

Avtalslicenser i en gränsöverskridande kontext

*Av jur. kand., civ. ek. Johan Axhamn**

Den digitala tekniken och internets gränslösa karaktär har en betydande inverkan på det upphovsrättsliga regelverket.¹ Genom WIPO-fördraget om upphovsrätt² och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram³, anpassades det internationella upphovsrättsliga regelverket med avseende på den digitala miljön. Fördragen har genomförts på ett harmoniserat sätt inom EU genom det s.k. infosocdirektivet.⁴ För svensk del medförde genomförandet av direktivet omfattande lagändringar med verkan från den 1 juli 2005.⁵ Fortfarande gäller dock att *utövandet* av rättigheter huvudsakligen regleras på nationell nivå.

Inom EU har det kollektiva utövandet av rättigheter – kollektiv rättighetsförvaltning – hamnat alltmer i fokus, eftersom EU-kommissionen och Europaparlamentet har bedömt att hur väl systemet med kollektiv rättighetsförvaltning fungerar har stor inverkan på hur väl den inre marknaden för upphovsrättsligt skyddat material fungerar i praktiken. Det gäller särskilt eftersom kollektiv förvaltning förväntas få en ökad betydelse för exploatering av upphovsrättsligt skyddat material i onlinemiljö. EU-institutionernas ambitioner har mött blandade reaktioner från medlemsstaterna, rättighetshavare och användare.⁶ Från nordiskt håll har särskilt lyfts fram hur avtalslicensmodellen kan fungera i en sådan ”gränsöverskridande” kontext.⁷

* Doktorand i immaterialrätt vid Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet.

¹ Se t.ex. Axhamn (red.), *Copyright in a borderless online environment* (Norstedts juridik, 2012) och Strömholm, *Copyright and the Conflict of Laws* (Heymanns Verlag, 2009).

² WIPO-fördraget om upphovsrätt, Genève den 20 december 1996. Fördraget finns tillgängligt i svensk version via <http://regeringen.se/content/1/c6/16/93/45/92027bbf.pdf>.

³ WIPO-fördraget om framföranden och fonogram, Genève den 20 december 1996. Fördraget finns tillgängligt i svensk version via <http://regeringen.se/sb/d/12316/a/169349>.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

⁵ Se prop. 2004/05:110, Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

⁶ Se t.ex. slutsatser från en s.k. hearing som kommissionen organiserade i november 2000 om kollektiv förvaltning, tillgängliga via http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/management/hearing-collective-mgmt_en.htm.

⁷ Se t.ex. Axhamn & Guibault, *Cross-Border Extended Collective Licensing: A Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-22, Institute for Information Law Research Paper No. 2012-19, tillgänglig via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2001347. Se även Axhamn & Guibault, *Solving Europeana's mass-digitization issues through Extended Collective Licensing?*, i NIR 2011 s. 509 ff., tillgänglig via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2083254.

Att avtalslicensmodellen har hamnat i fokus för den nordiska debatten förklaras av att kollektiv förvaltning i de nordiska länderna till stor del baseras på modellen.⁸ Den förväntade ökade betydelsen av kollektiv förvaltning innebär också att avtalslicensmodellen förväntas kunna användas inte endast (såsom hittills) för s.k. *sekundärutnyttjanden*, utan även såsom grund för nya affärsmodeller med stor kommersiell potential. Det gäller särskilt utnyttjande av äldre material där rättigheterna till onlineförfoganden inte finns samlade på en hand (t.ex. hos en producent) och där transaktionskostnaderna för att identifiera och lokalisera var och en av rättighetshavarna närmar sig mycket stora nivåer. Det handlar till exempel om digitalisering och tillgängliggörande av material som finns i arkiv, bibliotek, museer och andra s.k. kulturinstitutioners samlingar.⁹

Den kanske viktigaste utmaningen när det gäller avtalslicensmodellen i förhållande till EU-institutionernas ambitioner är hur modellen kan anpassas till en gränsöverskridande kontext. Närmare handlar det om hur modellens grundläggande funktion – den utsträckta verkan av ett avtal – och förutsättningar i form av representativ organisation, ansvar för utanförstående, möjlighet att lämna förbud m.m., kan anpassas till en gränsöverskridande (multi-terrotoriell) kontext.

Inom rättsvetenskapen har det förts fram ett antal förslag på hur modellen kan anpassas till en gränsöverskridande kontext.¹⁰ Det har bland annat lyfts fram att i fråga om satellitsändningar inom EU är modellen redan anpassad till gränsöverskridande förfoganden och att denna möjlighet bör utsträckas till att omfatta även gränsöverskridande onlineförfoganden. För satellitsändningar inom EU gäller att den upphovsrättsligt relevanta handlingen anses begången endast i det s.k. sändarlandet (*sändarlandsprincipen*)¹¹ och att nödvändiga tillstånd kan erhållas i sändarlandet på basis av en avtalslicens.¹² Sändarlandsprincipen är inte en lag-

⁸ Flera EU-medlemsstater utanför de nordiska länderna har visat intresse för avtalslicensmodellen, se t.ex. den brittiska rapporten *Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth. An Independent Report by Professor Ian Hargreaves* (Maj 2011), s. 8, 36 ff. och 98.

