



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Ju mer, desto bättre?

En rättsteoretisk undersökning av det upphovsrättsliga skyddet för idrottsevenemang och idrottsarrangörer inom EU

Adnan Kulovac

Juridiska institutionen

HRO800 Examensarbete juristprogrammet, 30 högskolepoäng

Höstterminen 2023

Handledare: Kristoffer Schollin, Juris Dr immaterialrätt

Innehållsförteckning

Förkortningar	4
1 Introduktion.....	6
1.1 En ny digital dagordning inom EU med tillväxt, innovation och sport i fokus	6
1.1.1 Är idrottsarrangörer i behov av nya rättigheter?	7
1.1.2 EU:s strategi för att hantera de utmaningar som idrottsarrangörer möter idag	8
1.1.3 Idrott – en växande marknadsplats	9
1.2 Uppsatsens syften och frågeställningar	11
1.3 Avgränsningar	11
1.4 Metod och material.....	12
1.4.1 Ett försök till ett pragmatiskt och ansvarstagande tillvägagångssätt.....	12
1.4.2 Vikten av att inkorporera teoretiska perspektiv	14
1.4.3 Förhållningssätt till det material som undersöks	15
1.4.3.1 Något om det EU-rättsliga materialet.....	17
1.4.4 Forskningsläget	18
1.5 Disposition.....	19
2 Balansgången mellan upphovsrättens och idrottsmarknadens olika intressen.....	21
2.1 Vilka intressen är upphovsrätten ämnad att skydda?	21
2.1.1 Idén om att individer skall få skörda frukten av sitt arbete	22
2.1.2 Hegels personlighetsteori – en teori med individens värdighet och erkännande i centrum.....	24
2.1.3 Upphovsrätt, incitament och idrottskapitalism.....	25
2.2 Balansen i upphovsrätten.....	27
2.2.1 En förändrad spelplan i den digitala miljön	27
2.2.2 Är lösningen mer upphovsrätt eller mer teknik?	29
2.3 Sammanfattning.....	30
3 Det EU-rättsliga skyddet för arrangörer av idrottsevenemang.....	31
3.1 Skydd för idrottsevenemangen som sådana	31
3.1.1 Evenemang som originella alster?.....	31
3.1.1.1 Kommentarer till EU-domstolens ställningstagande.....	32
3.1.2 Idrottare som utövande konstnärer	36
3.1.3 Kan äganderättsliga argument användas för att skydda arrangörers kommersiella intressen?	37
3.1.3.1 Medlemsstaternas utrymme att införa exklusiva rättigheter	38
3.2 Upptagningar av idrottsevenemang	39
3.2.1 Skydd som filmverk eller annat audiovisuellt verk.....	39
3.2.2 Den närstående rättigheten för filmproducenter.....	41
3.3 Sändningar av idrottsevenemang.....	42

3.3.1	Arrangörers möjligheter att vidta rättsliga åtgärder för att stävja intrång	44
3.3.2	Mellanhänders ansvar för vad som tillgängliggörs på internetplattformar	45
3.3.2.1	Kringgåenden av tekniska skyddsåtgärder	48
3.4	Medlemsstaters lösningar för att främja investeringar i idrottsevenemang	49
3.4.1	Code du Sport i Frankrike	49
3.4.2	Införandet av en italiensk audiovisuell sporträttighet	51
4	Upphovsrättens hanterande av okonventionella alster	53
4.1	Hör idrott hemma i upphovsrätten?	53
4.2	Förhållandet mellan upphovsrätt och konstnärlighet	53
4.2.1	EU-domstolens syn på konstnärlighet	55
4.3	Upphovsrättens ”negativa utrymmen”	57
4.3.1	Cirkus	57
4.3.2	Trollkonstnärer	59
5	Diskussion.....	61
5.1	En EU-rättslig strategi där både balans och logik kan ifrågasättas	61
5.2	Nya tankesätt behövs för att göra det rättsliga utrymmet mer balanserat	63
5.3	Idrott som verk – en fin men svårmotiverad tanke.....	66
6	Slutsatser och avslutande reflektioner	69
	Käll- och litteraturförteckning.....	72
	Rättsfallsregister.....	82

Förkortningar

Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
databasdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser
datorprogramdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram
DSM-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden
e-handelsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden
EPRS	Europaparlamentets interna utredningstjänst och tankesmedja
EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
FEUF	fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
jfr	jämför (referens som ger visst stöd för påståendet, indirekt eller analogt)
JURI	Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor
p.	punkten/punkterna
Romkonventionen	Romkonventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag

<p>samordningsdirektivet</p>	<p>Rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television</p>
<p>satelit- och kabeldirektivet</p>	<p>Rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidareändning via kabel</p>
<p>skyddstidsdirektivet</p>	<p>Rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter</p>
<p>TRIPS-avtalet</p>	<p>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</p>
<p>uthyrning- och utlåningsdirektivet</p>	<p>Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter</p>
<p>WCT</p>	<p>World Intellectual Property Organization Copyright Treaty</p>
<p>ändring- och kodifieringsdirektivet</p>	<p>Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter</p>

1 Introduktion

1.1 En ny digital dagordning inom EU med tillväxt, innovation och sport i fokus

I takt med den digitala samhällsutvecklingen har EU på senare år satt digitalisering allt högre upp på den politiska agendan. För att kunna hantera utvecklingen har EU betonat vikten av en ny digital dagordning i Europa där internet inte bara bidrar till ekonomisk tillväxt utan också innovation, kreativitet och deltagande.¹ Upphovsrättsliga regler anses i enlighet med denna dagordning fylla en viktig funktion då de kan säkerställa att kreativt digitalt innehåll görs tillgängligt för allmänheten samtidigt som rättighetshavare uppbär lämplig ersättning och lämpligt skydd för sina verk. Att en balans uppnås mellan dessa motstående intressen har av Europeiska kommissionen (EU-kommissionen) beskrivits som avgörande för att en digital europeisk inre marknad skall kunna upprättas och utnyttjas effektivt.² Parallellt med digitaliseringens framfart har det också uppstått funderingar kring det så kallade Infosoc-direktivet och dess effektivitet. Att den digitala ekonomin har förändrat vårt sätt att interagera med upphovsrättsligt skyddat material genom exempelvis streaming väcker inte minst frågor om hur EU:s nuvarande upphovsrättslagstiftning kan möta de nya utmaningar som följer med digitaliseringen.³

Samtidigt har EU-kommissionen understrykt hur idrotten, till följd av sin sociala och ekonomiska betydelse inom EU, ofta utvecklas i synergi med andra delar av samhället och att EU behöver ta ett större ansvar för att underlätta denna samverkan.⁴ Bland annat har idrotten beskrivits som en sektor som inte bara har en stor inverkan på EU:s ekonomi, utan även är drivande för innovation.⁵ Att få detta samspel mellan idrotten och andra EU-rättsliga intressen att fungera är emellertid allt annat än en enkel uppgift. Så sent som 2021 framförde EU-parlamentet i en resolution hur idrotten, i ljuset av artikel 165 FEUF, måste utvecklas och bevaras även i den digitala miljön och trots det faktum att digitalisering även är ett av EU:s

¹ KOM(2009) 390 slutlig av den 4 augusti 2009 s. 10.

² Jfr KOM(2010) 608 slutlig av den 27 oktober 2010 s. 8.

³ Ferri s. 24.

⁴ Se SEC(2011) 67 slutlig av den 18 januari 2011 s. 7. När det gäller idrottens sociala betydelse lyfte EU-kommissionen upp hur idrott bidrar till folkhälsan, integration av marginaliserade grupper, formell och icke-formell utbildning samt aktivt medborgarskap. Vad gäller den ekonomiska betydelsen uttalade EU-kommissionen att idrott, särskilt på professionell nivå, genererar tillväxt, arbetstillfällen och investeringar.

⁵ Europeiska kommissionen, MEMO/14/35 av den 21 januari 2014.

viktigare mål.⁶ Det problematiska för EU i detta avseende är idrottens sociala och komplexa natur. Å ena sidan finns det behov av att se till att idrottens positiva sociala effekter inte motarbetas av allt för mycket reglering på området. Å andra sidan innebär idrottens allmänna karaktär också att det alltid kommer finnas ett behov av att EU som lagstiftare använder sitt inflytande för att idrotten skall kunna fortsätta bidra till samhällets utveckling.⁷ I en tid där digitaliseringen inte bara är en bidragande faktor till idrottens växande roll i samhället utan även utgör ett hot mot inte minst idrottsarrangörers ekonomiska intressen, ställs dessa problem på sin spets.

1.1.1 Är idrottsarrangörer i behov av nya rättigheter?

Den beskrivna problematiken i föregående avsnitt har inom EU resulterat i att allt fler röster har höjts för att det rättsliga skyddet för arrangörer av idrottsevenemang bör ses över och förstärkas. Ett exempel på detta var förslaget om att införa en ny artikel, artikel 12a, i DSM-direktivet.⁸ Enligt förslaget, som lades fram av JURI (Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor) under lagstiftningsförfarandet för DSM-direktivet, skulle arrangörer av idrottsevenemang åtnjuta de rättigheter som anges i artiklarna 2 och 3.2 i Infosoc-direktivet samt artikel 7 i uthyrning- och utlåningsdirektivet.⁹ Tanken med förslaget var med andra ord att arrangörer av idrottsevenemang skulle ges en ensamrätt att mångfaldiga och uppta verk samt att göra dem tillgängliga för allmänheten. Under de efterföljande trepartsförhandlingarna mellan EU-kommissionen, EU-parlamentet och ministerrådet avvisades emellertid idén om att införa nya exklusiva rättigheter för idrottsarrangörer. De bakomliggande skälen till detta är på grund av förhandlingarnas informella natur fortfarande oklara.¹⁰ Rapporter som finns tillgängliga indikerar dock att det under förhandlingarna inte ansågs föreligga tillräckligt starka argument som kunde rättfärdiga införandet av artikel 12a och att bestämmelsen dessutom skulle försvåra aktiviteter för supportrar under evenemang.¹¹

