s. 44, s. 52.

5.2 Avtalslicensen – en framtid i Europa?

5.2.1 Behovet av ett effektivt rättighetsklareringssystem

Det är inte enbart i Norden som avtalslicensen är aktuell, den finns även på EU:s agenda.¹⁶⁹ I en rekommendation¹⁷⁰ som det Nordiska rådet har utarbetat uppmanas de nordiska regeringarna att uppmuntra Europa att börja använda ett avtalslicenssystem och att den även bör användas internationellt.¹⁷¹

Det har kommit olika EU-dokument som tar upp avtalslicenser. Grönboken, *Upphovsrätten i kunskapsekonomin*, syftar till att stimulera till debatt om hur kunskap för forskning, vetenskap och utbildning kan spridas på Internet på bästa möjliga sätt. Kommissionens mål med detta är att lansera den femte friheten; ”free movement of knowledge and innovation”. Kommissionen framhåller att kunskap ska vara en frihet, men att det samtidigt ska finnas ett visst upphovsrättsligt skydd, eftersom upphovsmännen måste få ersättning för deras arbete.¹⁷² I grönboken diskuteras om de inskränkningar och undantag som blir relevanta vid kunskapsspridning bör ses över. I grönboken tas bland annat upp undantagen för bibliotek och arkiv samt för undervisning och forskning. När det gäller undantagen för bibliotek och arkiv upptas särskilt problemet med orphan works. Många institutioner, som exempelvis museum, bibliotek och arkiv, är innehavare av orphan works och det finns en vilja att tillgängliggöra dessa verk på Internet. Det är framför allt ett rättighetsklareringsproblem hänförligt till att det dels är dyrt att försöka hitta upphovsmannen, dels att man inte vill att det ska bli intrångsproblem om upphovsmannen dyker upp.¹⁷³ I det efterföljande meddelandet föreslås att avtalslicensen kan vara lösningen på många av problemen, exempelvis skulle den kunna användas när arkiv och bibliotek vill tillgängliggöra sina samlingar på Internet. Några konkreta förslag har dock inte utformats.¹⁷⁴

Det har framlagts en annan utredning från Europeiska kommissionen som diskuterar avtalslicensen, *Creative content in a European Digital Single Market: Challenges for the future. A reflection Document of DG INFSO and DG Markt*. Utredningen syftade till att diskutera de utmaningar som Europa står inför, när det gäller förhållandet mellan upphovsrätten och den digitala utvecklingen. Utmaningar som innefattar att EU vill sprida upphovsrättsskyddade verk och kreativitet samtidigt som det finns hinder för denna spridning och även andra problem som exempelvis olaglig nedladdning. Utredningen har som utgångspunkt att skapa ”a modern, pro-

¹⁶⁹ Kyst, NIR 2009 s. 44, s. 44.

¹⁷⁰ Rekommendation (28/2002)

¹⁷¹ DS 2008:15 s. 34.

¹⁷² Com (2008) 446 Final, s. 3 f.

¹⁷³ *ibid*, s. 10 f.

¹⁷⁴ 2009/10: FPM 80

competitive, and consumer-friendly legal framework for a genuine Single Market for Creative Content Online”.¹⁷⁵ Balansen mellan att sprida kulturalster och det motstående intresset att dessa inte ska utnyttjas olagligt kokas ned till att hitta lagliga metoder som tar hänsyn till samtliga parter; konsumenten, den kommersiella användaren och rättighetshavaren. Konsumenten vill ha tillgång till ett stort utbud av upphovsrättsskyddat material på den plats och tidpunkt som konsumenten själv bestämmer. Den kommersiella användaren vill ha ett rättighetsklareringssystem som är välfungerande, medan rättighetshavaren vill erhålla ersättning för de upphovsrättsskyddade verk som utnyttjas.¹⁷⁶ Ett av problemen som utredningen tar upp gällande rättighetsklarering hänför sig till territorialitetsprincipen. Den får till följd att användaren måste klarera rättigheter i 27 länder för att sprida verket inom EU för att därigenom inte riskera att det leder till intrång. Ett sätt att lösa problemet hade varit att använda sig av sat/cab-direktivets metod, där användaren som vill sända program till andra länder enbart behöver klarera rättigheter på ett ställe; sändarlandet. Det är emellertid oklart om den här metoden är tillämplig på digitala utnyttjanden.¹⁷⁷

Ett område som behöver ett effektivt rättighetsklareringssystem är det audiovisuella området. Konsumenter förväntar sig att TV-sändning även ska kunna utnyttjas on-demand på olika nya plattformar, annars kan illegala nedladdningar riskera att öka.¹⁷⁸ EBU menar att EU behöver ett moderniserat och förenklat rättighetsklareringssystem för den digitala världen. EBU föreslår bland annat i en rapport att EU borde införa ett avtalslicenssystem i medlemsstaterna. Det görs dock ingen utredning hur ett sådant system skulle fungera i praktiken. EBU menar också att rättighetsklareringssystemet ska bygga på sat/cab-direktivets lösning med enbart ett ställe att klarera alla rättigheter.¹⁷⁹

I augusti 2011 kom en rapport om avtalslicenser med titeln *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage*. Rapporten, som är skriven av Axhamn och Guibault, syftar till att utreda avtalslicenssystemet som lösningen på rättighetsklareringsproblematiken gällande att tillgängliggöra upphovsrättsskyddade verk på Internet, detta i ljuset av projektet Europeana.¹⁸⁰ Projektet syftar till att skapa ett virtuellt bibliotek, där Europas kulturarv tillgängliggörs på Internet. Louvren och The British Library är några av de institutioner som tillhandahåller material till projektet.¹⁸¹ För att kunna tillgängliggöra verk på Internet så måste rättigheter klareras, vilka kan leda till enorma transaktionskostnader, inte minst gällande orphan works. Även Axhamn och Guibault menar att

¹⁷⁵ Creative content in a European Digital Single Market: Challenges for the future. A reflection Document of DG INFOSO and DG Markt, s. 2 f.

¹⁷⁶ *ibid*, s. 9.

¹⁷⁷ *ibid*, s. 10 ff.

¹⁷⁸ EBU copyright, White Paper, s. 3

¹⁷⁹ *ibid*, s. ix f.

¹⁸⁰ Axhamn, Guibault, s. v

¹⁸¹ *ibid*, s. 7.

avtalslicenssystemet kan vara en bra lösning på rättighetsklareringsproblematiken, vilket de anser är fördelaktig för samtliga inblandande parter. Samtidigt uppmärksammar Axhamn och Guibault att det finns en problematik med territorialitetsprincipen.¹⁸²

5.2.2 Samhällskontexten

”ECLS¹⁸³ have been successful because of the context in which they function”.¹⁸⁴

Avtalslicenssystemet har fungerat väldigt ändamålsenligt i Norden. Detta beror till stor del på den nordiska samhällsstrukturen.¹⁸⁵ Karnell menar att det enbart är länder som har välfungerade organisationer som kan införa ett avtalslicenssystem.¹⁸⁶ Det är inte möjligt att rakt av importera systemet med avtalslicenser i andra länder. Ett införande av avtalslicenser i andra länder fordrar att det görs utredningar som tar hänsyn till internationell och nationell rätt samt landets kulturella och sociala miljö.¹⁸⁷

5.3 Kommentar

Det finns ett mål i Europa om att skapa den femte friheten, det vill säga en fri rörlighet för kunskap och innovation. Det inkluderar bland annat att man vill digitalisera Europas kulturarv. Det finns en hel del sådana digitaliseringsprojekt i Europa, bland annat Europeana. Att möjliggöra sådana projekt är emellertid inte helt problemfritt. Ett av de största problemen hänför sig till bristen av ett bra rättighetsklareringssystem, särskilt ett som löser svårigheterna kring orphan works. Eftersom kulturarvet består av mängder med orphan works är det av största vikt att hitta en fungerande lösning. Möjligtvis erbjuder avtalslicensen det.

Även om avtalslicensen anses välfungerande i Norden är det möjligt att systemet inte är lämpligt att införa i andra länder. Som Karnell och många andra forskare uttryckt menar så fungerar avtalslicensen bra i Norden på grund av samhället som den är situerad i. I andra samhällen skulle den kanske fungera sämre.

Med tillgängliggörandet av upphovsrättsskyddade verk på Internet uppstår problem med territorialitetsprincipen, vilket får konsekvenser för avtalslicensen. Följden blir att en användare måste klarera rättigheter i alla

¹⁸² *ibid*, s. 71 f.

¹⁸³ Extended collective license

¹⁸⁴ Riis, Schovsbo, *Columbia Journal of Law*, vol 33, s. 25.

¹⁸⁵ *ibid*, s. 25.

¹⁸⁶ Karnell, *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 10:73 1985, s. 76 f.

¹⁸⁷ Riis, Schovsbo, *Columbia Journal of Law*, vol 33, s. 25.

länder där tillgängliggörandet sker, vilket inte är speciellt praktiskt för en användare. Detta är inte bara hänförligt till avtalslicensen utan torde även gälla andra former av rättighetsklareringssystem.

Ett annat problem som är relaterat till avtalslicensen och territorialitetsprincipen är risken för copyright havens. En sådan situation uppstår när användaren tillgängliggör verk på Internet. Eftersom avtalslicensen inte har verkan utanför territoriet föreligger oftast ett förbud att nyttja utanförståendes verk i utlandet. Användaren kan dock kringgå förbudet på olika sätt, vilket kan leda till missbruk av upphovsrätten.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att problem uppstår när avtalslicenser ska tillämpas på gränsöverskridande utnyttjanden. Detta leder mig vidare till frågan; var klarerar man rättigheter i en digital miljö där upphovsrättsskyddade verk utnyttjas över gränserna? Och hur löser man lagvalsproblemen som kan uppkomma?

