

Nya normer för kollektiv rättighetsförvaltning på upphovsrättens område★

Av jur. kand., ek. mag. Johan Axhamn★★

1. Inledning

Den 26 februari 2014 antogs Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/26/EU om kollektiv rättighetsförvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter och gränsöverskridande licensiering av rättigheter till musikaliska verk för användning på nätet på den inre marknaden (direktivet).¹ Direktivet syftar dels till att harmonisera regler om styrelseformer och insyn i fråga om sådana organisationer som förvaltar upphovsrättigheter kollektivt, dels till att uppmuntra och förenkla kollektiv gränsöverskridande licensiering av musikaliska verk för användning på nätet på den inre marknaden (se artikel 1 i direktivet). Direktivet bygger vidare på befintliga direktiv på upphovsrättsområdet,² kommissionens rekommendation från 2005 om kollektiv gränsöverskridande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter i samband med lagliga musiktjänster på nätet,³ samt utgör en del av kommissionens strategi om immaterialrätt från 2011 och är därmed ett led i fullbordandet av den inre marknaden på immaterialrättsområdet.⁴

* Artikeln baseras på det föredrag som jag höll vid det nordiska upphovsrättsymposiet i Reykjavik i maj 2015, där jag beskrev huvuddragen i utredningens förslag.

★★ Doktorand i civilrätt vid Juridiska institutionen vid Stockholms universitet. Författaren förhandlade direktivet i rådsarbetsgrupp för den svenska regerings räkning och var därefter sekreterare i den utredning som hade till uppdrag att föreslå ett genomförande av direktivet med svensk rätt.

¹ EUT L 84, 20.3.2014, s. 72, Celex 32014L0026.

² Se skäl 1, 8 och 9 till direktivet.

³ Se skäl 6 till direktivet 2014/26/EU om Kollektiv rättighetsförvaltning och kommissionens rekommendation 2005/737/EG av den 18 maj 2005 om kollektiv gränsöverskridande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter i samband med lagliga musiktjänster på nätet, EUT L 276, 21.10.2005, s. 54.

⁴ Se Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Single Market for Intellectual Property Rights – Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe. Dokumentet är tillgängligt via http://ec.europa.eu/internal_market/intellectual-property/strategy/index_en.htm. Se även den konsekvensbedömning som bilades kommissionens ursprungliga förslag till direktiv, Commission Staff Working Document – Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market, Brussels, 11.7.2012, SWD(2012) 204 final.

Den här artikeln behandlar det förslag till genomförande av direktivet med svensk rätt som presenteras i betänkandet *Kollektiv rättighetsförvaltning på upphovsrättsområdet* (SOU 2015:47).⁵ Artikeln är disponerad enligt följande: I avsnitt 2 redogörs översiktligt direktivet om kollektiv rättighetsförvaltning, i avsnitt 3 beskrivs allmänt utredningens arbete, i avsnitt 4 allmänna utgångspunkter för utredningens arbete, och i avsnitt 5 behandlas frågor om efterlevnad och kontroll. Avslutningsvis ges i avsnitt 6 några avsluande kommentarer.

2. Direktivet om kollektiv rättighetsförvaltning

Direktivet är indelat i fem avdelningar och innehåller sammanlagt 45 artiklar. Till detta kommer 58 skäl i direktivets ingress. Direktivets första avdelning innehåller allmänna bestämmelser om direktivets syfte (artikel 1) och tillämpningsområde (artikel 2). Avdelningen innehåller även vissa grundläggande definitioner (artikel 3), bl.a. en definition av en kollektiv förvaltningsorganisation (artikel 3a). I avdelningen finns även en definition av oberoende förvaltningsenhet (artikel 3b), som avser vissa organisationer som inte faller inom definitionen av kollektiv förvaltningsorganisation, men som bedriver närliggande verksamhet. Vissa av direktivets bestämmelser omfattar även sådana organisationer.

I direktivets andra avdelning finns generella normer för de kollektiva förvaltningsorganisationernas förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter. Det handlar bl.a. om förhållandet mellan de kollektiva förvaltningsorganisationerna, deras medlemmar och andra rättighetshavare, t.ex. förutsättningar för medlemskap samt styrning av och kontroll över förvaltningen (artiklarna 4–10). Det finns också bestämmelser om organisationernas förvaltning av inkasserade medel och om relationen till andra förvaltningsorganisationer (artiklarna 11–15). Vidare innehåller avdelningen vissa bestämmelser som reglerar förhållandet mellan de kollektiva förvaltningsorganisationerna och användarna, däribland bestämmelser om licensiering och rapporteringsskyldighet för användarna (artiklarna 16 och 17). Därutöver finns bestämmelser som innehåller krav på insyn och rapportering, t.ex. information till rättighetshavare om inkasserade och utbetalda belopp, förvaltningsavgifter och andra avdrag (artikel 18). Viss information behöver även ges till andra förvaltningsorganisationer om förvaltningen av rättigheter som omfattas av representationsavtal (artikel 19). Organisationerna behöver också tillhandahålla viss information till allmänheten (artikel 21). Vidare finns bestämmelser om att viss information på begäran ska lämnas ut till rättighetshavare, andra kollektiva förvaltningsorganisationer och användare (artikel 20). En årlig insynsrapport ska innehålla mer detaljerad redovisning av inkasserade medel och användningen av dem (artikel 22).

Direktivets tredje avdelning uppställer kriterier för bedrivande av gränsöverskridande licensiering av musikaliska verk på nätet på den inre marknaden. De organisationer som ska bedriva sådan licensiering måste ha resurser för att effektivt och öppet kunna hantera de uppgifter som behövs för utnyttjandet av licen-

⁵ Betänkandet kan nås via <http://www.regeringen.se/rattsdokument/statens-offentliga-utredningar/2015/05/sou-201547>.

serna, t.ex. i fråga om identifiering av berörd musikrepertoar och övervakning av användningen (artiklarna 23–28). Avdelningen innehåller även bestämmelser om att en organisation kan besluta att inte utfärda gränsöverskridande licenser för näträttigheter till musikaliska verk. En sådan organisation kan dock under vissa förutsättningar begära att en annan organisation förvaltar dess repertoar (artikel 30). Det är också möjligt för rättighetshavare att under vissa förutsättningar själva utfärda licenser för sina egna näträttigheter (artikel 31).

I direktivets fjärde avdelning finns bestämmelser om säkerställande av efterlevnaden av direktivets övriga bestämmelser. Där framgår bl.a. att organisationerna ska tillhandahålla sina medlemmar, rättighetshavarna, andra förvaltningsorganisationer och användarna förfaranden för klagomål och tvistlösning (artiklarna 33 och 35). Det finns också bestämmelser om att vissa typer av tvister rörande gränsöverskridande licensiering mellan, å ena sidan, förvaltningsorganisationer och, å andra sidan, användare, rättighetshavare och andra organisationer kan bli föremål för ett oberoende och opartiskt förfarande för alternativ tvistlösning (artikel 34). Vidare finns bestämmelser enligt vilka medlemsstaterna ska utse behöriga myndigheter med befogenheter att ta emot klagomål och påståenden om överträdelse samt tillhandahålla effektiva, proportionerliga, och avskräckande sanktioner och åtgärder om reglerna inte följs. De behöriga myndigheterna ska övervaka tillämpningen av de nationella bestämmelser som genomför direktivets avdelningar II och III (artikel 36). Det finns också bestämmelser om samarbete och informationsutbyte mellan nationella myndigheter (artiklarna 37 och 38).

Direktivets femte och sista avsnitt innehåller slutbestämmelser. Där anges bl.a. att den behandling av personuppgifter som utförs inom ramen för direktivet ska omfattas av EU-normer om behandling av personuppgifter (artikel 42). Vidare inrättas en expertgrupp bestående av företrädande för de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna och kommissionen ges i uppdrag att senast den 10 april 2021 lämna en rapport till Europaparlamentet och rådet om tillämpningen av direktivet (artiklarna 40 och 41). Vidare anges att direktivet träder i kraft den 10 april 2014 och att det ska vara genomfört i medlemsstaterna senast den 10 april 2016 (artiklarna 43 och 44). Det finns också bestämmelser om att medlemsstaterna, på grundval av den information som de förfogar över, till kommissionen ska anmäla kollektiva förvaltningsorganisationer som är etablerade på deras territorier (artikel 39).

3. Allmänt om utredningens arbete

Den svenska regeringen beslutade den 6 mars 2014 att ge en särskild utredare i uppdrag att föreslå hur direktivet ska genomföras i svensk rätt.⁶

⁶ Se utredningens direktiv, dir. 2014:30, och tilläggsdirektiv, dir. 2014:163. Till särskild utredare utsågs Annika Malm, numera hovrättsråd i Svea hovrätt. Under förhandlingarna om direktivet var Malm s.k. huvudman för förhandlingsprojektet vid justitiedepartementets enhet för immaterialrätt och transporträtt.