⁹ Se t.ex. Rosén, *the Nordic extended collective licensing model as a mechanism for simplified rights clearance for legitimate online services*, i *Copyright in a borderless online environment*, Axhamn (red.), (Norstedts juridik, 2012), s. 65 ff. Jfr. Anderson, *the Long tail: why the future of business is selling less of more* (Hyperion, 2006).

¹⁰ Se t.ex. Axhamn & Guibault, *Cross-Border Extended Collective Licensing: A Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-22, Institute for Information Law Research Paper No. 2012-19, tillgänglig via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2001347. Se även Axhamn & Guibault, *Solving Europeana's mass-digitization issues through Extended Collective Licensing?*, i *NIR* 2011 s. 509 ff., tillgänglig via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2083254.

¹¹ Enligt artikel 1.2(b) i rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidareändring via kabel (satellit- och kabeldirektivet) gäller att "[ö]verföring till allmänheten via satellit sker uteslutande i den medlemsstat där de programbärande signalerna under sändarföretagets kontroll och på dess ansvar förs in i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ner till jorden." I artikel 1.2(a) i samma direktiv definieras "överföring till allmänheten via satellit" som "den handling som innebär att ett sändarföretag under sin kontroll och på sitt ansvar för in programbärande signaler avsedda för mottagning av allmänheten i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ner till jorden."

¹² Enligt artikel 3.2 i satellit- och kabeldirektivet gäller att en medlemsstat kan föreskriva att ett kollektivt avtal mellan en kollektiv organisation och ett sändarföretag angående en viss given kate-

valsregel i egentlig mening utan en materiell upphovsrättslig regel som definierar den upphovsrättsligt relevanta handlingen som sådan. Att införa en motsvarande bestämmelse för onlineförfoganden skulle dock innebära en avvikelse från hur det upphovsrättsliga regelverket för onlineförfoganden för närvarande är utformat, där en s.k. mottagarlandsprincip råder. En ändring till en sändarlandsprincip för onlineförfoganden skulle därmed innebära inte endast att EU:s (och dess medlemsstaters) efterlevnad av sina internationella åtaganden skulle kunna ifrågasättas, utan även betydande praktiska konsekvenser för aktörer på marknaden.

En annan möjlighet till anpassning av avtalslicensmodellen till en gränsöverskridande kontext är att uppmuntra eller stimulera de kollektiva förvaltningsorganisationerna att ge varandra mandat i fråga om gränsöverskridande licensiering. Ett sådant mandat kan baseras på mer eller mindre inblandning från lagstiftaren. En möjlighet är en modell i likhet med det s.k. IFPI-samsändningsavtalet¹³ där de ingående organisationerna ger varandra mandat att företräda varandras repertoar även för gränsöverskridande förfoganden. En annan möjlighet är att genom lagstiftningsåtgärder ställa krav på organisationerna att uppfylla vissa kriterier för öppenhet och god förvaltning m.m. för att få ägna sig åt gränsöverskridande licensiering. IFPI-samsändningsmodellen bygger på ren frivillighet, medan den senare s.k. passport-modellen nyligen har kommit till uttryck i kommissionens förslag till direktiv om kollektiv rättighetsförvaltning.¹⁴

För egen del bedömer jag att avtalslicensmodellen har en framtid även i en gränsöverskridande kontext. Det förutsätter dock en hög organiseringsgrad och att organisationerna uppfyller grundläggande principer om god förvaltning och öppenhet.¹⁵ Troligen och förhoppningsvis kan det kommande direktivet om kollektiv förvaltning vara ett avgörande steg på vägen för att stimulera ökad organiseringsgrad, god förvaltning och öppenhet även utanför de nordiska länderna.

gori av verk kan utsträckas till rättsinnehavare inom samma område som inte företräds av den kollektiva organisationen förutsatt att: i) överföring till allmänheten via satellit äger rum samtidigt med en marksändning av samma sändare och ii) den icke företrädda rättsinnehavaren när som helst har möjlighet att utesluta utsträckningen av ett kollektivt avtal till hans verk och att göra sina rättigheter gällande antingen individuellt eller kollektivt.

¹³ Se 2003/300/EG: Kommissionens beslut av den 8 oktober 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (Ärende nr COMP/C2/38.014 – IFPI "Samsändning").

¹⁴ Se kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om kollektiv förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter och gränsöverskridande licensiering av rättigheter till musikaliska verk för användning på nätet på den inre marknaden, Bryssel den 11 juli 2012, COM(2012) 372 final.

¹⁵ Se t.ex. Axhamn & Guibault, Cross-Border Extended Collective Licensing: A Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-22, Institute for Information Law Research Paper No. 2012-19, tillgänglig via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2001347. Se även Axhamn & Guibault, Solving Europeana's mass-digitization issues through Extended Collective Licensing?, i NIR 2011 s. 509 ff., tillgänglig via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2083254.