6 Internationella aspekter på avtalslicensen

6.1 Allmänt

Internationell privaträtt; regler om domsrätt och lagval, blir relevant vid gränsöverskridande rättsliga förhållanden. Som jag har redogjort för ovan har dagens avtalslicens egentligen ingen gränsöverskridande karaktär, förutom vidaresändning av TV och radio. Avtalslicensen har enbart verkan i landet där tillståndet har getts. Den utsträckta verkan för utanförstående rättighetshavare gäller således inte utanför territoriet. En avtalslicens kan ännu inte ingås mellan en svensk användare och en utländsk organisation. Anledningen till detta är för att undvika lagvalsproblem. Detta kommer antagligen att ändras, eftersom bestämmelsen möjligtvis strider mot EU-regler. Trots att det inte står uttryckligen någonstans, får det däremot antas att utländska användare kan träffa en avtalslicens med en svensk organisation.

Som tidigare nämnt är upphovsrätten territoriell, vilket innebär att upphovsrättsskyddet är begränsat till landet, vars nationella lagar bestämmer skyddets innehåll och omfattning. Detta innebär att upphovsrättsskyddet inte har en extraterritoriell verkan. Dagens samhälle som präglas av utnyttjanden på Internet är emellertid av global och gränsöverskridande karaktär. Det är mycket som pekar på att det svenska avtalslicenssystemet kommer att anpassa sig till att omfatta sådana utnyttjanden, det vill säga även tillämpas på överföring till allmänheten, samt att sannolikt fler länder kommer att införa ett liknande avtalslicenssystem. Det är framför allt bibliotek och arkiv samt TV/radio i Europa som vill tillgängliggöra sina samlingar på Internet och införa avtalslicenser för att lösa problemtiken kring rättighetsklarering.

Även om avtalslicensen inte har verkan utanför landet, så kommer tillgängliggörandet av upphovsrättsskyddat material på Internet att leda till att avtalslicensen påverkas därav. De frågor som är relevanta att ställa är var man klarerar rättigheter och vilken lag som blir tillämplig vid intrång på Internet. Dessa frågor ska jag utreda i det följande. Jag ska även utreda vilken betydelse territorialitetsprincipen har i detta sammanhang. Jag kommer som tidigare nämnts inte att diskutera jurisdiktionsfrågan, utan kommer att utgå från att förutsättningen att frågan om behörig domstol redan är avgjord.

6.2 Lagvalet i förhållande till territorialitetsprincipen

Strömholm framhåller att det inte finns mycket skrivet om förhållandet mellan upphovsrätten och IP-rätten. Kanske beror det på att IP-rätten inte är utvecklad i någon större utsträckning på upphovsrättens område. Detta menar i alla fall Batiffol och Legarde.¹⁸⁸ Schack menar att många immaterialrättsjurister under många år ansåg att territorialitetsprincipen och de upphovsrättsliga konventionerna löste alla IP-rättsliga problem.¹⁸⁹

Det finns framför allt två stycken rättsvetenskapsmän i Europa som bidragit till att utreda förhållandet mellan IP-rätt och upphovsrätt; Ulmer och Raynard. Ulmer analyserade det internationella upphovsrättsskyddet utifrån Bernkonventionen och han kom fram till att den centrala utgångspunkten är att skyddslandsprincipen gäller. Denna princip sammanfaller med territorialitetsprincipen och innebär att ”upphovsrätten i den konventionsstat för vilken skydd begäres tillämpas”. I förlängningen innebär detta att när intrång har skett i ett visst land måste upphovsmannen väcka talan i intrångslandet, vars domstol sedan tillämpar sina nationella lagar. Eftersom medlemsstaternas lagar är anpassade till konventionens minimiregler samt reglerna om nationell behandling, så får den utländska rättighetshavaren sin rätt tillgodosedd.¹⁹⁰ Däremot ansåg Ulmer att denna princip inte var tillämplig på upphovsrättsliga avtal, utan istället menade han att den IP-rättsliga principen om ”the proper law of the contract” blir aktuell och som även finns stadgat i 1980 års Romkonvention.¹⁹¹ Ulmer fick kritik för sina idéer och kritikerna menade att de IP-rättsliga reglerna inte kunde hittas i de upphovsrättsliga konventionerna, istället skulle man söka svaret i de IP-rättsliga regelverken.¹⁹² Fransmannen Raynard hade en annan utgångspunkt, nämligen att upphovsrätten tillhörde sakrätten. Han anförde att de vanliga IP-reglerna om sakrätt skulle tillämpas, det vill säga principen *lex rei sitae* som innebär att den tillämpliga lagen blir i den ort där rättssubjektet, det vill säga verket, befinner sig. Det problematiska här är att lokalisera det immateriella verket som oftast är allestädesnärvarande.¹⁹³

I modernare doktrin diskuteras om jurisdiktions- och lagvalsregler kan hämtas ur konventionerna. Fawcett och Torremans menar att det inte går att härleda några jurisdiktionsregler ur Bernkonventionen.¹⁹⁴ Däremot bör det gå att härleda lagvalsregler från bestämmelserna om nationell behandling, men dessa utgör inga uttömmande lagvalsregler. Reglerna som uttrycker att utländska medborgare ska behandlas såsom inhemska antyder att de

¹⁸⁸ Strömholm, NIR 2003 s 199, s. 199 f.

¹⁸⁹ Schack (ed Leible, Ohly), s. 79.

¹⁹⁰ Strömholm, NIR 2003 s 199, s. 200 f.

¹⁹¹ *ibid.*, s. 200. Romkonventionen är numera ersatt av Rom I-förordningen.

¹⁹² *ibid.*, s. 201 f.

¹⁹³ *ibid.*, s. 202 f.

¹⁹⁴ Fawcett, Torremans, s. 13 f.

nationella lagarna ska tillämpas.¹⁹⁵ Art. 5.2 Bernkonventionen pekar på att skyddslandsprincipen blir tillämplig i många fall. Fawcett och Torremans menar att medlemsländerna får bestämma sina egna lagvalsregler, men att dessa regler ska vara förenliga med art. 5 Bernkonventionen och territorialitetsprincipen.¹⁹⁶ Fawcett och Torremans menar att sändarlandsprincipen och lex fori-principen (forumlandets lag) endast kan bli tillämpliga på undantagsfall, där de tillåts uttryckligen av TRIPS-avtalet. I andra fall skulle en tillämpning av dessa principer strida mot art. 3 TRIPS-avtalet som framhåller att utländska medborgare och inhemska ska ha samma rättigheter, vilket förutsätter att skyddslandsprincipen tillämpas.¹⁹⁷

Ricketson och Ginsburg menar att art. 5.2 Bernkonventionen är en väldigt problematisk bestämmelse, eftersom den är oklar och intetsägende. Vid bestämmandet av tillämpligt forum menar Ricketson och Ginsburg att det blir medlemsstaternas egna nationella lagar som ska tillämpas.¹⁹⁸ Det är svårt att utröna om art. 5.2 Bernkonvention är en lagvalsbestämmelse eller bara en icke-diskrimineringsregel. Ricketson och Ginsburg hävdar att bestämmelsen antagligen inte syftar på lex fori principen. De hävdar istället att art. 5.1 och 5.2, i sina allra mest utsträckta tolkningar, innebär att: "the law of the territories on which alleged infringements occur will determine most questions regarding the existence of protection, its scope, and the available remedies".¹⁹⁹ Art. 5.2 Bernkonventionen torde alltså utpeka skyddslandsprincipen, vilket även Fawcett och Torremans menar. Ricketson och Ginsburg anför dock att detta kan vara problematiskt när intrånget har skett i flera länder.²⁰⁰ Ett alternativ till skyddslandsprincipen är den amerikanska principen "root copy approach", som går ut på att tillämpa lagen i det land där den otillåtna ursprungskopian har gjorts. Detta alternativ påminner om sat/cab-direktivets lösning i Europa, det vill säga sändarlandsprincipen.²⁰¹

Sammanfattningsvis får jag konstatera att rättsläget inte är helt klart när det gäller förhållandet mellan upphovsrätten och IP-rätten. Det är mycket som talar för att det är möjligt att härleda lagvalsregler från de upphovsrättsliga konventionerna. Det är här främst skyddslandsprincipen som är relevant och som allt mer vinner gehör. Denna anses förenlig med territorialitetsprincipen samt reglerna om nationell behandling. Som Fawcett och Torremans framhåller så spelar dessa principer en stor roll i lagvalssammanhang.

¹⁹⁵ *ibid*, s. 671.

¹⁹⁶ *ibid*, s. 676 ff.

¹⁹⁷ *ibid*, s. 690 f.

¹⁹⁸ Ricketson, Ginsburg, s. 1293 f.

¹⁹⁹ *ibid*, s. 1297 ff.

²⁰⁰ *ibid*, s. 1301 f.

²⁰¹ *ibid*, s. 1306 f.

6.3 Klarering av rättigheter på Internet

En användare som vill digitalisera och sprida upphovsrättsskyddade verk på Internet, måste erhålla tillstånd hos varje relevant organisation i de länder där verket blir tillgängligt. Annars finns det en risk att användaren gör sig skyldig till intrång. Axhamn och Guibault anför att det finns två regler som bestämmer lagvalet gällande spridning av upphovsrättsskyddade verk på Internet, dels är det skyddslandsprincipen, dels "the principle of country of reception" (mottagarlandsprincipen). Skyddslandsprincipen överensstämmer med territorialitetsprincipen och den har även blivit införd i Rom II-förordningen²⁰². Principen talar om att tillämplig lag är lagen i det land där skydd begäres. Det innebär att ett intrång ska bedömas enligt lagen i det land där intrånget har skett. De utpekar dock inte vad som en utgör en intrångshandling, utan den frågan ska bedömas enligt lagen i det land där rättigheten åberopas. Den härskande uppfattningen är att handlingen att tillgängliggöra verk på Internet omfattar både handlingen att initiera överföringen såsom handlingen att göra det möjligt att kunna ta del av materialet. En användare som gör ett upphovsrättsskyddat verk tillgängligt på Internet utan tillåtelse, kan bli intrångsskyldig i varje land där verket kan mottas och detta ger uttryck för mottagarlandsprincipen. Tillsammans innebär principerna att en användare måste klarera de upphovsrättsliga rättigheterna i alla länder där det upphovsrättsskyddade materialet blir tillgängligt.²⁰³ Som jag har berört i kapitel tre finns det inte ett gemensamt ställe där användaren kan klarera alla rättigheter, förutom undantaget för satellitsändningar.