Utredningen påbörjades i mars 2014 och bedrev sitt arbete i nära samråd med de av regeringen utsedda experterna,⁷ bl.a. i form av sex expertgruppsmöten. Utredningen hade också ett flertal möten med skilda intressenter som kontaktade utredningen under arbetets bedrivande. Inom ramen för arbetet med överväganden om tillsyn (artikel 36 i direktivet) hade utredningen kontakter med vissa berörda myndigheter och myndighetshandläggare. Vidare tog utredningen initiativ till och deltog i ett flertal möten med representanter för övriga nordiska departement, i syfte att så långt möjligt uppnå nordisk samsyn i fråga om genomförandet. Dessutom deltog utredningens sekreterare i tre möten med kommissionen och representanter för övriga medlemsstater om genomförande av direktivet. Utredningen höll sig också informerad om pågående arbete inom Regeringskansliet med Föreningslagsutredningens betänkanden (SOU 2009:37 och SOU 2010:90).

Utredningens arbete och dess betänkande präglas, i linje med utredningsdirektiven, av att förslaget till genomförande inte bör gå längre än vad som krävs enligt direktivet, bl.a. eftersom längre gående eller mer detaljerade bestämmelser kan medföra konkurrensackdelar, s.k. goldplating.⁸ Samtidigt har utredningen sökt säkerställa att det nationella regelverket inte saknar bestämmelser som ska finnas enligt direktivets krav. Utredningens utgångspunkt har alltså varit att förslaget till nya bestämmelser ska ansluta sig till samma nivå och detaljgrad som bestämmelserna i direktivet. Utredningen har även genomgående strävat efter lösningar som är förenliga med befintliga svenska principer och systematik, såväl vad gäller regelverk som praktiska ordningar för kollektiv förvaltning – bl.a. skilda slag av s.k. paraplystrukturer och andra samarbeten mellan berörda organisationer.

Att utredningsarbetet har präglats av en strävan att inte föreslå ett genomförande som går längre än vad direktivet kräver, i syfte att minska de administrativa bördorna för organisationerna, märks bl.a. av att betänkandet innehåller förslag till nationell reglering som närmast genomgående utnyttjar det tolkningsutrymme som direktivet erbjuder. Det gäller bl.a. i fråga om möjligheten för en kollektiv förvaltningsorganisation att vägra fysiska personer som medlemmar eller åta sig förvaltningsuppdrag från fysiska personer (se avsnitten 7.2.2 och 7.3.2 i betänkandet). Utredningen har också så långt möjligt sökt säkerställa organisationernas och deras medlemmars självbestämmande, t.ex. ifråga om möjligheten

⁷ I utredningens arbete deltog som experter bolagsjuristen Birgitta Adamson, advokaten Peter Adamsson, verkställande dir. Kristina Ahlinder (fr.o.m. den 16 maj 2014), juristen Martina Andersson, verksamhetschefen Helen Asker, chefsjuristen Lars Grönquist, juristen Pia Janné Nyberg (t.o.m. den 15 maj 2014), verkställande direktören Christer Johansson, rådmannen Stefan Johansson, verksamhetsledaren Ulrica Källén Löreljus, föreningssekreteraren Christine Larnfelt, verkställande direktören Mats Lindberg, förbundsdirektören Susin Lindblom Curman, advokaten Helene Miksche, verkställande direktören Ulf Mårtens, chefsjuristen Thomas Stenmo, bolagsjuristen Claudia Wallman, upphovsrättsjuristen Olle Wilöf och chefsjuristen Helena Woodcock. Som sakkunniga (från regeringskansliet) deltog rättsakkunnige Erik Hällströmer, kanslirådet Rickard Sobocki och departementssekreteraren Thorbjörn Öström.

⁸ Se *Att tydliggöra gold-plating – ett bättre genomförande av EU-lagstiftning*, rapport från Näringslivets Regelnämnd och Regelrådet.

att besluta om (kollektiv) fördelning till ”kategorier av rättighetshavare” i stället för individuell fördelning baserad på information om faktisk användning (se avsnitt 8.3.2). Vidare har utredningen föreslagit en förhållandevis begränsad övervakning över organisationernas verksamhet (se avsnitt 14.4.2 i betänkandet) och ett snävt genomförande av bestämmelserna om tvistlösning och alternativ tvistlösning (se avsnitt 14.2.2 och 14.3.2 i betänkandet). Direktivets detaljgrad har dock begränsat möjligheten att hålla nere antalet bestämmelser, vilket har inneburit att utredningen har föreslagit en ny lag om kollektiv rättighetsförvaltning som innehåller hela 114 nya paragrafer, fördelad på 13 kapitel. Till viss del förklaras det stora antalet paragrafer av att utredningen så långt möjligt har sökt föreslå en associationsneutral lagstiftning (se nedan avsnitt 4.3). Strävan efter associationsneutral reglering har i vissa fall krävt särreglering, inom det handlingsutrymme som direktivet medger, för att anpassa regelverket till vissa associationsformer som *prima facie* passar mindre bra in i direktivets regler och struktur – det gäller t.ex. för stiftelser och handelsbolag.

Direktivet ska vara genomfört senast den 10 april 2016. Direktivet innehåller inte några allmänna bestämmelser om dess tillämpning i tiden. Utredningen har därför föreslagit att de bestämmelser som genomför direktivet ska träda i kraft den dag då direktivet ska vara genomfört. Vidare föreslås att vissa ändringar i upphovsrättslagen träder i kraft samtidigt som den nya lagen. De nya reglerna ska dock inte tillämpas i fråga om åtgärder som har vidtagits eller rättigheter som har förvärvats före ikraftträdandet.

4. Allmänna utgångspunkter för utredningens förslag

4.1 Förhållande till befintlig internationell och EU-reglering. De internationella konventionerna på upphovsrättens område innehåller inte några tvingande bestämmelser om kollektiv förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter. Konventionerna innehåller dock vissa bestämmelser som kan vara av betydelse för kollektiv förvaltning, eftersom utgångspunkten i konventionerna i många fall är individuell förvaltning och likabehandling genom bestämmelser om s.k. nationell behandling.

Inte heller på EU-nivå fanns det fram till antagandet av direktivet om kollektiv rättighetsförvaltning några tvingande bestämmelser på området. Kollektiv rättighetsförvaltning berörs i flera av direktiven genom hänvisningar till förvaltning via upphovsorganisationer, men bestämmelserna behandlar i regel inte villkoren för rättighetsförvaltningen i sig. Vidare har det utvecklats vissa principer om kollektiv förvaltning i praxis från EU-domstolen och i beslut från kommissionen på konkurrensrättsområdet och kommissionen antog 2005 den ovan nämnda rekommendationen om kollektiv gränsöverskridande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter i samband med lagliga musikjänster på nätet.

4.2 Lag eller förordning? Som bekant är ett direktiv bindande för medlemsstaterna med avseende på det resultat som ska uppnås, men överläter åt de nationella myndigheterna att bestämma tillvägagångssättet för genomförandet (se tredje

stycket i artikel 288 i EUF-fördraget). Det innebär att ett direktiv ska genomföras genom nationellt bindande regler på lämplig normnivå på det sätt som bäst överensstämmer med medlemsstaternas lagstiftningstradition och lagstiftning i övrigt.⁹

Avgörande för om direktivets bestämmelser ska kunna införlivas i svensk rätt genom lag eller föreskrifter är hur den föreslagna lagstiftningen förhåller sig till bestämmelser i 8 kap. 2 § första och andra punkterna regeringsformen, dvs. om lagstiftningen ska anses vara av *privaträttslig* eller *offentligrättslig* karaktär. Enligt 8 kap. 2 § punkten 1 regeringsformen ska föreskrifter om enskildas personliga ställning samt om deras personliga och ekonomiska förhållanden inbördes meddelas genom lag. Sådana privaträttsliga (civilrättsliga) föreskrifter tillhör det s.k. obligatoriska lagområdet. Enligt 8 kap. 2 § punkten 2 regeringsformen ska föreskrifter om förhållandet mellan enskilda och det allmänna som gäller skyldigheter för enskilda eller i övrigt avser ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden meddelas genom lag. Beträffande sådana offentligrättsliga föreskrifter är det möjligt att i vissa fall delegera föreskriftsrätten. Vidare gäller att oavsett om en regel är av det ena eller det andra slaget har regeringen enligt 8 kap. 7 § regeringsformen möjlighet att utan riksdagens bemyndigande meddela s.k. verkställighetsföreskrifter. Regeringen kan också bemyndiga en förvaltningsmyndighet att meddela sådana föreskrifter.