⁶ Europaparlamentets resolution av den 19 maj 2021 med rekommendationer till kommissionen om utmaningar för organisatörer av idrottsevenemang i den digitala miljön p. B.

⁷ Lelyukhin s. 115.

⁸ DSM är en förkortning av ”Digital Single Market”. Reglerna i direktivet syftar till att anpassa och ytterligare harmonisera upphovsrätten mot bakgrund av den tekniska utvecklingen och den ökade gränsöverskridande användningen av upphovsrättsligt skyddat material.

⁹ Europaparlamentets ändringar antagna den 12 september 2018 av förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, se ändring 76.

¹⁰ För en överblick kring EU:s informella lagstiftningsprocess, även kallad trilog, och bristen på transparens, se Schütze s. 252-255.

¹¹ Quintais s. 149.

1.1.2 EU:s strategi för att hantera de utmaningar som idrottsarrangörer möter idag

Trots avfärdandet av artikel 12a betonade EU-kommissionen i samband med att DSM-direktivet slutligen antogs i april 2019 att arrangörer av idrottsevenemang har en viktig roll i finansieringen av sportaktiviteter inom EU. Kommissionen framförde därför att den mot bakgrund av sportens sociala och ekonomiska betydelse inom EU, skall undersöka de utmaningar som arrangörerna står inför i den digitala miljön.¹² Någon närmare redogörelse för vilka utmaningar som åsyftades gavs emellertid inte. Utifrån äldre dokument från EU-kommissionen kan det utläsas att upphovsrätter och andra rättigheter anses ha en central roll i idrottsarrangörers möjligheter att generera intäkter i samband med evenemang.¹³ Dessa ensamrätter är nämligen tänkta att ge arrangörerna en exklusiv kontroll över idrottsevenemang. Det stora problemet, vilket rimligen är det EU-kommission tog sikte på i sitt uttalande¹⁴, uppstår dock som en direkt följd av evenemangens dynamiska karaktär. Eftersom åskådare i regel endast är intresserade av idrottsevenemang så länge som utgången är oviss blir arrangörerna särskilt sårbara mot internetplattformar som gör det möjligt för konsumenter att ta del av direktsändningar utan lov. Dessa plattformar utgör därmed ett mycket stort och allvarligt hot mot idrottsarrangörers finansiella investeringar och kreativa insatser i den digitala miljön.¹⁵

EU-kommissionens uttalande följdes under 2020 upp med en utredning genomförd av EPRS (Europaparlamentets interna utredningstjänst och tankesmedja), där flera problem som digitaliseringen har skapat för idrottsarrangörer togs upp. Enligt EPRS omsatte exempelvis olagliga sändningsplattformar omkring 522 miljoner euro genom 7,6 miljoner prenumerationer enbart under 2019. Av utredningen framgår också att om samma antal prenumerationer i stället hade varit lagliga skulle detta genererat lagliga intäkter om 3.4 miljarder euro varje år. Vidare uppskattar EPRS i sin studie att minst 16 000 nya jobb förloras varje år till följd av piratsändningar av idrottsevenemang.¹⁶

Att det på EU-nivå har blossat upp en diskussion om att förstärka det upphovsrättsliga skyddet för arrangörer av idrottsevenemang är i grund och botten inte särskilt förvånande.

¹² EU-kommissionens uttalande av den 20 mars 2019.

¹³ Jfr KOM(2007) 391 slutlig av den 11 juli 2007 s. 17.

¹⁴ Detta antagande baseras på EU-parlamentets syn på saken och hur de har uttryckt sig i rekommendationer till EU-kommissionen. Se Europaparlamentet, i not 6 a.a., p. 6.

¹⁵ Synodinou s. 2.

¹⁶ Panella m.fl. s. 11-13.