Sat/cab-direktivets art. 1.2 introducerar sändarlandsprincipen²⁰⁴. Den innebär att användaren har möjlighet att, vid satellitsändningar, klarera alla rättigheter i enbart ett land, nämligen sändarlandet, det vill säga det land "där sändarföretaget under sin kontroll och på sitt ansvar för in de programbärande signalerna i en oavbruten kommunikationskedja till satelliten och sedan ner till jorden".²⁰⁵ Principen, som finns införd i 61 a § URL, innebär att det blir sändarlandets upphovsrätt och lag som gäller.²⁰⁶ Det är omdebatterat i vilken utsträckning sändarlandsprincipen kan tillämpas i andra fall än satellitsändning, vilket jag kommer att diskutera längre fram.

Som jag har redovisat innebär detta att en användare som vill digitalisera och sprida upphovsrättsskyddade verk på Internet måste klarera rättigheter i varje land där verket blir tillgängligt, förutom i det fall som omfattas av sat/cab-direktivet. Ett tillstånd som en svensk användare erhåller av en svensk organisation gäller enbart utnyttjanden i Sverige. Som jag har berört

²⁰² Europaparlamentets och rådets förordning nr 864/2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser.

²⁰³ Axhamn, Guibault, s. 19 ff.

²⁰⁴ Benämns även ursprungsprincipen, country of origin-principen, country of transmission-principen.

²⁰⁵ Prop. 1994/95:58, s. 46.

²⁰⁶ Levin, s. 156.

i kapitel tre så kan en organisation i och för sig licensiera sin repertoar till användning utanför landet, men repertoaren måste då bestå av verk skapade av dess egna medlemmar. Denna metod har uppenbara nackdelar på grund av svårigheterna att bevaka utnyttjanden i andra länder. I ett avtalslicenssammanhang, där det finns mängder av utanförstående, behöver rättigheter klareras i varje land där verket blir tillgängligt.

Om en användare inte erhåller de tillstånd som krävs, blir det fråga om ett intrång i upphovsmannens ensamrätt.

6.4 Lagval vid intrång

6.4.1 Scenarior

Avtalslicenser träffas framför allt mellan nationella organisationer och nationella användare. Enligt avtalslicensbestämmelserna är det inte möjligt för en nationell användare att träffa en avtalslicens med en utländsk organisation, men detta kommer att vara möjligt i framtiden. Frågan huruvida om en utländsk användare kan träffa en avtalslicens i Sverige är däremot oklart. Emellertid talar mycket för att det är möjligt. Som ovan nämnts, så måste en användare klarera rättigheter i alla länder där verket tillgängliggörs.

Om ett verk tillgängliggörs utan tillstånd blir det intrång i rättighetshavarens ensamrätt. Eftersom avtalslicensen inte har verkan för utanförstående i utlandet, blir det intrång om deras verk utnyttjas utanför territoriet. Det kan vara fråga om en otillåten överföring till allmänheten och/eller ett otillåtet mångfaldigande. Organisationen bör därför förbjuda att utanförstående verk utnyttjas i utlandet. Exempelvis får SVT, med stöd i en avtalslicens, tillgängliggöra program på SVT play som tittarna kan ta del av, men det står ett uttryckligt förbud mot användning i utlandet. Sådana förbud kan kringgå på olika sätt och därmed resultera i intrång. Vilken lag blir tillämplig i en sådan situation? Vilken lag skall gälla när en utländsk användare har brutit mot avtalslicensen med organisationen? Eller i situationen där det handlar om en utländsk organisation och inhemsk användare? Den sistnämnda frågan kommer väckas i en situation när utländska organisationer tillåts att träffa avtalslicenser.

6.4.2 Utomobligatoriska fall

De utomobligatoriska fallen är sådana som inte härstammar från ett avtalsförhållande och då blir det relevanta regelverket Rom II-förordningen. Förordningen är tillämplig sedan 2009 och enbart på skadevållande

händelser som inträffat efter 20 augusti 2007.²⁰⁷ När det handlar om en utomobligatorisk förpliktelse som har sin grund i en skadeståndsgrundande händelse är det lagen i det land där skadan uppkommit som ska tillämpas. Detta är huvudregeln som finns i förordningens art. 4 p. 1. I tredje punkten framkommer det att om den skadeståndsgrundande händelsen har en närmare anknytning till ett annat land ska lagen i det landet tillämpas. Det måste framgå av omständigheterna att det finns en närmare anknytning till ett annat land. Ett exempel som ges i bestämmelsen är om det redan finns ett befintligt rättsförhållande mellan parterna, såsom ett avtal. Art. 4 gäller om ingen annan bestämmelse i förordningen blir tillämplig. Enligt art. 14 Rom II-förordningen har parterna en valmöjlighet att själva bestämma lagvalet. Detta gäller emellertid inte vid immaterialrättsintrång.²⁰⁸ Det finns nämligen en särskild kollisionsregel i förordningens art. 8 som tar sikte på sådana intrång. Där stadgas att tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser som har sin grund i immaterialrättsintrång skall vara lagen i det land där skydd görs gällande (skyddslandsprincipen).²⁰⁹ Art. 8 är även tillämplig på Internetfall, eller ”Ubiquitous infringements” som Fawcett och Torremans kallar dem. I dessa fall kan intrång inträffa praktiskt taget i varje land, vilket leder till att flera lagar kan bli tillämpliga. Detta kan bli problematiskt av olika skäl, bland annat blir processföringen tidskrävande och kostsam, vilket är inte fördelaktigt för rättighetshavaren.²¹⁰

6.4.3 Inomobligatoriska fall

Om intrånget härstammar från att avtal eller om det handlar om en annan avtalstvist blir Rom I-förordningen²¹¹ tillämplig. Att avgöra vilket lands lag som ska tillämpas på en gränsöverskridande avtalstvist kan vara problematiskt.²¹² I art. 3 stadgas att parterna själva får bestämma vilken lag som ska tillämpas på avtalet. Detta val måste emellertid framgå uttryckligt i avtalet. Lagvalet behöver inte omfatta hela avtalet, utan enbart delar av avtalet räcker.²¹³ Art. 4 Rom I-förordningen blir tillämplig när parterna inte har bestämt lagvalet. I punkterna a-h framgår olika avtalstyper, bland annat tjänsteavtal och distributionsavtal. Det finns även en bestämmelse, art. 4.2, som omfattar avtal som inte faller in under a-h, och avtal som innehåller inslag av flera avtalstyper, så kallade blandavtal. Det framgår av art. 4.2 att den tillämpliga lagen ska vara lagen i landet där parten som utför den karakteristiska prestationen av avtalet har sin vanliga vistelseort. Förordningen ger ingen ledning angående definitionen av den karakteristiska prestationen. Bakgrunden till bestämmelsen är att den som ska utföra den karakteristiska prestationen har den mer komplicerade

²⁰⁷ Bogdan, s. 282 ff.

²⁰⁸ Ibid, s. 285.

²⁰⁹ Art 8 Rom II-förordningen, skäl 26 ingressen.

²¹⁰ Fawcett, Torremans, s. 818 och 918.

²¹¹ EG-förordningen nr 593/2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Tillämplig på avtal som är ingångna efter 17 december 2009.

²¹² Bogdan, s. 251.

²¹³ ibid, s. 254 ff.

uppgiften och denne har lättare att utföra prestationen om den får följa sin egen lag. Angående blandavtalen så ska den karakteristiska prestationen och lagen bestämmas utifrån vad som utgör avtalets tyngdpunkt. I art. 4.3 stadgas att om ett avtal uppenbart har en närmare anknytning till ett annat land än vad som följer av punkterna ett och två, så ska den lagen ha företräde. De faktorer som avgör anknytningsfrågan är bland annat avtalets koppling till andra avtal, parternas nationalitet och språk. I punkt fyra framgår det att om ett avtal inte kan placeras under punkt ett och två på grund av att avtalet har två karakteristiska prestationer så ska tillämplig lag bestämmas utifrån avtalets närmaste anknytning.²¹⁴

I Rom I-förordningen stadgas inget om immaterialrättsavtal. Det fanns emellertid en sådan specifik lagvalsbestämmelse i ursprungsförslaget, men den togs bort. I den bestämmelsen stadgades det att licensgivarens lag blir tillämplig. En av anledningarna till att bestämmelsen inte infördes i den nuvarande Rom I-förordningen var den stora mängden av avtal som finns på immaterialrättens område. Det skulle därmed behövas fler regler än den föreslagna för att bestämma tillämplig lag.²¹⁵

För att bestämma lagvalet ska man börja med att undersöka den karakteristiska prestationen. För att bestämma den karakteristiska prestationen ska utgångspunkten tas i det enskilda avtalet. Enligt det förra regelverket, Romkonventionen, skulle den karakteristiska prestationen identifieras utifrån flera avtalstyper, vilket är problematiskt inom upphovsrätten, eftersom det finns så många olika avtal.²¹⁶ Ulmer menade att upphovsmannens eller rättighetshavarens förpliktelse ansågs utgöra den karakteristiska prestationen, exempelvis anses den karakteristiska prestationen vara när en organisation ger tillstånd för utnyttjande av ett upphovsrättsskyddat verk. Förpliktelsen att betala anses däremot inte vara den karakteristiska prestationen. Annorlunda blir det om den som har fått tillståndet förbinder sig i kontraktet att utnyttja verket eller använda det i en del av dennes arbete. I sådant fall är det denne som utför den karakteristiska prestationen. Exempelvis är situationen sådan när en organisation bevakar upphovsmannens rättigheter. Fawcett och Torremans instämmer till viss del med Ulmer, men menar att den karakteristiska prestationen i denna situation inte härrör från själva utnyttjandet av verket. Till stöd för denna uppfattning anför de att utnyttjanden inte kan förekomma om verket i fråga inte hade skapats av upphovsmannen och denna sedan gett sitt tillstånd för utnyttjanden. Fawcett och Torremans poängterar även svårigheterna att hitta en karakteristisk prestation. I de fall det är svårt att hitta en karakteristisk prestation blir det istället en fråga om att hitta den närmaste anknytningen. När det gäller tillstånd som gäller flera länder, blir det ofta komplicerat att bestämma landet som har närmast anknytning till avtalet. I många komplexa upphovsrättsliga avtal anses den viktigaste faktorn för att avgöra den närmaste anknytningen vara själva utnyttjandet av verket.²¹⁷

²¹⁴ *ibid*, s. 258 ff.