I betänkandet konstateras att gränsen mellan civilrätt och offentlig rätt inte är knivskarp, utan vissa civilrättsliga områden kan ha offentligrättsliga inslag, liksom att vissa offentligrättsliga områden kan ha civilrättsliga inslag. Vidare är det i många fall möjligt att utforma en bestämmelse som antingen civilrättslig eller offentligrättslig, t.ex. beroende på vilken typ av sanktioner eller annan kontroll som kopplas till en viss bestämmelse. Som en utgångspunkt gäller att föreskrifter om att en viss verksamhet får utövas endast med en myndighets tillstånd eller att den står under tillsyn av en myndighet är offentligrättsliga.¹⁰ Likaså är föreskrifter som lägger en skyldighet att ingripa på en myndighet av offentligrättslig karaktär. I den juridiska litteraturen har framhållits att en rättsregel som kan åberopas av en enskild gentemot en annan enskild är privaträttslig medan en regel som kan åberopas endast av eller mot en representant för det allmänna är offentligrättslig.¹¹

I utredningen konstateras att det i direktivet om kollektiv förvaltning inte på samma sätt som i svensk rätt görs någon medveten skillnad mellan privaträttsliga och offentligrättsliga föreskrifter. Det är dock utredningens bedömning att direktivet innehåller såväl bestämmelser av civilrättslig (privaträttslig) karaktär, bl.a. associationsrätt och mellanmansrätt, som offentligrättsliga bestämmelser av s.k. rörelserättslig eller näringsrättslig karaktär. Med att vissa av bestämmelserna är av rörelserättslig karaktär menas att de uppställer allmänna skyldigheter av närmast offentligrättslig natur för de organisationer som utövar viss verksamhet

⁹ Se t.ex. Lagrådets yttrande i Investeringsfondsfrågor, 2011-04-14.

¹⁰ Se NU 1978/79:50 s. 4 f.

¹¹ Se Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 3 uppl., 1999, s. 71 och 174 f. Se även prop. 1994/95:50 s. 602-610.

– i det här fallet kollektiv rättighetsförvaltning.¹² Även om direktivet identifierar medlemmar och rättighetshavare som innehavare av skyddsvärda intressen (se skäl 7), är lydelsen av bestämmelserna i direktivet inte uppenbart i alla delar utformade för att direkt skydda *enskilda* medlemmar, rättighetshavare eller andra *enskilda* aktörer i förhållande till kollektiva förvaltningsorganisationer – utan snarare medlemmar, rättighetshavare och i förekommande fall andra aktörer som *grupp* (kollektiv) i förhållande till kollektiva förvaltningsorganisationer. I betänkandet görs bedömningen att det är särskilt svårt att dra en tydlig gräns mellan associationsrättsliga och rörelserättsliga bestämmelser i direktivet.

Eftersom direktivets bestämmelser i många delar har inslag av både civilrätt och offentlig rätt, gjorde utredningen bedömningen att direktivets bestämmelser som utgångspunkt bör genomföras i lag. Utredningen föreslår att bestämmelserna införs i en ny lag om kollektiv rättighetsförvaltning på upphovsrättsområdet.

Frågan om gränsdragningen mellan offentligrättsliga och civilrättsliga bestämmelser har betydelse även för vilken kontroll – genom domstolsprövning eller förvaltningsmyndighet – som krävs för de enskilda bestämmelserna i direktivet. Denna fråga behandlas nedan i avsnitt 5.

4.3 Allmänt om direktivets tillämpningsområde. Direktivets tillämpningsområde följer av en kombination av artiklarna 2 och delar av 3 i direktivet. Enligt artikel 2.1 är direktivets avdelningar I, II, IV och V, med vissa undantag i avdelning IV, tillämpliga på alla kollektiva förvaltningsorganisationer som är etablerade inom unionen. Av artikel 2.2 framgår att avdelning III och vissa bestämmelser i avdelning IV är tillämpliga på kollektiva förvaltningsorganisationer som är etablerade inom unionen och förvaltar upphovsrättigheter till musikaliska verk för gränsöverskridande användning på nätet. Avgörande för regelverkets tillämpningsområde är således vad som avses med ”kollektiv förvaltningsorganisation”, respektive vad som avses med (kollektiv) ”förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter”.

I artikel 3 a i direktivet definieras vad som avses med ”kollektiv förvaltningsorganisation.” Där anges att med kollektiv förvaltningsorganisation avses en organisation som har tillstånd enligt lag eller genom överlåtelse, licens eller annat avtal att som sitt enda eller huvudsakliga syfte förvalta upphovsrätter eller närstående rättigheter för mer än en rättighetshavare till gemensamt gagn för dessa rättighetshavare, och som uppfyller minst ett av följande kriterier: i) organisationen ägs eller kontrolleras av sina medlemmar, ii) organisationen är organiserad på ideell basis. Artikel 3 a kompletteras av skäl 14 i direktivets ingress, där det framkommer att direktivet inte kräver att kollektiva förvaltningsorganisationer antar en specifik juridisk form. Vidare uttrycks att sådana organisationer i prak-

¹² Såväl uttrycket rörelserätt som uttrycket näringsrätt avser offentligrättslig reglering av aktörens ageranden på en marknad. Sådana bestämmelser finns på många områden, t.ex. områdena för energi, telekommunikation, bank, försäkring och viss mäklarverksamhet. Utredningen har valt att referera till vissa av bestämmelserna som genomför direktivet som ”rörelserättsliga” i stället för ”näringsrättsliga” eftersom det senare begreppet i regel är associerat med offentligrättsliga regler för kommersiella företag. I sak avses dock inte någon skillnad.

tiken verkar i olika juridiska former såsom föreningar, kooperativ och aktiebolag som kontrolleras eller ägs antingen av innehavare av upphovsrätt och närstående rättigheter eller av enheter som representerar sådana rättighetshavare. Det konstateras att det i undantagsfall förekommer att ägande eller kontroll saknas på grund av den juridiska formen hos en kollektiv förvaltningsorganisation. Som exempel nämns stiftelser, som inte har medlemmar. I skälet framhålls dock att bestämmelserna i direktivet icke desto mindre bör tillämpas även på sådana organisationer. Samtidigt bör medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att förhindra att skyldigheterna enligt direktivet kringgås genom val av juridisk form. Avslutningsvis framhålls att enheter som representerar rättighetshavare, och som är medlemmar i kollektiva förvaltningsorganisationer, kan vara andra kollektiva förvaltningsorganisationer, rättighetshavarsammanslutningar, fackföreningar eller andra organisationer.

Enligt skäl 2 till direktivet inbegriper uttrycket *förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter* utfärdande av licenser till användare, revision av användare, granskning av upphovsrätt och närstående rättigheter, inkassering av intäkter från nyttjande av rättigheter och fördelning av utestående belopp till rättighetshavare.¹³ Uppräkningen är exemplifierande och inte uttömmande. Vidare anges i skäl 16 *in fine* till direktivet ”fastställande av tariffer, utfärdande av licenser eller inkassering av pengar” som moment som kan vara av betydelse för bedömningen av om en aktör ägnar sig åt förvaltning av rättigheter.

Flertalet av direktivets bestämmelser är utformade på ett sätt som för tankarna till föreningsform. Det gäller t.ex. bestämmelserna om medlemmars rättigheter i artikel 6. Som framgår uttryckligen av skäl 14 ställer direktivet dock inte något krav på att kollektiva förvaltningsorganisationer antar en specifik juridisk form, t.ex. föreningsform. Definitionen av kollektiv förvaltningsorganisation i artikel 3 a bekräftar tolkningen att direktivets bestämmelser är avsedda att tillämpas oavsett i vilken juridisk form verksamheten bedrivs. De alternativa rekvisen att ”organisationen ägs eller kontrolleras av sina medlemmar” respektive att ”organisationen är organiserad på ideell basis” indikerar ett brett tillämpningsområde omfattande skilda slag av juridiska former; referensen till ”ägs eller kontrolleras av sina medlemmar” inkluderar typiskt sett verksamhet som bedrivs i bolag eller föreningsform, medan referensen till ”ideell basis” omfattar t.ex. stiftelser som inte bedriver näringsverksamhet.

¹³ Liknande uppräknningar av element som kan utgöra förvaltning av rättigheter har nämnts i bl.a. Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market, SWD(2012) 205 final, Bryssel den 11 juli 2012, s. 195, Commission Staff Working Document. Impact Assessment Reforming Cross-Border Collective Management of Copyright and Related Rights for Legitimate Online Music Services, Bryssel 11 oktober 2005, SEC(2005) 1254, s. 6, Kommissionens rekommendation av den 18 maj 2005 om kollektiv gränsöverskridande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter i samband med lagliga musiktjänster på nätet (2005/737/EG), artikel 1.a och 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”) (2003/300/EG), p. 9.

Utredningen gör, mot denna bakgrund, bedömningen att utgångspunkten i direktivet är att alla juridiska personer – oavsett i vilken juridisk form de bedrivs i dag – ska omfattas av direktivets bestämmelser. En annan fråga är om det i svensk rätt bör uppställas ett krav på att kollektiv förvaltning bedrivs i viss juridisk form. Det skulle skapa ett enhetligt regelverk för kollektiv rättighetsförvaltning. Att uppställa ett krav på särskild juridisk form för bedrivande av viss verksamhet är inte främmande för den svenska lagstiftaren, som bl.a. har bedömt att det inte strider mot regeringsformens bestämmelser om föreningsfrihet.¹⁴ Krav på särskild juridisk form finns för t.ex. bank- och försäkringsrörelse.

Att uppställa krav på särskild juridisk form för bedrivande av viss verksamhet kan dock möta svårigheter i förhållande till bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.¹⁵ Artikel 15 i det direktivet anger att medlemsstaterna vid genomförande av det direktivet ska utvärdera om nationella krav på tjänsteleverantörer att bedriva sin verksamhet i viss juridisk form uppfyller vissa grundläggande kriterier. Kriterierna är att kravet på juridisk form måste vara icke-diskriminerande, nödvändiga i betydelsen motiverande av tvingande hänsyn till allmänintresset samt uppfylla krav på proportionalitet.¹⁶

Att utövändet av kollektiv förvaltning är en tjänst framgår bl.a. av att en av de rättsliga grunderna för direktivet om kollektiv rättighetsförvaltning är artikel 62 i EUF-fördraget, som reglerar fri rörlighet för tjänster inom unionen (se skäl 8 till direktivet). Den bedömningen har också kommit till uttryck i praxis från EUD.¹⁷ Kriterierna i artikel 15 i tjänstedirektivet för uppställande av krav på tjänsteleverantörer att anta viss juridisk form gäller således även kollektiva förvaltningsorganisationer. Det är förenat med svårigheter att bedöma om det är motiverat med ett krav på särskild juridisk form för kollektiva förvaltningsorganisationer. Under utredningen framkom att organisationer som helt eller delvis ägnar sig åt kollektiv förvaltning önskar att genomförandet av direktivet inte bör ske på ett sätt som uppställer krav på viss juridisk form. Mot den bakgrunden gjorde utredningen bedömningen att det är rimligt att de organisationer som önskar bedriva kollektiv förvaltning får välja den juridiska form som de så önskar och att den föreslagna regleringen bör vara konkurrensneutral i förhållande till vilken associationsform som verksamheten drivs i.¹⁸

4.4 Närmare om definitionen av kollektiv förvaltningsorganisation. Som har framkommit ovan finns artikel 3 a i direktivet en definition av kollektiv förvaltningsorganisation. Kravet i artikeln på ”enda eller huvudsakliga syfte” tar sikte på att or-

¹⁴ Se prop. 1975/76:209 s. 112 f. och prop. 2013/14:70 s. 96 f.

¹⁵ EUT L 376 2008.

¹⁶ Jfr prop. prop. 2008/09:187 s. 70 ff.

¹⁷ Se t.ex. dom av den 25 oktober 1979 i mål C-22/79, Greenwich Film mot SACEM, ECLI:EU:C:1979:245, s. 3275, p. 12 och dom av den 27 februari 2014 i mål C-351/12, OSA, ECLI:EU:C:2014:110, p. 59.

¹⁸ Jfr bedömning som gjorts vid reglering av verksamhet på det finansiella området, prop. 2004/05:165 s. 99 och 2009/10:246 s. 216.

organisationen ska ha som sitt enda eller huvudsakliga syfte att förvalta upphovsrätter eller närstående rättigheter (till gemensamt gagn för dessa rättighetshavare). Tillståndet att förvalta rättigheter kan baseras på lag, överlåtelse, licens eller annat avtal, dvs. direktivet är neutralt i förhållande till den rättsliga grunden eller kvalificeringen av tillståndet att förvalta rättigheter enligt nationell rätt. Tolkningen att uttrycket ”enda eller huvudsakliga syfte” återgår på *organisatiomens* (snarare än *förvaltningens*) syfte får stöd vid en läsning av andra språkversioner, t.ex. den franska, tyska och nederländska direktivtexten. Även den engelska språkversionen torde tolkas på detta sätt.

”Organisme de gestion collective’, tout organisme dont le seul but ou le but principal consiste à gérer le droit d’auteur ou les droits voisins du droit d’auteur pour le compte de plusieurs titulaires de droits, au profit collectif de ces derniers, qui y est autorisé par la loi ou par voie de cession, de licence ou de tout autre accord contractuel...”

”Organisation für die kollektive Rechtewahrnehmung’ jede Organisation, die gesetzlich oder auf der Grundlage einer Abtretungs-, Lizenz- oder sonstigen vertraglichen Vereinbarung berechtigt ist und deren ausschließlicher oder hauptsächlicher Zweck es ist, Urheber- oder verwandte Schutzrechte im Namen mehrerer Rechtsinhaber zu deren kollektivem Nutzen wahrzunehmen...”

”Collectieve beheerorganisatie’: iedere organisatie die bij wet of door middel van overdracht, licentieverlening of een andere contractuele regeling gemachtigd is om, als haar enig doel of hoofddoel, auteursrecht of naburige rechten in verband met auteursrecht te beheren namens meer dan één rechthebbende en in het gezamenlijk belang van die rechthebbenden...”

”Collective management organisation’ means any organisation which is authorised by law or by way of assignment, licence or any other contractual arrangement to manage copyright or rights related to copyright on behalf of more than one rightholder, for the collective benefit of those rightholders, as its sole or main purpose...”

Vid möten mellan kommissionen och medlemsstaterna under utredningens arbete har kommissionen uttryckt stöd för tolkningen att kriteriet ”enda eller huvudsakliga syfte” ska ges en objektiv tolkning, bl.a. utifrån de aktiviteter som organisationen utför (jfr skäl 2 och 16 till direktivet). Vad organisationen har angett som sitt syfte i sina stadgar ska inte ha avgörande betydelse, bl.a. eftersom stadgarna kan ha en mer allmän utformning och lydelse än att uttryckligen ange att organisationen ska ägna sig åt kollektiv förvaltning.

Att en kollektiv förvaltningsorganisation har som sitt enda eller huvudsakliga syfte att förvalta rättigheter överensstämmer med definitionen av *kollektiv organisation* (eng. ”collecting society”) i det s.k. satellit- och kabeldirektivet.¹⁹ I artikel

¹⁹ 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, EGT L 248, 6.10.1993, s. 15–21.

1.4 i satellit- och kabeldirektivet anges att ”I detta direktiv avses med kollektiv organisation en organisation som har som enda eller huvudsakliga uppgift att handha eller förvalta upphovsrättigheter eller närstående rättigheter.”

Kriteriet att förvaltningen ska ske för rättighetshavarnas *gemensamma gagn* motiveras av att producenter och förlag som i vissa fall licensierar rättigheter som tillkommer upphovsmän och utövande konstnärer inte ska omfattas av definitionen av kollektiv förvaltningsorganisation, eftersom sådana aktörer handlar i *eget intresse* (jfr skäl 16 till direktivet). När det gäller kravet på att organisationen ska uppfylla minst ett av kriterierna att i) organisationen ägs eller kontrolleras av sina medlemmar, och ii) organisationen är organiserad på ideell basis, syftar kriterierna till att ge definitionen ett så brett tillämpningsområde som möjligt i förhållande till nationella associationsformer (jfr skäl 14 till direktivet). Eftersom det i svensk rätt för närvarande saknas en definition av kollektiv förvaltningsorganisation, och direktivets definition av kollektiv förvaltningsorganisation har avgörande betydelse för direktivets tillämpningsområde, har utredningen föreslagit att det i lagen bör införas en definition av kollektiv förvaltningsorganisation i nära anslutning till ordalydelsen i direktivet.

4.5 Andra organisationer som omfattas av den föreslagna regleringen. Vissa av direktivets bestämmelser är även tillämpliga på andra organisationer än dem som omfattas av direktivets definition av ”kollektiv förvaltningsorganisation.” Artikel 2.3 i direktivet anger att bestämmelserna i direktivet ska tillämpas även på sådana enheter som direkt eller indirekt, helt eller delvis ägs eller kontrolleras av en kollektiv förvaltningsorganisation, förutsatt att enheterna bedriver en verksamhet som, om den skulle bedrivas av den kollektiva förvaltningsorganisationen, skulle omfattas av bestämmelserna i direktivet. Underlag för tolkning av artikel 2.3 ges i skäl 17 till direktivet. Där anges att kollektiva förvaltningsorganisationer bör kunna välja att låta dotterorganisationer eller andra enheter som de kontrollerar utföra vissa delar av deras verksamhet, till exempel fakturering av användare eller fördelning av utestående belopp till rättighetshavare. Enligt samma skäl bör i så fall de bestämmelser i direktivet som skulle vara tillämpliga om den berörda verksamheten utfördes direkt av en kollektiv förvaltningsorganisation vara tillämpliga på den verksamhet som dotterorganisationerna eller de andra enheterna utför. Uttrycket ”direkt eller indirekt, helt eller delvis” förefaller innebära att bestämmelsen ska ges en vid innebörd (jfr skäl 9 och 14 till direktivet). Artikel 2.3 synes alltså syfta till att säkerställa att de krav som direktivet uppställer i fråga om normer för styrelseformer, ekonomisk förvaltning, öppenhet och rapportering blir tillämpliga även i situationer där en kollektiv förvaltningsorganisation väljer att låta en juridisk person eller annan enhet som den direkt eller indirekt, helt eller delvis äger eller kontrollerar utföra de aktiviteterna. I såväl Sverige som i övriga Norden och andra länder förekommer att kollektiv förvaltning helt eller delvis utövas inom ramen för olika nationella samarbeten, t.ex. s.k. paraplystrukturer där en gemensamt ägd eller kontrollerad organisation – t.ex. en ekonomisk förening – utför vissa aktiviteter som utgör kollektiv förvaltning. Det förekommer också att en kollektiv förvaltningsorganisation låter

en enhet, t.ex. ett aktiebolag, som den äger eller kontrollerar utföra vissa sådana aktiviteter. Sådana samarbeten och ordningar kan komma till uttryck på skilda sätt. Utredningen bedömer att det inte är möjligt att i lagen på förhand specificera eller ange vilken eller vilka bestämmelser i direktivet som kan komma att tillämpas i en viss situation, och har därför föreslagit att artikel 2.3 bör genomföras genom en bestämmelse i lagen som nära ansluter till direktivets ordalydelse. Uttrycket ”enhet” torde avse en juridisk enhet som kan äga tillgångar och som har rättskapacitet, dvs. en juridisk person.