²¹⁵ Fawcett, Torremans, s. 776.

²¹⁶ *ibid*, s. 761 ff.

²¹⁷ *ibid*, s. 776.

I mitt ovannämnda SVT-scenario har ett verk som skapats av en utanförstående utnyttjats genom att en användare har tillgängliggjort verket och det har spridits till andra länder, där avtalslicensverkan inte gäller. Användare som har tillgängliggjort verket har gjort intrång i rättighetshavarens ensamrätt. Det kan vara fråga om en otillåten överföring till allmänheten. I den mån någon mångfaldigar ett verk gör även denna person intrång, vilket kan ske när användaren lägger upp verket på Internet eller när slutanvändarna laddar ned materialet. Organisationen har inte gjort intrång, eftersom den med stöd av avtalslicensbestämmelserna kan ge tillstånd åt användaren att utnyttja utanförståendes verk. Detta gäller emellertid enbart om organisationen uppfyller kraven i 42 a § URL.

Det kan uppstå olika problem i mitt scenario. Möjligtvis vill den utanförstående väcka talan mot användaren på grund av intrång. Frågan om tillämplig domstol är redan avgjord, däremot blir den besvärliga frågan vilken eller vilka lands lagar som domstolen ska tillämpa. I en sådan situation blir det relevanta regelverket Rom II-förordningen, där skyddslandsprincipen blir tillämplig. Det innebär att den tillämpliga lagen kommer att vara lagen i landet där skyddet görs gällande, det vill säga där intrånget har skett. I den situationen där användaren tillgängliggör utanförståendes verk på Internet kan således många lagar bli aktuella att tillämpa. Jag ska längre fram redogöra för olika lösningar på detta problem. Användaren kan i sin tur exempelvis hävda att det inte har skett ett intrång på grund av att det inte finns ett förbud mot användning i avtalet.

Organisationen har inte gjort intrång, däremot kan organisationen väcka talan mot användaren för att denne har brutit mot avtalet. Om intrånget härrör från ett avtalsbrott blir avtalsstatutet tillämpligt. Den situationen kan ske om användaren bryter mot avtalslicensen som har träffats med organisationen. Om en sådan situation uppstår så blir Rom I-förordningen tillämplig. Om parterna inte har bestämt lagvalet, ska man istället fastställa den karakteristiska prestationen, vilket måste bedömas i varje enskilt avtal. Det framgår inte i förordningen eller doktrin hur en avtalslicens ska tolkas. Däremot menar Ulmer att den karakteristiska prestationen kan utgöras av att organisationen lämnar tillstånd till användaren att utnyttja verket. För det fall att det är svårt att identifiera den karakteristiska prestationen, blir man istället tvungen att se vilket land som har närmast anknytning till avtalet. Såsom har beskrivits ovan torde det vara landet där utnyttjandet har skett. Det är emellertid svårt att veta var ett utnyttjande har skett på Internet. I mitt fall, menar jag, att det skulle kunna vara landet där organisationen är lokaliserad, eftersom organisationen enbart tillåter utnyttjanden av utanförståendes verk i landet där tillstånd har getts.

Det kan förekomma intrångssituationer där käranden menar att skyddslandsprincipen ska gälla, men där svaranden menar att avtalsstatutet blir tillämplig på grund av det finns ett underliggande kontrakt. I följande avsnitt hanteras den situationen.

6.4.4 En utomobligatorisk talan och ett inomobligatoriskt svaromål

Det är rätt vanligt inom upphovsrätten att en intrångstalan är av utomobligatorisk art, men att svaromålet grundar sig på ett avtal. Detta händer när licensgivaren anser att licenstagaren har gått utöver licensavtalet och därmed gjort sig skyldig till intrång. Ett exempel är att det i ett licensavtal framgår att ett företag får göra 500 kopior av en programvara under en period. Rättighetshavaren hävdar att företaget har gjort fler kopior och därmed gjort intrång. Samtidigt menar företaget att avtalet innefattar ett tillstånd. Det är knepigt hur en sådan situation ska lösas i en tvist med gränsöverskridande karaktär. Vilken lag blir tillämplig? Fawcett och Torremans anser att det först ska utredas om det föreligger ett avtalsbrott. I sådana fall finns det ett kontraktgrundat försvar och lagvalsreglerna om kontrakt blir tillämpliga. Det måste härvid bestämmas om det är en utom- eller inomobligatorisk talan och oftast börjar domstolen undersöka stämningsansökan, där käranden menar att svaranden har gjort ett intrång och att därmed skall Rom II-förordningen vara tillämplig.²¹⁸ Då svaromålet grundas på att det finns ett kontrakt eller en klausul i kontraktet kan svaret på tillämplig lag finnas i art. 15 Rom II-förordningen om den tillämpliga lagens räckvidd. Enligt artikelns punkt b så ska förordningens lagvalsregler bestämma tillämplig lag för beträffande frågorna om grunderna för ansvarsfrihet, begränsning av ansvar och fördelning av ansvar. Detta innebär att frågorna om huruvida kontraktet kan användas som ett försvar och om det utgör en giltig ansvarsfrihetsgrund ska bedömas enligt tillämplig lag för den utomobligatoriska förpliktelsen. När dessa frågor är avgjorda och vi har funnit att det föreligger en giltig ansvarsfrihetsgrund, så har Rom II-förordningen spelat ut sin roll. Frågan om tillämplig lag gällande huruvida den ifrågasatta intrångshandlingen omfattas av kontraktsförsvaret skall då avgöras genom tolkning av kontraktet, vilket leder till att avtalsstatutet blir tillämplig. Art. 15 b leder ofta till art. 4, där det i art. 4.3 framgår att om svaromålet har en närmare anknytning till kontraktlandet så ska den lagen tillämpas.²¹⁹

6.5 Lösningsmöjligheter: mottagarlandsprincipen, sändarlandsprincipen och CLIP- förslaget

Vid intrång på Internet kan oftast fler lagar bli tillämpliga. Det har diskuterats om man kan begränsa detta. Fawcett och Torremans menar att en lösning hade varit att enbart en lag är tillämplig; den lagen som har närmast

²¹⁸ Fawcett, Torremans, s. 820.

²¹⁹ *ibid* s. 820 f.

anknytning till intrånget.²²⁰ Det har diskuterats i doktrin om man ska införa sändarlandsprincipen. Den torde förenkla licensiering och även intrångsproblematiken vid gränsöverskridande utnyttjanden.²²¹ Det är emellertid oklart om denna princip kan tillämpas på annan teknologi än satellitsändningar. Det finns problem förknippade med sändarlandsprincipen, bland annat möjliggör den för lagvalshopping. Ginsburg och Ricketson menar att sat/cab-lösningen fungerar enbart om alla länder har samma skyddsnivå.²²²

Schönning skrev 1996 artikeln *Applicable law in transfrontier on-line transmission* som handlar om lagvalsproblematiken vid gränsöverskridande upphovsrättsutnyttjanden. Frågan som är aktuell i denna artikel är om det är sändarlandsprincipen eller mottagarlandsprincipen som gäller vid on-demand överföringar. Han anför att lagvalet bestäms utifrån Bernkonventionens art. 5.2 som innebär att den tillämpliga lagen är lagen i det land där utnyttjandet har skett.²²³ När det gäller överföringar är det problematiskt eftersom man inte vet var utnyttjandet har skett. Schönning tar upp att i Europa har man använt sig av sändarlandsprincipen vid satellitsändningar och möjligtvis kan man göra en analogi till digitala överföringar. Emellertid är Schönning kritisk till den tanken, varvid han anför att satellitöverföringar och online-överföringar inte är jämförbara. Vid satellitöverföringar handlar det om enbart ett program som överförs till användarna och att detta sker samtidigt, vilket inte sker vid online-överföringar. I dessa situationer vill användarna själv bestämma tid och plats. Det är med andra ord flera olika utnyttjanden som alla kräver tillstånd.²²⁴ Schönning menar att det är oklart om man ska tillämpa sändarlandsprincipen eller mottagarlandsprincipen på online-överföringar, vilket han menar är de enda alternativen. Fördelen med sändarlandsprincipen är att en upphovsman eller dess organisation kan licensera överföringen, men han framhåller att detta inte handlar om tillämplig lag; ”The applicable law could very well be that of the countries of reception even though the rights are cleared by the authors’ society in the country of origin, according to agreements with the societies in the countries of reception.” Schönning är kritisk mot sändarlandsprincipen och anför som skäl att onlineöverföringar inte har några gränser och att länderna har olika skyddsnivåer, vilka torde skapa problem. Det öppnar upp för lagvalshopping, det vill säga intrångsgöraren lokaliserar sig till länder där det finns ett knapphändert upphovsrättsskydd.²²⁵

År 2007 kom EU-direktivet om audiovisuella medietjänster utan gränser²²⁶, och ersatte direktiv 89/552 som handlade om att skapa en förenad marknad för sändning. Det nya direktivet infördes på grund av den teknologiska

²²⁰ *ibid*, s. 818.

²²¹ Ricketson, Ginsburg, s.1301 f.

²²² *Ibid*, s. 1310.

²²³ Schönning, NIR 1996 s. 266, s. 266 ff.

²²⁴ *Ibid*, s. 269 ff.

²²⁵ *ibid*, s. 270 ff.