I artikel 2.4 i direktivet anges att vissa av bestämmelserna i direktivet är tillämpliga på alla *oberoende förvaltningsenheter* som är etablerade inom unionen. I artikel 3 b definieras en oberoende förvaltningsenhet som en organisation som enligt lag eller genom överlåtelse, licens eller annat avtal har tillstånd att som sitt enda eller huvudsakliga syfte förvalta upphovsrätter eller närstående rättigheter för mer än en rättighetshavare till gemensamt gagn för dessa rättighetshavare, och som i) inte, vare sig direkt eller indirekt, helt eller delvis, ägs eller kontrolleras av rättighetshavare, och som ii) organiseras på vinstbasis. Underlag för tolkning av uttrycket oberoende förvaltningsenhet ges i skäl 15 till direktivet. Där anges att rättighetshavare bör kunna anförtro förvaltningen av sina rättigheter åt oberoende förvaltningsenheter. Sådana oberoende förvaltningsenheter är kommersiella enheter som skiljer sig från kollektiva förvaltningsorganisationer bland annat genom att de inte ägs eller kontrolleras av rättighetshavare. I den mån sådana oberoende förvaltningsenheter utför samma uppgifter som kollektiva förvaltningsorganisationer bör de dock vara skyldiga att lämna viss information till de rättighetshavare som de representerar, till kollektiva förvaltningsorganisationer, till användare och till allmänheten. I skäl 16 till direktivet uttrycks att de aktörer som definieras som oberoende förvaltningsenheter skiljer sig från producenter och förläggare i det att de – i direktivets mening – handlar i de representerade rättighetshavarnas intresse, snarare än i eget intresse. I samma skäl uttrycks att författares och utövande konstnärers managers och agenter i direktivets mening inte ska betraktas som oberoende förvaltningsenheter eftersom de inte förvaltar rättigheter i den bemärkelsen att de fastställer tariffer, utfärdar licenser eller inkasserar pengar från användare. I svensk rätt saknas för närvarande en definition av oberoende förvaltningsenhet. För att uppfylla direktivets krav föreslår utredningen att det i lagen införs en definition av oberoende förvaltningsenhet i nära anslutning till ordalydelsen i direktivet. Uttrycket ”enhet” definieras inte närmare i bestämmelsen. Däremot framgår av definitionen att det som avses är en ”organisation”, vilket torde avse en juridisk person enligt svensk rätt. Uttrycket ”enhet” torde i sig också avse en juridisk enhet som kan äga tillgångar och som har rättskapacitet, dvs. en juridisk person. I lagen bör därför uttrycket ”organisation” användas i stället för ”enhet”.

4.6 Vilka former av kollektiv rättighetsförvaltning omfattas av direktivet? 4.6.1 Allmänt. Direktivets bestämmelser om kollektiv rättighetsförvaltning omfattar all slags kollektiv förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter. Direktivets utgångspunkt är alltså att det omfattar kollektiv förvaltning av alla ekonomiska

rättigheter till verk och närstående rättigheter oavsett om de grundas på ensamrätten eller avser en särskild rätt till ersättning respektive kompensation, med beaktande av vissa förbehåll i fråga om bl.a. privatkopieringsersättning.²⁰

4.6.2 Särskilt om kollektiv förvaltning inom ramen för en avtalslicens m.m. Ett sätt att förvalta ensamrätter är genom s.k. avtalslicenser. Bestämmelser härom finns i svensk rätt 42 a–42 h §§ i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). I skäl 12 i direktivets ingress anges att direktivet, samtidigt som det är tillämpligt på alla kollektiva förvaltningsorganisationer, inte påverkar medlemsstaternas ordningar för förvaltning av rättigheter såsom kollektiva avtalslicenser med utsträckt verkan. Det innebär att direktivet inte påverkar den utsträckta verkan av ett avtal som ingås av en representativ förvaltningsorganisation som avtalslicensbestämmelserna ger. Därutöver innebär det att bestämmelserna om likabehandling av utanförstående upphovsmän och deras möjlighet att lämna förbud mot nyttjande samt rätt till individuell ersättning under vissa förutsättningar inte heller berörs av direktivet. Skäl 12 hindrar däremot inte att andra bestämmelser i direktivet får tillämpning på såväl organisationens relation till sina medlemmar och anslutna i en organisation som tecknar och utlöser avtalslicens, som dess relation till utanförstående upphovsmän som omfattas av en avtalslicens utsträckta verkan.

I ett sammanhang som kännetecknas av att den kollektiva förvaltningen harmoniseras på EU-nivå, kan frågan ställas om andra organisationer än kollektiva förvaltningsorganisationer bör vara behöriga att ingå avtal med avtalslicensverkan och inkassera upphovsrättsliga ersättningar. I betänkandet (avsnitt 12.1 och 12.2) framhåller utredningen att det är viktigt att det även fortsättningsvis finns ett stort förtroende för förvaltningsorganisationernas verksamhet, inte minst för den förvaltning som sker med stöd av avtalslicens. Avtalslicenser är en nordisk särlösning som inte har någon direkt motsvarighet i de internationella konventionerna, även om avtalslicensbestämmelser har erkänts i flera EU-direktiv och liknande mekanismer finns i andra länder. För att upprätthålla förtroendet för denna ordning på sikt är det angeläget att organisationernas förvaltning inte kan ifrågasättas vare sig i Sverige eller utomlands. När den kollektiva rättighetsförvaltningen inom EU nu harmoniseras kan det därför finnas ett intresse av att klargöra att de organisationer som ingår avtal med avtalslicensverkan kan tillvarata rättighetshavarnas intressen på det sätt som direktivet förutsätter.

I betänkandet konstateras också att bestämmelserna om avtalslicens ger organisationerna en stark position på marknaden i förhållande till användarna. Det eftersom bestämmelserna innebär att organisationerna som utgångspunkt kan agera för alla rättighetshavare (såväl svenska som utländska) på ett visst område. Flera av bestämmelserna i direktivet om relationen mellan kollektiva förvaltningsorganisationer och användare är i stor utsträckning utformade utifrån konkurrensrättspraxis om gränser för kollektiva förvaltningsorganisationers missbruk av en dominerande ställning.

²⁰ Se skäl 12 och 13 till direktivet och avsnitt 6.4 i betänkandet.

Sammanfattningsvis gör utredningen bedömningen att det, mot den beskrivna bakgrunden, finns flera skäl för att kräva att enbart *kollektiva förvaltningsorganisationer* ska få ingå avtal med avtalslicensverkan, trots att detta alltså inte krävs direkt av direktivet. Detsamma gäller för bestämmelser i upphovsrättslagen om rätt att inkassera upphovsrättsliga ersättningar. Utredningen bedömer att konsekvenserna av en sådan ändring inte bör bli alltför ingripande för en organisation som för närvarande inte uppfyller kriterierna för att vara en kollektiv förvaltningsorganisation. Organisationen kan välja att omorganisera sin verksamhet så att den uppfyller kriterierna, eller kan välja att förlägga den kollektiva förvaltningen i en organisation som den helt eller delvis kontrollerar. Redan i dag förekommer sådana upplägg bland organisationer verksamma i Sverige.²¹ Vidare medger direktivet att organisationen blir medlem i och låter en annan organisation (en ”paraplyorganisation” eller ”samarbetsorganisation”), som är en kollektiv förvaltningsorganisation, bedriva förvaltningen. Direktivet förhindrar inte att en paraplyorganisation har medlemmar som inte själva är kollektiva förvaltningsorganisationer, utan ger tvärtom stöd för den typ av ordning för kollektiv förvaltning (jfr artikel 3 d, 6.2, 13.1 andra stycket och skäl 14 till direktivet). Det finns således ett flertal möjligheter för de organisationer som i dag inte uppfyller kravet på att vara en kollektiv förvaltningsorganisation att omorganisera sin egen verksamhet eller delta i skilda slag av samarbeten med andra organisationer för utövande av den kollektiva förvaltningen. För enskilda rättighets-havare kan det också vara en fördel om avtalslicenser hanteras av organisationer som inte har anledning att se den för avtalslicensordningen grundläggande ersättningsfrågan som endast en detalj i ett större sammanhang.²²

Utredningen anför att ett skäl emot att införa ett krav av nu aktuellt slag skulle kunna vara att en sådan åtgärd, eftersom den inte är nödvändig för att genomföra direktivet, kan vänta till dess konsekvenserna av genomförandet kan överblickas fullt ut. Utredningen konstaterar dock att en sådan avvaktan ofrånkomligen innebär ett ställningstagande till den grundläggande frågan om det är rimligt att kraven på rättighetsförvaltning ska skilja sig åt mellan kollektiva förvaltningsorganisationer och andra organisationer som bedriver kollektiv förvaltning på de nu aktuella områdena. Vidare finns en risk till s.k. inlåsningseffekter där marknadens aktörer anpassar sig till en ordning som redan nu bedöms vara förenad med betänkligheter i förhållande till direktivets krav och överväganden om konkurrensneutralitet m.m. Övervägande skäl talar därför enligt utredningen för att det redan nu bör föreslås att enbart representativa organisationer som också är kollektiva förvaltningsorganisationer ska få ingå avtal med avtalslicensverkan och inkassera upphovsrättsliga ersättningar med stöd av lag. Utredningen föreslår därför att bestämmelserna i upphovsrättslagen om avtalslicenser och inkassering av vissa ersättningar bör kompletteras med ett krav på att orga-

²¹ Till exempel äger eller kontrollerar flera av medlemsorganisationerna i Bonus Copyright Access aktiebolag som är s.k. servicebolag som ombesörjer vissa aktiviteter för kollektiv förvaltning. Se <http://www.bonuscopyright.se/pages/Medlemsorganisationer>.

²² Jfr Karnell i NIR 1981 s. 264.

nisationerna, utöver att vara representativa, ska uppfylla definitionen av kollektiv förvaltningsorganisation i lagen om kollektiv rättighetsförvaltning.

Det går naturligtvis att tänka sig alternativa lagtekniska lösningar som i huvudsak uppnår samma syfte. I stället för att, såsom utredningens förslag, uppställa kravet att en organisation som önskar utlösa avtalslicens behöver *vara* en "kollektiv förvaltningsorganisation", så skulle man i upphovsrättslagen kunna uppställa kravet att organisationen behöver *följa* bestämmelserna i lagen om kollektiv rättighetsförvaltning *som om* den uppfyllde förutsättningarna för att vara en kollektiv förvaltningsorganisation. En sådan reglering skulle ha den fördelen att det inte skulle råda någon tvekan om att en (representativ) organisation som önskar utlösa avtalslicens kan göra det oavsett en bedömning av om organisationen uppfyller förutsättningarna för att vara en kollektiv förvaltningsorganisation.

4.7 Förhållandet till befintlig associationsrättslig reglering. Direktivet innehåller flera associationsrättsliga bestämmelser som avviker från befintlig svensk associationsrättslig reglering. Utredningen har föreslagit att de bestämmelser i direktivet som avviker från befintlig reglering bör införas som särbestämmelser i den nya lagen och inte i den associationsrättsliga regleringen. Det innebär att de kollektiva förvaltningsorganisationerna måste följa såväl allmänna associationsrättsliga bestämmelser som i förekommande fall särskilda associationsrättsliga regler i den nya lagen. De senare kommer i vissa fall att gälla utöver och i vissa fall i stället för den allmänna associationsrättsliga regleringen.

Utredningen har bedömt att i de fall direktivet kräver att det införs bestämmelser som ska gälla *utöver* det som följer av befintlig associationsrättslig lagstiftning, bör det anges särskilt i lagen. Enligt utredningen är det dock inte möjligt att i lagen ange exakt vilka bestämmelser som ska tillämpas *i stället* för motsvarande associationsrättsliga bestämmelser; detta får avgöras i varje enskilt fall vid en jämförelse mellan de respektive regelverken.

En särskild fråga är hur vissa av direktivets *allmänt hållna* bestämmelser om medlemmarnas möjlighet att på ett "lämpligt och effektivt sätt delta i beslutsfattandet" i den kollektiva förvaltningsorganisationen (se artikel 6.3, artikel 8.10 andra stycket och artikel 8.11), ska förhålla sig till befintliga associationsrättsliga bestämmelser i svensk rätt. Utredningen bedömer att denna fråga i huvudsak får överlämnas till rättstillämpningen att avgöra. Det var inte möjligt att inom ramen för utredningsuppdraget analysera samtliga associationsrättsliga bestämmelser i förhållande till direktivets allmänt hållna bestämmelser. Utredningen gör dock bedömningen att om samma fråga regleras både i den allmänna associationsrättsliga lagstiftningen och lagen om kollektiv rättighetsförvaltning, och den allmänna associationsrättsliga lagstiftningen innehåller undantag som innebär minskade möjligheter för enskilda medlemmar att delta i beslutsfattandet och som inte har sin motsvarighet i lagen om kollektiv rättighetsförvaltning, så gäller inte de undantagen för kollektiva förvaltningsorganisationer.

4.8 Avgränsning av direktivets tillämpningsområde i förhållande till facklig föreningsfrihet. I direktiven till utredningen anges särskilt att utredaren skulle föreslå ett ge-

nomförande av direktivet som säkerställer att genomförandet av direktivet inte inverkar på den fackliga föreningsfriheten. Vidare framgår av skäl 56 i ingressen till direktivet att det inte påverkar tillämpningen av annan relevant lagstiftning inom andra områden, såsom t.ex. arbetstagares och arbetsgivares föreningsfrihet och deras organisationsrätt.

I betänkandet görs bedömningen att uttrycket facklig föreningsfrihet inte har någon bestämd innebörd i svensk rätt. Det är svårt, om ens möjligt, att skilja rent fackliga friheter från andra grundläggande fri- och rättigheter. Till exempel omfattar den grundlagsskyddade föreningsfriheten även rätten att organisera sig fackligt.²³ Utredningen bedömer också att införande av särskilda associationsrättsliga och andra regler för fackliga organisationer i och för sig inte torde vara en begränsning av deras föreningsfrihet.²⁴ Traditionellt har dock utgångspunkten i Sverige varit att de fackliga föreningarna fritt ska sätta ramarna för sin verksamhet. När diskussioner har förts om att i lag inta normer för de ideella föreningarnas verksamhet har fackföreningarna motsatt sig en sådan reglering.²⁵ Vissa normer har dock utvecklats i rättspraxis och doktrin, t.ex. om stadgar och om hur beslut i föreningens angelägenheter ska fattas.²⁶

Den fråga som utredningen hade att ta ställning till i denna del var huvudsakligen om den nya lagen helt eller delvis kommer att tillämpas på sådana organisationer som förvaltar rättigheter helt eller delvis i förhållande till arbetsgivare, dvs. organisationer som i många fall betecknar sig som "fackliga".

I betänkandet konstateras att en övergång av upphovsrätt från en arbetstagare till en arbetsgivare kan ske såväl inom ramen för ett enskilt anställningsavtal, som inom ramen för ett kollektivavtal enligt bestämmelserna i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL). Om det inte föreligger något avtal måste man normalt räkna med att arbetsgivaren får nyttjanderätt till det en anställd skapar inom ramen för anställningen men inte att upphovsrätten med nödvändighet övergår till arbetsgivaren. Om t.ex. ett verk tillkommit som ett resultat av ett tjänsteåliggande kan arbetsgivaren utnyttja verket inom sin normala verksamhet. Det måste dock vara fråga om en användning som kunde förutses vid verkets tillkomst.²⁷

Utredningen bedömer att "förvaltning"²⁸ av någon annans rättigheter måste anses innebära något mer än att tillvarata annans rättigheter inom ramen för ett arbetstagar/arbetsgivarförhållande. När en organisation sluter kollektivavtal för sina medlemmars räkning kan den inte redan därigenom anses ägna sig åt kollektiv förvaltning av rättigheter i direktivets mening, även om kollektivavtalet i och för sig reglerar frågan om arbetstagarnas upphovsrättigheter i förhållande till

²³ Se prop. 1975/76:209 s. 112, jfr SOU 1975:75, bilaga 14, s. 394 f.

²⁴ Jfr SOU 1972:15 s. 157 och prop. 1975/76:209 s. 112 f.

²⁵ Se t.ex. SOU 1975:1 s. 606. Jfr ILO:s konvention nr 87 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten.

²⁶ Se t.ex. NJA 1972 s. 342, prop. 1975/76:105, bilaga 1, s. 344, NJA 1987 s. 394 och Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, 2000, s. 95.

²⁷ Se t.ex. AD 2002 nr 87, Wolk i, JT 2002–03 s. 665 ff. och SOU 2010:24 s. 143 ff.