²²⁶ 2007/65/EG

utvecklingen samt efterfrågan från lyssnarna och tittarna att kunna konsumera upphovsrättsskyddade verk online. Direktivet är teknikneutralt, och gäller både linjära (vanlig sändning) och online-sändningar.²²⁷ Direktivet bygger också på sändarlandsprincipen som innebär att de audiovisuella medietjänsterna står under lagarna i medlemsstaten där tjänsten finns etablerad.²²⁸ Detta direktiv tar inte sikte på upphovsrättsliga frågor. Emellertid menar EBU att sändarlandsprincipen ska kunna tillämpas på det audiovisuella området och därmed också omfatta upphovsrätt.²²⁹ Axhamn och Guibault menar att sändarlandsprincipen kan vara lösning när det gäller klarera rättigheter vid tillgängliggörandet av kulturarvet inom ramarna för Europeana. De anför dock att en sådan tillämpning kan leda till att rättighetshavaren i mottagarlandet inte får möjlighet att utge tillstånd eller förbjuda användning.²³⁰

Det har kommit ett förslag, ”Ubiquitous infringements”, från CLIP som innebär att; ”infringement that arguably take place in every country, should be adjudicated under the law or the laws of the country or the countries having the closest connection with the infringement”²³¹. Det blir normalt sätt lagen i det landet som har närmast anknytning till intrånget som blir tillämplig. Istället för att ett stort antal olika lagar blir tillämpliga, blir bara en tillämplig. Faktorer för att avgöra frågan om närmast anknytning hänförs sig dels till intrångsgöraren, exempelvis hans hemvist/driftställe, dels till landet där intrångshandlingen har skett och stället där skadan har uppstått.²³² Förslaget har fått blandad kritik, men att tillämpa en princip som grundas på närmast anknytning kan vara lösningen på lagvalsproblematiken vid intrång på Internet. En tillämpning av förslaget torde leda till minskad risk för lagvalsshopping. Det finns dock kritiker som menar att den strider mot territorialitetsprincipen och ländernas suveränitet.²³³ Denna regel kan vara fördelaktig för käranden, eftersom dennes lag oftast blir tillämplig. Anledningen till detta är domstolen ofta finner att forumfrågan i sig bygger på en stark anknytning i sakfrågan samt att domstolar har en tendens att välja landets egna lag framför andra länders. Om en part kan visa att andra lagar kan bli tillämpliga som skiljer sig från forumets, helt eller delvis, så ska dessa tillämpas om det inte leder till oförenliga domar. I sådana fall ska domstolen ta hänsyn till skillnaderna vid bestämmandet av domslutet.²³⁴ En annan regel som har ett visst samband med ovannämnda förslag är ”de minimis-regeln”. Den finns också med i CLIP-förslaget och innebär att domstolen enbart ska ta upp en intrångstalan om den finner att ”the actions specified in the claim have a direct and substantial impact in the country or the countries for which protection is sought”.²³⁵ Detta innebär att domstolen

²²⁷ Hanna Wardale, E.I.P.R 2009, s. 336 f.

²²⁸ Ibid, s. 338 f.

²²⁹ EBU copyright white paper, s. 33.

²³⁰ Axhamn, Guibault, s. 67.

²³¹ Art. 3:603 CLIP principles.

²³² Fawcett, Torremans, s. 918 f.

²³³ Matulionyte, *The Journal of World Intellectual Property*, vol.11, s. 470 ff.

²³⁴ Kur (Ed. Lieble, Ohly), s. 12.

²³⁵ *ibid*, s. 11 jfr art. 3:602 CLIP principles.

endast ska ta upp en intrångstalan om intrånget har haft en viss effekt i skyddslandet.

Det förenklar för användaren i dennes verksamhet om han enbart har ett ställe där han klarerar alla rättigheter. Det innebär att användaren inte behöver få tillstånd från organisationer i varje land som utnyttjandet sker i och att administrationskostnaderna hålls nere. Sändarlandsprincipen skulle möjliggöra en sådan ordning. Den skulle också resultera i att avtalslicensen får en gränsöverskridande verkan. Principen skulle också kunna tillämpas på frågeställningen gällande lagval vid intrång. Regeln innebär emellertid risker för att lagvalsshopping kan äga rum, vilket vore en nackdel för rättighetshavaren. Dessutom strider regeln mot den universella territorialitetsprincipen. Som jag har beskrivit finns det även andra möjliga lösningar, varav en vore att tillämpa lagen i det landet som har närmast anknytning till intrånget. Det förefaller mig vara en förnuftig lösning, då risken för lagvalsshopping minskar samt att kostnaderna hålls nere utan att territorialitetsprincipen ignoreras helt och hållet.

6.6 Kommentar

I detta avsnitt har jag undersökt de internationella aspekterna på avtalslicensen för att därigenom utreda hur den kan tillämpas i en gränslös värld. Även om de svenska avtalslicenserna ännu inte är helt anpassade till den digitala världen, är det ändå intressant att veta hur avtalslicenserna skulle kunna fungera. Speciellt eftersom avtalslicenssystemet övervägs att införas i Europa för att råda bot på rättighetsklaringsproblematiken vid digitalisering och spridning av upphovsrättsskyddade verk. I Danmark har redan införts en avtalslicens som tar sikte på digitala miljöer, nämligen den generella avtalslicensen.

Min redogörelse visar att rättsläget är tämligen oklart vad beträffar IP-rättens förhållande till och påverkan på upphovsrättsliga frågor samt avtalslicenssystemet. Många anser att lösningen finns i territorialitetsprincipen, som är en universell norm och som indirekt uttrycks i Bernkonventionen. Denna princip verkar genomsyra allt i upphovsrätten, men blir problematiskt när utnyttjanden sker över gränserna. Det finns numera flera regelverk på lagvalsområdet som behandlar upphovsrätten, däremot inget som uttryckligen stadgar något om avtalslicenser. Detta är naturligtvis inte konstigt eftersom de flesta avtalslicenser inte används i ett gränsöverskridande sammanhang, utan är starkt förankrad inom territorialitetsprincipens ramar med enbart avtalslicensverkan inom territoriet.

Avtalslicensen som rör sändning av TV och radio är till viss del anpassad till sat/cab-direktivet som introducerar sändarlandsprincipen. Denna princip introducerades för att förenkla klarering av rättigheter vid satellitsändningar, och innebär att användaren enbart behöver klarera alla rättigheter i ett land;

sändarlandet. Det är oklart vilken betydelse principen har för avtalslicensen i övrigt. Skulle den kunna tillämpas på avtalslicenser som omfattar digitalisering och spridning av verk?

Den första relevanta frågan att ställa är var rättigheter klareras när utnyttjanden sker på Internet? Många menar att man borde tillämpa principen som finns i sat/cab-direktivet, det vill säga att alla rättigheter klareras i sändarlandet. Detta skulle innebära att även utanförståendes verk skulle lagligt tillgängliggöras utanför det egna landet. Nackdelen med denna regel är att det öppnar upp för bland annat lagvalsshopping. Det är oklart om principen skulle fungera på online-överföringar, även om vissa menar att detta skulle kunna vara en lösning. Som redogjorts är Schönning kritisk till sändarlandsprincipen, men artikeln är några år gammal och mycket har hänt sedan dess. Idag är skyddsnivåerna likartande, åtminstone gällande länder som är anslutna till EU. Dock är situationen för närvaranden den att huvudregeln anses vara mottagarlandsprincipen, varvid användarna måste klarera rättigheter i varje land där verket blir tillgängligt.

När intrångssituationer på Internet uppkommer är det intressant att undersöka vilken lag som ska tillämpas, även i situationer där det finns avtalslicenser. Som min redogörelse visar är rättsläget komplicerat. Jag har använt mig av ett scenario för att exemplifiera detta. När det gäller lagvalet ska man göra en åtskillnad mellan utomobligatoriska och inomobligatoriska fall. Rom I-förordningen tar sikte på avtalsrelaterade frågor, medan Rom II-förordningen tar sikte på icke-avtalsrelaterade. Rom II-förordning blir tillämplig på intrång på Internet och föreskriver att skyddslandsprincipen ska gälla. I mitt scenario blir denna sannolikt tillämplig när utanförstående hävdar att användaren har gjort intrång. Ett intrång på Internet kan leda till tillämpning av många länders lagar, vilket inte är fördelaktigt för rättighetshavaren. CLIP erbjuder lösningar som begränsar antalet lagar. Sändarlandsprincipen är också en möjlighet, men har nackdelar, exempelvis lämnar den fältet fritt för lagvalsshopping.

7 Analys

7.1 Frågeställningarna

Syftet med denna uppsats är att analysera det svenska avtalslicenssystemet och hur denna nordiska företeelse fungerar i en digital miljö som präglas av gränsöverskridande utnyttjanden av upphovsrätt. Jag har velat utreda problemen som uppstår när avtalslicensen kommer i kontakt med omvärlden och hur man löser dessa problem, inte minst beträffande de utanförstående rättighetshavarna. Jag har fokuserat på frågan huruvida upphovsrätts territoriella begränsning sätter käppar i hjulet för ett välfungerande avtalslicenssystem i det digitala samhället. Finns det en framtid för avtalslicensen i vår digitala värld?

Mina frågeställningar har varit:

- Hur är det svenska avtalslicenssystemet utformat? Är systemet anpassat till dagens digitala förutsättningar?
- Hur regleras avtalslicenser internationellt och vilka internationella hinder finns det för att avtalslicensen ska fungera ändamålsenligt i ett gränsöverskridande perspektiv?
- Var ska rättigheterna klareras när utnyttjanden sker på Internet och hur avgörs lagvalsfrågan i en intrångssituation?

Jag börjar med att besvara frågorna.

7.1.1 Första punkten

Hur är det svenska avtalslicenssystemet utformat? Är systemet anpassat till dagens digitala förutsättningar?

Avtalslicensen är en nordisk företeelse och har funnits lagstiftat sedan 60-talet. Avtalslicenssystemet har använts för att förenkla rättighetsklarering av upphovsrättsskyddade verk vid massutnyttjanden. Från början användes avtalslicenser enbart vid rättighetsklarering av upphovsrättsskyddat material vid utsändning av TV och radio, men med åren har det tillkommit fler avtalslicenser som används på andra verksamhetsområden, exempelvis bibliotek, skola och myndigheter. I Danmark har utvecklingen gått så långt att det har införts en generell avtalslicens; en avtalslicens som kan användas på områden som parterna bestämmer själva.

Syftet med avtalslicenssystemet är att förenkla rättighetsklareringen. Istället för att erhålla individuella tillstånd från varje upphovsman, vilket är tidskrävande och dyrt, så kan användaren få ett heltäckande tillstånd hos en

organisation som omfattar alla rättigheter. Det finurliga med avtalslicensen är att den omfattar rättighetshavare som inte är medlemmar av organisationerna, så kallade utanförstående. Detta system förenklar arbetet för verksamheter samtidigt som upphovsmännen får sin ersättning. I synnerhet när det gäller verksamheter, där massutnyttjanden förekommer, så är avtalslicenssystemet mycket tillfredställande. Det hade annars varit svårt att uppsöka alla rättighetshavare och erhålla separata tillstånd. De utanförstående skyddas av regler som bland annat innefattar rätten till individuell ersättning samt möjligheten att meddela förbud mot användning.

Det finns sex stycken avtalslicensbestämmelser i Sverige. De används på verksamhetsområden som exempelvis skola, bibliotek, myndigheter och TV/radio. Dessa är verksamheter som kännetecknas av massutnyttjanden av upphovsrättsskyddat material. De nuvarande avtalslicensbestämmelserna är framför allt begränsade till analoga utnyttjanden, även om vissa numera omfattar digitala utnyttjanden. År 2011 har det införts en ny avtalslicensbestämmelse som möjliggör för TV och radio att återanvända egenproducerat material. Den är anpassad till digitala nyttjanden och omfattar således både exemplarframställning och överföring till allmänheten.

Sammantaget vill jag hävda att avtalslicenssystemet ännu inte är anpassat till den digitala världen som vi lever i, vilket jag anser är en brist. Internet har blivit en del av vardagen, där kultur och information tillgängliggörs, sprids och hämtas dagligen. Det är ett forum där det framför allt sker massutnyttjanden av upphovsrättsskyddat material. Därför bör det även finnas ett rättighetsklareringssystem som är anpassat till denna miljö.

Lagstiftarna är medvetna om problemet. Det kom en utredning 2010, där utredaren föreslår att vissa av de befintliga avtalslicensbestämmelserna ska utvidgas till att även omfatta digitala utnyttjanden. Även en generell avtalslicens, som den som finns i Danmark, föreslås. En sådan avtalslicens skulle täcka områden som parterna tillsammans bestämmer om.

Jag anser att en generell avtalslicens bör välkomnas, eftersom den skulle formas utifrån de behov som kontinuerligt uppkommer på grund av teknikens snabba utveckling och där lagstiftningen alltid ligger en bit bakom. Den skulle täcka sådana områden som lagstiftningen inte hunnit med att reglera. Samtidigt skulle ramarna, som den generella avtalslicensbestämmelsen sätter, tillgodose att den inte kommer att utnyttjas för olämpliga ändamål. Delbetänkandets lagförslag är fortfarande på remiss, så det är ännu oklart hur utgången blir.

I mitt tycke är det uppenbart att behovet av nya avtalslicenser som är teknikneutrala är enormt på grund av teknikutvecklingen, där allt fler massutnyttjanden sker på digital väg. Det är viktigt att systemet med avtalslicenser anpassas och utvecklas efter dessa nya behov.

7.1.2 Andra punkten

Hur regleras avtalslicenser internationellt och vilka internationella hinder finns det för att avtalslicensen ska fungera ändamålsenligt i ett gränsöverskridande perspektiv?

En av hörnstenarna i upphovsrätten utgörs av territorialitetsprincipen som innebär att det upphovsrättsliga skyddets omfattning och innehåll bestäms av det aktuella landets lagar. Upphovsrättens skydd begränsas till territoriet. En rättighetshavare kan aldrig få ett allomfattande internationellt skydd, utan istället får denne flera nationella skydd av varierande omfattning i respektive land. Det finns emellertid internationella konventioner som många länder är anslutna till. En av de första och fortfarande mest centrala är Bernkonventionen. I de internationella konventionerna stadgas minimiregler och likabehandlingsregler som alla medlemsländerna måste följa. Detta resulterar i att alla medlemsländer har ungefär samma skyddsnivå samt att de måste behandla alla medlemsländernas medborgare likadant. Det får inte förekomma någon form av diskriminering. Även EU-rätten blir relevant för Sveriges del. I dessa regelverk finns det inga materiella regler om avtalslicenser, vilket kanske inte är så konstigt, eftersom avtalslicenssystemet är en nordisk företeelse. Det framkommer däremot i skälen till Infosoc-direktivet att det inte föreligger några hinder att införa avtalslicenser. Anledningen till detta är att avtalslicenssystemet anses vara ett sätt att förvalta rättigheter.

Eftersom utanförstående omfattas av avtalet anser många forskare att avtalslicensen utgör en inskränkning i utanförståendes ensamrätt, vilket möjligtvis inte skulle vara förenligt med de internationella konventionerna. Inskränkningar anses emellertid godtagbara om de klarar trestegstestet; ”upphovsmannens ensamrätt får begränsas i vissa särskilda fall, förutsatt att sådant mångfaldigande icke gör intrång i det normala utnyttjandet av verket och ej heller oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen.”

De befintliga avtalslicenserna i Sverige anses klara trestegstestet. Anledningen till detta är att bestämmelserna är specifika och de har funnits länge i rättssystemet. Möjligheten för utanförstående att meddela förbud samt få ersättning talar för att avtalslicenserna utgör en godtagbar inskränkning.

Enligt min mening kommer inte heller trestegstestet att sätta käppar i hjulet för en utvidgning av de befintliga avtalslicensbestämmelserna så att dessa i framtiden kan omfatta digitala utnyttjanden. När det gäller den generella avtalslicensen är rättsläget fortfarande oklart, eftersom den ännu inte finns i det svenska rättssystemet. Det som komplicerar rättsläget är att en generell avtalslicensbestämmelse kommer vara bred i omfattning och således inte särskilt specifik, vilket kanske skulle strida mot första steget i testet. Bedömningen ska dock göras utifrån varje enskilt avtal. Tiden får utvisa om en framtida generell avtalslicens klarar trestegstestet.

Däremot kan det bli svårt för andra länder att införa avtalslicenssystem, mycket beroende på att det i dessa länder inte tidigare har funnits ett sådant system och att det därmed inte finns i deras rättssystem. Detta skulle innebära att avtalslicensens införande i andra länder skulle kunna hindras av kraven som trestegstestet ställer.

Gällande frågan om avtalslicenssystemet är förenligt med likabehandlingsreglerna i konventionerna och EU-rätten är också rättsläget oklart. Det får inte förekomma någon form av diskriminering av utanförstående, varken de utländska eller de inhemska medborgare. Många forskare menar att det sker en viss diskriminering på grund av svårigheterna att meddela utanförstående att deras verk utnyttjas under en avtalslicens. Dessa blir ovetande och förlorar sin ersättning. Detta är särskilt vanligt i förhållande till utländska utanförstående. De erhåller inte heller sin ersättning om det inte finns ett ömsesidighetsavtal mellan länderna.

Detta anser jag vara en brist. Denna brist är emellertid relaterad till organisationerna som tillhandahåller avtalslicenserna och inte till avtalslicensbestämmelserna i sig. Som det senaste delbetänkandet framhåller, måste ansvaret ligga hos organisationerna för att tillskapa ett fungerande ersättnings- och fördelningssystem. Enligt utredningen anses systemet vara välfungerade eftersom ingen kritik har riktats. Jag anser att man ska vara skeptisk till denna slutsats. Många utanförstående känner inte till att deras verk utnyttjas under en avtalslicens. Det är även många som inte har kännedom om avtalslicenssystemet, inte minst utländska utanförstående som inte har ett sådant system i sina egna hemländer. Med tanke på att de flesta utanförstående är utländska så är en sådan inställning inte passande. Om avtalslicenserna utvidgas till att omfatta digitala utnyttjanden kommer detta troligtvis leda till att flera utanförstående berörs och att även dessa kan bli diskriminerade. För att kunna avhjälpa denna brist krävs att alla länder har bra organisationer och att samarbetet mellan dessa fungerar bra.

Hur ett avtalslicenssystem skulle fungera i utlandet är oklart, eftersom många länder inte har samma organisationstradition som i Norden, vilket jag tror blir ett av de största hindren när det gäller att införa ett avtalslicenssystem i andra länder. Möjligtvis blir det bättre om och när EU harmoniserar förvaltningen av upphovsrätt, vilket planeras i framtiden.

En sak är klar och det är att det internationella regelverket inte hindrar medlemsländerna från att införa avtalslicenser under förutsättning av att dessa är förenliga med trestegstestet och likabehandlingsreglerna. Jag är dock skeptisk till om ett avtalslicenssystem kan fungera i länder som inte har välfungerade organisationer, eftersom det är av största vikt att utanförståendes rättssäkerhet blir tillgodosedd.

7.1.3 Tredje punkten

Var ska rättigheterna klareras när utnyttjanden sker på Internet och hur avgörs lagvalsfrågan i en intrångssituation?

Runt omkring i världen, i synnerhet i Europa, vill länder tillgängliggöra kulturarven på Internet. Många länder funderar på att införa avtalslicenser, eftersom de skulle förenkla klareringen av rättigheter inom ramen för sådana projekt, där det även finns många så kallade orphan works. Syftet med avtalslicenssystemet är att förenkla rättighetsklareringen vid massutnyttjanden av upphovsrättsskyddade verk. När dessa massutnyttjanden sker på Internet och därmed får en gränsöverskridande karaktär, kan en tillämpning av avtalslicenser bli problematiskt ur olika internationella aspekter. Ett av problemen hänför sig till var användaren ska klarera alla rättigheter vid utnyttjanden på Internet.

På grund av territorialitetsprincipens begränsning gällande upphovsrättsskyddet måste verk som tillgängliggörs på Internet klareras i alla länder där verket blir tillgängligt, allt i enlighet med skyddslandsprincipen och mottagarlandsprincipen. Vart och ett av tillstånden gäller enbart utnyttjanden i respektive tillståndsland. Om däremot användaren klarerar rättigheter hos en organisation som erbjuder multiterritoriella avtal så omfattas alla verk gjorda av medlemmarna i detta rättighetspaket. Emellertid omfattas inte de utanförståendes verk, eftersom avtalslicensen gäller enbart i det aktuella landet, vilket är en följd av territorialitetsprincipen. Detta innebär att användaren måste klarera rättigheter i alla länder där denne vill sprida verken, vilket naturligtvis inte är effektivt, särskilt inte om man vill tillgängliggöra verket i alla EU-länder. I sådana fall måste användaren erhålla tillstånd från organisationer i 27 olika länder. Detta resulterar i att många kommersiella användare utfärdar restriktioner innefattande att utanförståendes verk inte får utnyttjas i utlandet. Eftersom flertalet organisationer endast erbjuder monoterritoriella avtalslicenser innebär detta att användaren ändå måste klarera i alla länder där utnyttjanden sker. Då avtalslicensen ännu inte används för utnyttjanden över gränserna har detta inte varit ett problem. Det kan konstateras att detta inte är ett effektivt sätt för en användare att klarera utnyttjanden, i synnerhet inte gällande massutnyttjanden på Internet, vilket motverkar hela syftet med avtalslicenssystemet.