²⁸ Jfr avsnitt 4.3 ovan, där uttrycket "förvaltning" av upphovsrätt och närstående rättigheter i direktivets skäl 2 behandlas.

arbetsgivaren inom ramen för anställningen. Däremot är det, enligt utredningens bedömning, fråga om kollektiv förvaltning av rättigheter när en organisation inkasserar intäkter från nyttjande av rättigheter, gör eventuella avdrag och fördelar utestående belopp till rättighetshavare. Sådana aktiviteter kan inte karakteriseras som ”facklig verksamhet” endast av det skälet att organisationen i övrigt bedriver facklig verksamhet, t.ex. genom att ingå kollektivavtal. Utredningen bedömer att det gäller även i situationer då inkassering och fördelning avser ersättningar som har sin grund i ett avtal som i huvudsak utgör ett kollektivavtal. I den utsträckning som möjligheten för en enskild upphovsman/arbetstagarare att erhålla ersättning för nyttjande styrs av organisationens villkor för förvaltningen av rättigheter, t.ex. fördelningsprinciper och avdrag för olika sociala eller kulturella ändamål, är det aspekter som direktivet avser att reglera. Avgörande för om en organisation hamnar innanför eller utanför direktivets tillämpningsområde blir i en sådan situation det s.k. huvudsaklighetskriteriet. För att en organisation ska betecknas som ”kollektiv förvaltningsorganisation” krävs att den ”har tillstånd enligt lag eller genom överlåtelse, licens eller annat avtal att som sitt enda eller huvudsakliga syfte förvalta upphovsrätter eller närstående rättigheter för mer än en rättighetshavare till gemensamt gagn för dessa rättighetshavare” (se härom ovan avsnitt 4.4). Vid bedömningen av om organisationen uppfyller det kriteriet behöver en bedömning göras om och i så fall i vilken utsträckning organisationen bedriver även *annan* verksamhet, t.ex. facklig verksamhet. Mot den bakgrunden bedömer utredningen att det inte kan anses nödvändigt att i den nya lagen införa ett förtydligande om lagens tillämpningsområde på organisationer som helt eller delvis också ägnar sig åt facklig verksamhet. Några sådana bestämmelser bör enligt utredningen därför inte införas.

Under utredningens arbete förde dock ett flertal organisationer fram önskemålet att det ändå bör införas ett förtydligande i lagen om att den inte är tillämplig i situationer där en organisation ingår ett kollektivavtal enligt bestämmelserna i MBL. Resonemanget baseras på antagandet att den organisation som önskar teckna ett kollektivavtal uppfyller förutsättningarna för att vara en kollektiv förvaltningsorganisation. MBL är subsidiär i förhållande till annan lagstiftning eller med stöd av lag meddelad författning (3 § MBL). I den nu beskrivna situationen skulle bestämmelserna i den nya lagen vid en normkonflikt ha företräde framför bestämmelserna i MBL, t.ex. om förhandlingsrätt, och andra förutsättningar för att ingå kollektivavtal, rätten att vidta stridsåtgärder, formerna för medling i arbetstvister och kollektivavtals utsträckta verkan. Utredningen bedömer dock, bl.a. med hänvisning till skäl 56 i direktivet, att avsikten med direktivet dock knappast kan vara att inverka på förutsättningarna för arbetsgivare och arbetstagarare att ingå kollektivavtal, förutsatt att avtal eller villkor i avtal mellan arbetsgivarorganisation eller arbetsgivare och arbetstagarorganisation saknar verkan som kollektivavtal i den mån det rör annat än anställningsvillkor för arbetstagarare eller om förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagarare (se 23–25 §§ MBL).

Mot den bakgrunden föreslår utredningen en bestämmelse med sådan innebörd. Utredningen hämtar inspiration till utformningen av en sådan bestäm-

melse i 1 kap. 2 § konkurrenslagen (2008:579)(KL), som anger att den lagen inte är tillämplig på ”överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor.” Bestämmelsen har motiverats bl.a. av att den konkurrensrättsliga regleringen inte ska inverka på den legala och sedvannerättsliga regleringen som utvecklats för arbetsmarknaden och dess organisationer.²⁹ Innebörden av begreppet arbetstagare motsvarar den innebörd begreppet fått i arbetsrätten. Såväl anställningsvillkor i kollektivavtal som individuella avtal omfattas av bestämmelsen.

Synsättet att kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare inom det fackliga kärnområdet (löner och andra anställningsvillkor) och som inte direkt påverkar andra marknader och tredje män inte bör omfattas av konkurrensrättsliga bestämmelser om förbud mot konkurrensbegränsande samarbete, har även fått stöd i praxis från dåvarande EG-domstolen i det s.k. Albany-avgörandet.³⁰ Med hänvisning till och tolkning av bestämmelser i de grundläggande fördragen uttryckte domstolen att det socialpolitiska syftet med kollektivavtal allvarligt skulle äventyras om arbetsmarknadens parter gemensamma strävan att vidta åtgärder som förbättrar anställnings- och arbetsförhållandena skulle omfattas av de konkurrensrättsliga bestämmelserna. Domstolen fäste avgörande vikt vid beskaffenheten hos och syftet med det kollektivavtal som var föremål för prövning i målet vid den nationella domstolen.

Utredningen bedömer att de skäl som ligger bakom undantagsbestämmelsen i 2 § KL påminner om dem som motiverar ett införande av en liknande bestämmelse i lagen om kollektiv rättighetsförvaltning. Det handlar bl.a. om ordningar för facklig hantering av upphovsrättigheter som har utvecklats under lång tid. Det kan visserligen invändas att tillämpningsområdet för den nya lagen inte ska göras beroende av tillämpningsområdet av begrepp som definieras i nationell rätt. Som redan framgått kan avsikten med direktivet dock inte ha varit att reglera frågan om arbetstagarnas upphovsrättigheter i förhållande till arbetsgivaren inom ramen för anställningen, åtminstone inte så länge avtalet rör sig inom det fackliga kärnområdet. De bestämmelser i lagen som genomför direktivet och som tar sikte på relationen mellan en kollektiv förvaltningsorganisation och en användare bör alltså inte tillämpas på överenskommelser som rör lön och andra anställningsvillkor, i situationer där användaren är en arbetsgivare och den organisation som önskar ingå ett kollektivavtal uppfyller kriterierna för att vara en kollektiv förvaltningsorganisation. I praktiken handlar det om de bestämmelser i lagen som genomför direktivets artiklar 16 om förhandling och licensiering m.m. och 17 om rapportering från användare. Mot den bakgrunden bör i lagen införas en bestämmelse som, i likhet med bestämmelsen i konkurrenslagen, anger att den inte är tillämplig på överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor.

²⁹ Se prop. 1953:103 s. 235 f.

³⁰ Mål C-67/96 Albany, ECLI:EU:C:1999:430.

5. Efterlevnad och kontroll

I svensk rätt saknas bestämmelser om särskild myndighetsövervakning över kollektiva förvaltningsorganisationer, t.ex. i form av tillsyn eller annan offentlig kontroll. Kontrollen över organisationerna sker i stället på basis av privaträttsliga regler, t.ex. allmänna associationsrättsliga regler eller förutsättningar för att utlösa avtalslicens och tillhörande skyldigheter i förhållande till utanförstående m.m. Kontrollen av efterlevnaden av de bestämmelserna sker genom möjlighet till domstolsprövning, där överträdelser kan bli föremål för i huvudsak civilrättsliga sanktioner, t.ex. skadestånd. Något förenklat går det alltså att beskriva nuvarande svenska ordningar för kollektiv förvaltning som självreglerande. En avsaknad av myndighetskontroll eller annan offentlig intervenering har i stor utsträckning kännetecknat också förhållandet mellan organisationerna och användarna. Till skillnad från många andra länder, inkl. flera av våra nordiska grannar, har det i Sverige med något undantag inte funnits bestämmelser i lag om tvingade mekanismer för alternativ tvistlösning.³¹

Utanför Norden är det mer vanligt med ordningar där en myndighet övervakar de kollektiva förvaltningsorganisationerna, t.ex. genom att utöva tillsyn. Sådan övervakning har motiverats bl.a. av ett behov av att genom myndighetskontroll säkerställa att endast de organisationer som har tillräckliga resurser och kompetenser för en lämplig och effektiv kollektiv förvaltning får utöva sådan verksamhet.³² Behovet av myndighetskontroll har också motiverats av att de kollektiva förvaltningsorganisationerna ofta har en faktisk monopolställning och möjligen också en rättslig sådan och att de i förhållande till en enskild användare kan ha en (alltför) stark förhandlingsposition.