En del forskare föreslår en tillämpning av sändarlandsprincipen. Denna innebär att användaren enbart behöver klarera i ett land; sändarlandet. Denna princip har sitt ursprung i EU:s sat/cab-direktiv, där det framgår att användaren enbart behöver klarera i landet där sändningen är initierad. Hur relevant den regeln är för tillämpningsfrågan gällande klareringen av rättigheter för tillgängliggörande av upphovsrättsskyddade verk på Internet är oklart. Det finns förespråkare både för och emot. Många menar att sändarlandsprincipen skulle förenkla rättighetsklareringen, eftersom användaren enbart behöver klarera på ett ställe. Det skulle också innebära att avtalslicensen får verkan i andra länder. Andra menar att detta skulle öka

uppkomsten av lagvalsshopping vid intrång, och därmed försvaga rättighetshavarens upphovsrättsskydd. Rättighetshavaren i mottagarlandet förlorar också sin rätt att licensera och förbjuda användning av sina verk.

Om användaren inte klarerar rättigheter blir utnyttjandet av verket ett upphovsrättsligt intrång. Detta kan bli särskilt förekommande i ett avtalslicenssammanhang som mitt följande scenario visar. Med stöd i en avtalslicens tillgängliggör SVT program på SVT play som tittarna kan ta del av, men det står ett förbud mot användning i utlandet. Anledningen till detta är att avtalslicensen inte har verkan i utlandet. Därmed är det av vikt att utanförståendes verk inte omfattas av sådana utnyttjanden. Dessa förbud riskerar att kringgås på olika sätt, vilket kan medföra intrång i utanförståendes ensamrätt. Vilken lag blir då tillämplig? Vilken lag blir tillämplig i situationen då en utländsk användare har brutit mot avtalslicensen med organisationen? Eller i situationen där det handlar om en utländsk organisation och inhemsk användare?

Nu skulle sannolikt inte SVT göra ett intrång, men man kan tänka sig att i framtiden, då en generell avtalslicens kan ha införts och fler användare har möjlighet att träffa avtalslicenser gällande digitala utnyttjanden, problem med missbruk av avtalslicensen kan uppkomma. Det kan uppstå så kallade copyright havens.

Det är fortfarande oklart hur IP-rätten förhåller sig till upphovsrätten och avtalslicensen. Det är åtminstone klarlagt att territorialitetsprincipen har en stor betydelse för upphovsrätten på sätt som jag har redovisat. Den har inte minst en stor påverkan på IP-rätten, där många grundar sina lagvalslösningar på skyddslandsprincipen som överensstämmer med territorialitetsprincipen, åtminstone när det gäller intrångsfrågan. När det gäller lagvalet måste man skilja på utom- och inomobligatoriska fall. Rom I-förordningen blir tillämplig på fall som är relaterade till avtalet, däremot behandlar den inte upphovsrätten specifikt. Rom I-förordningen föreskriver att tillämplig lag grundas på parternas lagval. Frånvaron av reglering av frågan i avtalet, leder till att lagvalet bestäms utifrån den karakteristiska prestationen i första hand och den närmaste anknytningen i andra hand. Rom II-förordningen blir tillämplig på immaterialrättsintrång som inte är relaterade till ett avtal, och denna förordning föreskriver skyddslandsprincipen. I mitt exempel handlar det om ett intrång som användaren har gjort när denne har tillgängliggjort materialet utomlands, vilket således leder till att Rom II-förordningen blir tillämplig. Däremot bryter användaren mot avtalslicensen om det i denna stadgas ett förbud om att inte utnyttja utanförståendes verk i utlandet. I en sådan situation kan organisationen väcka talan mot användaren på grund av avtalsbrott. I sådana fall blir Rom I-förordningen tillämplig vid bestämmandet av lagvalet. Troligtvis har parterna redan bestämt lagvalet i avtalslicensen, bland annat beroende på att dessa avtal oftast är standardiserade. I annat fall får man utreda den karakteristiska prestationen, eftersom det inte finns något stadgat om avtalslicenser. Slutsatsen kan då bli att det är organisationen som utför den karakteristiska prestationen och i så fall blir det dettas vistelseort. Om

det inte går att bestämma en karakteristisk prestation får man gå vidare och undersöka avtalets närmaste anknytning. Eftersom avtalslicensen enbart har verkan i landet där tillståndet har getts torde avtalet ha närmast anknytning till detta land. I vissa fall kan det uppstå oklarhet vad beträffar vilken av förordningarna som ska tillämpas och i vilka delar, ibland kommer båda till användning.

Då verket har tillgängliggjorts i andra länder och kränker den utanförståendes ensamrätt, blir det fråga om ett immaterialrättsintrång i varje land där verket tillgängliggörs. Detta innebär att flera lagar kan bli tillämpliga, vilket kan medföra problem för rättighetshavaren, eftersom det blir både dyrt och tidskrävande att driva processer. Andra forskare menar att sat/cab-direktivets sändarlandsprincip skulle kunna tillämpas istället. Det finns även ett förslag från CLIP, som innebär att lagen i landet som har närmast anknytning till intrånget ska tillämpas. CLIP-förslaget kan möjligtvis uppfattas vara sändarlandsprincipen. Även om det finns likheter, så begränsar förslaget inte antalet lagar i samma utsträckning som sändarlandsprincipen, eftersom det finns möjlighet att olika alternativa lagar kan bli tillämpliga.

Problemet med att tillämpa sändarlandsprincipen är att det uppkommer en risk för lagvalsshopping. Jag frågar mig emellertid hur stor risken är för att detta kan ske när de flesta länder är medlemmar av konventionerna, vilka sätter ett minimiskydd för alla anslutna medlemmar. Det får mig att fundera över om vi behöver territorialitetsprincipen. Om alla länder är medlemmar i dessa konventioner som sätter minimiregler och regler om nationell behandling, kan det aldrig uppkomma några copyright havens och då borde territorialitetsprincipen även få en mindre betydelse. Kanske kan man ta bort territorialitetsprincipen helt och hållet. Jag är dock tveksam till detta. Även om konventionerna har minimiregler, så handlar dessa inte om någon harmoniserad upphovsrätt. Det innebär att upphovsrätten kan se väldigt olika ut i medlemsstaterna. Däremot är upphovsrätten mer harmoniserad inom EU även om den inte är fullständig. Territorialitetsprincipen har funnits länge och anses vara grundläggande för all immaterialrätt. Den har sin grund i ländernas suveränitet och kommer antagligen inte att försvinna på ett tag. Däremot gillar jag tanken att begränsa territorialitetsprincipen, i synnerhet vid intrång på Internet, och jag anser att CLIP-förslaget är en bra lösning. Den begränsar lagvalet såtillvida att lagen i det land som har närmast anknytning till intrånget skall tillämpas i första hand. Detta anser jag vara en rimlig lösning, eftersom den minskar risken för lagvalsshopping samtidigt som den inte bryter helt och hållet mot territorialitetsprincipen.

De situationer som jag har beskrivit är några av de problem som kan uppkomma vid en tillämpning av avtalslicenser i en gränsöverskridande värld. Det finns säkert många fler. Jag kan konstatera att rättsläget är oerhört komplicerat när avtalslicensen ska appliceras på Internet. Det beror i grund och botten på att upphovsrättsskyddet och avtalslicensen är förankrad inom territorialitetens ramar samtidigt som utnyttjanden av upphovsrättsskyddade verk på Internet är gränslös. Det blir en kollision som är svår att lösa.

7.2 Avslutande reflektioner

Denna uppsats handlar om hur den nordiska avtalslicensen fungerar i den digitala världen. För tillfället finns det sex specifika avtalslicenser i Sverige och få av dem tar sikte på digitala utnyttjanden. Men i en värld där allt mer blir digitaliserat och allt fler massutnyttjanden sker på Internet måste avtalslicenssystemet anpassa sig till denna miljö. Detta har definitivt varit på lagstiftarens agenda, där delbetänkandet om avtalslicenser kom 2010. I detta finns förslag på att utvidga avtalslicenser så att de även omfattar digitala utnyttjanden samt ett förslag på en generell avtalslicens. Den sistnämnda skulle rätta sig efter teknikutvecklingen, eftersom parterna har möjlighet att bestämma när en sådan avtalslicens ska träffas.

Att lagstiftaren har haft dessa frågor uppe till behandling är inte en tillfällighet. Det finns ett behov att ha ett bra rättighetsklareringssystem för massutnyttjanden, som annars riskerar strypa möjligheterna på grund av användarens transaktionskostnader. I synnerhet i dagens digitala värld, där önskan och viljan finns i västvärlden att digitalisera och sprida kulturarv och information. Både i Norden och i Europa inser lagstiftaren att avtalslicensen kan vara en tänkbar lösning. Jag anser att det är mycket som pekar på att avtalslicensen är här för att stanna, åtminstone i Norden. Fördelarna är många; användaren får de rättigheter han/hon behöver för att bedriva sin verksamhet och rättighetshavarna får ersättning. De utanförstående hamnar inte i ett sämre läge än vad de hade varit utan avtalslicenser. De skyddas av regler om likabehandling och har möjlighet att meddela förbud och erhålla individuell ersättning. Jag anser att avtalslicensen är en vinnande lösning för samtliga inblandande parter. Om avtalslicenssystemet inte hade funnits, hade många rättighetshavare inte fått den ersättning som de har rätt till. Samtidigt skulle många seriösa användare, såsom bibliotek och TV, som vill tillgängliggöra verk, avstå från att göra det. Detta hade sannolikt inte hindrat material att på andra vägar nå fram till Internet och spridas vidare illegalt. Avtalslicenssystemet är i synnerhet en bra lösning för länder som vill tillgängliggöra kulturarvet, vilket är ett av EU:s mål. Ett av de stora hindren för sådana tillgängliggöranden hänför sig till mängden av orphan works. Det är verk, vars rättighetshavare inte går att finna, vilket resulterar i svårigheter att klarera dessa rättigheter.