Direktivet om kollektiv rättighetsförvaltning innehåller närmare bestämmelser om kontroll och efterlevnad av direktivets bestämmelser. I artikel 36.1 i direktivet anges att medlemsstaterna ska se till att de bestämmelser i nationell rätt som antagits enligt de krav som anges i direktivet efterlevs av de kollektiva förvaltningsorganisationer som är etablerade inom deras territorium, vilket ska övervakas av de behöriga myndigheter som har utsetts för detta ändamål. I artikel 36.2 i direktivet anges att medlemsstaterna ska se till att det finns förfaranden för att medlemmarna i en kollektiv förvaltningsorganisation, rättighetshavarna, användarna, kollektiva förvaltningsorganisationer och andra berörda parter ska kunna underrätta de berörda myndigheter som utsetts för detta ändamål om verksamhet eller omständigheter som de anser utgör en överträdelse av bestämmelserna i nationell rätt som antagits enligt kraven i detta direktiv. I artikel 36.3 anges att medlemsstaterna ska se till att de behöriga myndigheter som utsetts för detta ändamål har befogenhet att ålägga lämpliga sanktioner eller vidta lämpliga åtgärder i fall där bestämmelserna i nationell rätt som antagits för att genomföra direktivet inte har efterlevts. Sanktionerna och åtgärderna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. Underlag för tolkning av artikel 36 ges i skäl

³¹ Se 52 a § lag (1380:612) om medling i vissa upphovsrättstvister.

³² Se t.ex. Ficsor, Collective Management of Copyright and Related Rights, WIPO study 2002 s. 162.

50 till direktivet. Där anges att medlemsstaterna bör inrätta lämpliga förfaranden som gör det möjligt att övervaka om kollektiva förvaltningsorganisationer efterlever direktivet. Det anges också att samtidigt som det inte är lämpligt att direktivet begränsar medlemsstaternas val vare sig av behöriga myndigheter eller om kontrollen över de kollektiva förvaltningsorganisationerna sker på förhand eller i efterhand, bör det säkerställas att sådana myndigheter är kapabla att effektivt och skyndsamt hantera problem som skulle kunna uppstå vid tillämpningen av direktivet. Vidare anges att medlemsstaterna inte bör vara skyldiga att inrätta nya behöriga myndigheter. Vidare bör det finnas möjlighet för medlemmarna i en kollektiv förvaltningsorganisation, rättighetshavare, användare, kollektiva förvaltningsorganisationer och andra berörda parter att underrätta en behörig myndighet om verksamheter eller omständigheter som enligt deras uppfattning innebär att kollektiva förvaltningsorganisationer och, i förekommande fall, användare gör sig skyldiga till lagöverträdelser. Medlemsstaterna bör se till att de behöriga myndigheterna har befogenhet att ålägga sanktioner eller vidta åtgärder om bestämmelser i nationell rätt som genomför direktivet överträds. Det framhålls dock att direktivet inte föreskriver några specifika typer av sanktioner eller åtgärder så länge de är effektiva, proportionella och avskräckande. Som exempel på sanktioner eller åtgärder nämns föreläggande om att avskeda direktörer som agerat försumligt, inspektioner i de lokaler som en kollektiv förvaltningsorganisation förfogar över eller, om en kollektiv förvaltningsorganisationer fått tillstånd att verka, åtgärder som innebär att organisationen fräntas tillståndet. Det poängteras att direktivet bör vara neutralt i fråga om tillstånds- och kontrollsystem i medlemsstaterna, inklusive representativitetskrav för kollektiva förvaltningsorganisationer, förutsatt att de är förenliga med unionsrätten och inte utgör något hinder för att direktivet tillämpas fullt ut.

Mot bakgrund av direktivets krav föreslår utredningen att det i lagen införs bestämmelser om att en förvaltningsmyndighet ska ha viss tillsyn över att kollektiva förvaltningsorganisationer bedrivs enligt lagen, samt en bestämmelse om skyldighet för den myndigheten att samarbeta och utbyta information med behöriga myndigheter i andra medlemsstater och med Europeiska kommissionen. Bestämmelserna om tillsyn ska i vissa fall tillämpas även i förhållande till s.k. dotter- eller samarbetsenheter, oberoende förvaltningsorganisationer samt medlemmar i kollektiva förvaltningsorganisationer som är enheter som företräder rättighetshavare.

Den föreslagna tillsynen begränsas till de bestämmelser i direktivet som bedöms ha s.k. rörelserättslig karaktär (se avsnitt 4.2). Det gäller vissa av bestämmelserna om skyldigheter för personer som leder verksamheten i den kollektiva förvaltningsorganisationen (artikel 10), de allmänna skyldigheterna om inkassering och användning av rättighetsintäkter (artikel 11), bestämmelserna om avdrag (artikel 12) och fördelning av utestående belopp (artikel 13), förvaltning av rättigheter för andra kollektiva förvaltningsorganisationers räkning (artiklarna 14 och 15), de särskilda krav som gäller i fråga om resurser för att hantera gränsöverskridande licenser (artikel 24) samt skyldigheter i fråga om rapportering, fakturering, betalning och fördelning vid gränsöverskridande licensiering (artik-

larna 27 och 28). Utredningen gör härvid bedömningen att direktivet inte uppställer något krav på *löpande* kontroll av efterlevnaden av direktivets bestämmelser, t.ex. i form av tillsyn. Begreppet ”övervakning” behöver inte med nödvändighet innebära ett krav på löpande övervakning,³³ och av direktivets ingress följer att direktivet överlämnar till medlemsstaterna att besluta om kontrollen bör ske på förhand eller i efterhand (se skäl 50). Av samma skäl framgår också att direktivet varken uppställer något krav på inrättandet av några nya behöriga myndigheter eller begränsar medlemsstaternas val av myndigheter. Myndigheterna bör dock vara kapabla att effektivt och skyndsamt hantera problem som skulle kunna uppstå vid tillämpningen av direktivet (se skäl 50). Den flexibilitet som direktivet lämnar åt medlemsstaterna vid valet av organiserandet av kontrollen av efterlevnaden är bekant från andra EU-rättsakter.³⁴

Utgångspunkten att kontrollen så långt möjligt bör ske genom möjlighet till prövning i domstol är förenlig med synsättet i svensk rättsordning att även domstolar anses vara myndigheter. Det i direktivet använda uttrycket ”behörig myndighet” kan således omfatta även domstolar. En annan fråga är om direktivets bestämmelser till sitt innehåll förutsätter att den behöriga myndigheten har en kompetens och kan agera på ett sätt som en domstol enligt svenskt synsätt inte kan. Utgångspunkten i svensk rätt är att domstolar ska ägna sig åt rättskipning, medan den offentliga förvaltningen utövas av statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter (1 kap. 8 § regeringsformen). En domstol kan inte vara förvaltningsmyndighet, varmed avses ett organ som ingår som en självständig enhet i den statliga eller en kommunal förvaltningsorganisation.³⁵ Kompetensfördelningen i regeringsformen utgår alltså från att rättskipning utförs av domstol och förvaltning sker hos förvaltningsmyndighet.

Det är utredningens bedömning att kontrollen av efterlevnaden av sådana bestämmelser som är rörelserättsliga till sin karaktär inte kan ske endast genom en möjlighet till prövning i domstol, eftersom bestämmelserna inte i alla delar är utformade för att direkt skydda enskilda medlemmar och rättighetshavare, eller andra enskilda aktörer, i förhållande till kollektiva förvaltningsorganisationer. Bestämmelsernas rörelserättsliga, och därmed offentlighetsrättsliga, karaktär kräver i stället någon form av tillsyn av förvaltningsmyndighet, eftersom kontrollen av efterlevnaden av de bestämmelserna inte utgör rättskipning. Patent- och registerverket föreslås bli behörig myndighet att utöva tillsyn över kollektiva förvaltningsorganisationer och andra organisationer som omfattas av tillsynen.

6. Avslutande kommenterar

Direktivet om kollektiv rättighetsförvaltning innehåller krav på normer i nationell rätt som i stor utsträckning saknar motsvarighet i svensk rättsordning, som hittills kännetecknas av att de berörda organisationerna lämnats förhållandevis stort utrymme att själva reglera sin interna verksamhet. Även organisationernas

³³ Jfr SOU 2004:100 s. 75 och SOU 2002:14 s. 53.

³⁴ Jfr SOU 2004:100 s. 68 och SOU 2002:14 s. 49.

³⁵ Se Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, 2012, s. 39.

förhållande till rättighetshavare och användare har i huvudsak saknat särreglering. Direktivet uppställer i stor utsträckning krav på mycket detaljerad reglering av organisationernas verksamhet och deras agerande på marknaden, i vissa fall kombinerad med tillsyn via förvaltningsmyndighet. Vi står således inför en stundande omdaning av organisationernas verksamhet – även om i vart fall utredningen så långt möjligt har sökt anpassa regelverket till befintliga ordningar för kollektiv förvaltning i Sverige.

Direktivets bestämmelser rör i många delar betydande kommersiella intressen varför det inte är svårt att förutse att EU-domstolen inom en snar framtid kommer att få anledning att besvara begäran om förhandsavgörande.³⁶ För egen del ska det bli intressant att följa den fortsatta utvecklingen på området och jag får förmodligen anledning att återkomma i fler artiklar.

³⁶ Jfr Axhamn, *Striving for Coherence in EU Intellectual Property Law: A Question of Methodology*, i *Liber Amicorum Jan Rosén*.