I uppsatsen har jag även uppmärksammat problemen med avtalslicensen, särskilt när den ska tillämpas på digitala utnyttjanden. Ett av problemen när lagstiftaren vill införa avtalslicenser är att de måste vara förenliga med kraven som ställs i trestegstestet. Även om de nuvarande svenska avtalslicenserna är förenliga med trestegstestet, så är det osäkert om en framtida generell avtalslicens skulle klara testet. Jag anser att trestegstestet kommer att vara ett av stora hindren när andra länder vill införa avtalslicenser i sina rättssystem. Anledningen är att de saknar institutet i sin rättsliga tradition, vilket medför svårigheter för att ett sådant införande skulle vara förenlig med andra och tredje stegen i testet.

Likabehandlingsreglerna blir viktiga när avtalslicensen ska tillämpas i en digital värld, eftersom allt fler utnyttjanden sker i detta forum och därmed berörs fler utländska utanförstående. Det största problemet med avtalslicensen är risken att utanförstående inte behandlas i enlighet med dessa likabehandlingsregler, exempelvis att de utländska utanförstående inte får ersättning för utnyttjanden. Problemet beror i och för sig inte på avtalslicenserna, utan det ligger hos organisationerna. Det brister i organisationernas samarbeten länderna emellan. Eftersom vissa forskare menar att detta problem redan finns i Norden där organisationerna anses välfungerande, har jag svårt att tro att det kommer fungera i länder som inte har en lika utvecklad organisationstradition. Jag anser att det är oerhört viktigt att utanförstående behandlas lika. Det är själva grunden för att avtalslicensen ska anses vara möjlig och skälig. Ett tillfredställande harmoniserat organisationssystem är a och o för ett välfungerande avtalslicenssystem. Utan ett sådant blir det svårt att tillgodose utanförståendes rättssäkerhet. Ett par av de större hindrena är att organisationerna är nationella samtidigt som någon harmoniserad upphovsrätt inom EU ännu inte har skapats, även om det är på agendan.

Det som framför allt problematiserar avtalslicensens framtid som ett fördelaktigt rättighetsklareringssystem gällande digitala utnyttjande blir således territorialitetsprincipen. Den har gått som en röd tråd genom hela uppsatsen och visst sätter principen käppar i hjulet för en välfungerande avtalslicens. Som en följd har avtalslicensen ingen gränsöverskridande karaktär, utan har enbart verkan i landet där tillståndet har getts. Principen kräver att användaren klarerar rättigheter i alla länder där tillgängliggörandet sker. Detta är naturligtvis inte effektivt. Som en följd av territorialitetsprincipen ska intrång bedömas enligt varje lands lag där intrånget görs gällande. Detta kan ha förödande effekter när det gäller möjligheten att tillgängliggöra upphovsrättsskyddat material på Internet. Likt mitt scenario kommer en sådan situation antagligen bli väldigt vanligt förekommande. Användare kommer att tillgängliggöra upphovsrättsskyddade verk på Internet med ett förbud att utanförståendes verk inte får utnyttjas i utlandet. Sannolikt kommer det att ske ändå, vilket kommer att resultera i intrång i utanförståendes ensamrätt.

När det gäller problemen med rättighetsklareringen, lagvalet och territorialitetsprincipen, så tror jag att det fullt möjligt att finna en bra lösning i framtiden. Ett förslag är att införa sändarlandsprincipen gällande klarering av rättigheter. Även om det finns kritiska åsikter mot att tillämpa en sådan regel, anser jag att det kan vara en lämplig lösning, eftersom behovet är så stort av att kunna klarera alla rättigheter på ett ställe. Jag menar att detta behov överväger nackdelarna. Syftet med avtalslicensen är att förenkla klareringen av rättigheter. Situationen idag innebär att utanförståendes verk inte omfattas av avtalslicensverkan i utlandet, vilket resulterar i att användare inte kan digitalisera och sprida verk på Internet på ett effektivt sätt.

När det gäller lagvalet vid intrång på Internet, erbjuder CLIP-förslaget ett för mig vinnande koncept. För min del tror jag på en lösning som begränsar territorialitetsprincipen, även om det begränsar ländernas suveränitet. Jag tror att man måste rucka lite på principen och jag tror det är möjligt, åtminstone inom EU, där skyddsnivåerna är likartade. EU har redan harmoniserat många områden som tidigare tillföll medlemsländernas suveränitet. Det borde vara fullt möjligt att kunna begränsa territorialitetsprincipen gällande lagvalet. Territorialitetsprincipen är för mig en mindre viktig princip i en värld som blir allt mer harmoniserad och som bygger på gränsöverskridande utnyttjanden av upphovsrätt. Dock är en sådan harmonisering inte ännu fullständig.

Även om avtalslicensen ännu inte är anpassad till digitala utnyttjanden så tror jag att framtiden ser ljus ut för avtalslicensen i Sverige och Norden. Det finns ett stort behov att kunna tillämpa avtalslicensen på digitala utnyttjanden, eftersom allt fler sådana utnyttjanden sker i vår digitaliserade värld. Som uppmärksammas kan det uppstå problem, men att dessa kan övervinnas med tiden. Avtalslicensens framtid utanför Norden ser dock lite mörkare ut. Jag tror avtalslicenssystemet kommer att ha svårt att slå igenom i andra länder, särskilt på grund av det kanske finns andra lösningar som är lättare att anpassa till övriga länders rättssystem. Som Riis poängterar fungerar avtalslicenssystemet bra i Norden på grund av kontexten den fungerar i.

Käll- och litteraturförteckning

Artiklar

Bergström, Svante, *Program för upphovsrätten*, NIR 2011 s 143

Foged, Terese, *Licensing Schemes in an On-Demand World*, E.I.P.R 2010 s. 20

Gilliéron Philippe, *Collecting Societies and the Digital Environment*, IIC vol. 37 8/2006

Ginsburg, Jane, *Putting cars on the "information superhighway": Authors, exploiters and copyright in cyberspace*, Columbia Law Review, vol. 95:1466.

Karnell, Gunnar, *Extended Collective License Clauses and Agreements in Nordic Copyright Law*, Columbia Journal of Law & the Arts, vol. 10:73 1985

Karnell, Gunnar, *Avtalslicenskonstruktionen, principiella och praktiska frågor*, NIR 1981 s. 255

Kyst, Martin, *Aftalelicens – Quo Vadis?* NIR 2009 s. 44

Matulionyté, Rita, *Cross-border collective management and principle of territoriality*, The Journal of World Intellectual Property, vol 11 issue 5-6

Nyh, Thomas, *Rättighetsklarering vid film- och TV-utnyttjanden; TV- och sat/cab-direktivens genomslag i praktiken*, NIR 1996 s. 191

Rognstad, Ole-Andreas, *Avtalelisenser*, NIR 2004 s. 151

Schönning, Peter, *Applicable Law in Transfrontier On-Line Transmission*, NIR 1996 s. 266

Strömholm, Stig, *Upphovsrätten och den internationella privaträtten – ett sent men ofrånkomligt möte*, NIR 2003 s. 199

Wardale, Hannah, *The New Frontier – The Audiovisual Media Service Directive*, E.I.P.R 2009 s. 335

Litteratur

Bernitz, Ulf; Karnell, Gunnar; Pehrsson, Lars; Sandgren, Claes, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 11:e uppl., Jure bokhandel, Stockholm, 2009

Bodgan, Michael, Svensk Internationell Privat- och Processrätt, 7:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2010

Fawcett, James; Torremans, Paul, Intellectual Property and Private International Law, 2:a uppl., Oxford University Press, New York, 2011

Leible, Stefan; Ohly, Ansgar (ed), Intellectual Property and Private International Law, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009

Levin, Marianne, Lärobok i Immaterialrätt, 9:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007

Olsson, Henry, Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar (www.nj.se/zeteo), 3:e uppl., version den 1 maj 2011

Pendley, Paul, Digital Copyright, 2:a uppl., Facet Publishing, 2007

Ricketson, Sam; Ginsburg, Jane, International Copyright and Neighbouring Rights, vol II, 2:a uppl., Oxford University Press, New York, 2006

Rosén, Jan, Upphovsrättens avtal, 3:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2006

Stannow, Henrik; Åkerberg, Yngve; Hillerström, Håkan, Musikjuridik – Rättigheter och avtal på musikområdet, 3:e uppl., Instant Book AB, Stockholm, 2009

Von Lewinski, International Copyright Law and Policy, Oxford University Press, New York, 2008

Övriga källor

COM (2008) 446 final Green paper Copyright in the knowledge economy

KOM (2011) 427 slutlig Grönbok om distribution av audiovisuella verk i Europeiska unionen: möjligheter och utmaningar med en digital inre marknad.

EBU copyright white paper

Axhamn, Johan; Guibault, Lucie, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*
Final report prepared for Europeanconnect, 2011

Europaparlamentets resolution av den 13 mars 2007 om kommissionens rekommendation av den 18 oktober 2005 om kollektiv gränsöverskridande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter i samband med lagliga musiktjänster på nätet (2005/737/EG) (2006/2008(INI))

Creative content in a European Digital Single Market: Challenges for the future. A reflection Document of DG INFOSO and DG Markt

http://www.copyswede.se/fileadmin/user_upload/pdf/Att_tillgangliggora_kultur_11a.pdf (19/10 2011)

<http://www.copyswede.se/om-copyswede/> (19/10 2011)

<http://www.bonuspresskopia.se/> (19/10 2011)

Offentligt tryck

2009/10: FPM 80

2010/11: FPM 138

Ds 2008:15

Prop. 1960:17

Prop. 1994/95: 58

Prop. 2004/05:110

Prop. 2009/10:3

Prop.2010/11:33

SOU 2010:24

SOU 2011:32

Rättsfallsförteckning

NJA 2000 s. 445

MD 1999:13