Från att ha haft ett förhållandevis passivt och avvaktande förhållande till idrott har EU successivt visat allt större intresse i att reglera idrottsrelaterade frågor.¹⁷ Parallellt med denna utveckling har också idrottsvärlden förändrats. Sportindustrin omsätter numera mångmiljardbelopp varje år och för att intäkter skall hamna i rätt händer behövs ett effektivt immaterialrättsligt, och inte minst upphovsrättsligt, skydd.¹⁸ Utmaningen för EU:s lagstiftare i detta hänseende är att se till att reglerna i upphovsrätten anpassas till teknikutvecklingen och att olika samhällsintressen balanseras mot arrangörernas kommersiella intressen. En sådan avvägning kan emellertid omöjliggöras utan att juridik i någon mån blir politik.¹⁹ Läsare av denna uppsats bör därför ha i åtanke att delar av framställningen kommer ge uttryck för undertecknads egen syn på hur de frågeställningar som framförs nedan kan hanteras. Uppsatsen skall således inte ses som ett försök att utröna vad som under alla omständigheter skall anses vara rätt eller fel.

1.1.3 Idrott – en växande marknadsplats

Utifrån problemformuleringen i föregående avsnitt står det klart att utvecklingen av det digitala samhället vållar problem för såväl arrangörer av idrottsevenemang som för EU. Från arrangörernas sida har det uttryckts en oro över att piratsändningar av idrottsevenemang, i synnerhet vad gäller direktsändningar, numera utgör en mycket omfattande inkomstkälla för kriminella nätverk.²⁰ Bland idrottsarrangörer har det därför framförts att EU:s svar på denna utveckling bör vara att rättighetshavare ges möjligheten att avlägsna eller på annat vis inaktivera åtkomst till digitala plattformar som olagligen överför direktsända idrottsevenemang.²¹ Enligt dem kan sådana åtgärder bidra till minskade reklamintäkter och tvinga de ansvariga för dessa plattformar att överge sina nuvarande affärsmodeller och i stället återgå till affärsmodeller som grundar sig på prenumerationer eller donationer.²²

Att digitaliseringen har gjort det allt enklare för aktörer på internet att sprida och ta del av material utan rättighetshavares samtycke är i och för sig inget nytt fenomen. Redan under 90-

¹⁷ Gardiner m.fl. s. 146.

¹⁸ de Werra s. 6 f. Som exempel på den växande ekonomin inom idrotten kan nämnas att exklusiva sändningsrättigheter till 1948 års sommar-OS i London såldes för 1500 pund medan motsvarande rättigheter till sommar-OS i Sydney 2000 drog in mer än 1,3 miljarder dollar, se Solberg s. 57.

¹⁹ Jfr Westman s. 226. För en redogörelse kring hur upphovsrätten, både nationellt och inom EU, inte sällan har blivit föremål för ingående politiska diskussioner och avvägningar, se Petri, *Upphovsrätten och dess intressenter*.

²⁰ Sports Rights Owners Coalition den 5 oktober 2022.

²¹ Sports Rights Owners Coalition den 9 februari 2022.

²² Sports Rights Owners Coalition juli 2013.

talet blev det tydligt hur internet gjorde det möjligt för musikkonsumenter att enkelt dela musik med varandra utan rättighetshavares kontroll.²³ När det gäller sportindustrin är det framför allt det faktum att konsumenter kan ta del av piratsändningar i realtid som gör problemet än mer komplext. Att kunna ta del av evenemang när de faktiskt utspelar sig är för åskådare och supportrar kanske det mest centrala i hela upplevelsen. Men detta innebär att det för rättighetshavare även blir helt avgörande att ha kontroll över rättigheter i realtid eftersom det är då det ekonomiska värdet för exempelvis reklam är som störst.²⁴ I den mån innehavare till rättigheter värda flera miljarder inte på ett välfungerande sätt kan motverka internetbaserade piratverksamheter, finns det följaktligen en risk att arrangörers investeringar inte skyddas mer än på ett formellt plan genom ineffektiva lagregler. För konsumenter kan det dessutom kännas både orimligt och orättvist att behöva betala hundratals kronor för att ta del av exklusiva idrottsevenemang medan tusentals andra personer kan se på samma evenemang till liknande kvalitet men utan extra kostnad.²⁵

Ur ett ekonomiskt perspektiv är det tydligt hur sporten även har fått en allt större betydelse för marknadens televisionsbolag. Från att ha betalat 88 miljoner dollar för sändningsrättigheterna till OS i Moskva 1980 betalade televisionsbolag 2868 miljoner dollar för motsvarande rättigheter till 2016 års sommar-OS i Rio de Janeiro.²⁶ En viktig förklaring till denna växande ekonomi kring idrottsevenemang är den tekniska utvecklingen som har gjort det möjligt för konsumenter att genom internet ta del av sändningar i en mycket större utsträckning än tidigare. Denna utveckling har också luckrat upp marknaden och lockat till sig nya aktörer som vill ta del av de intäkter som rättigheter relaterade till idrottsevenemang kan generera, vilket ger upphov till olika upphovsrättsliga utmaningar.²⁷ För EU:s del är det just i detta avseende det blir viktigt att inte bara analysera nuvarande upphovsrättsliga regler utan också att lyfta blicken mot framtiden för att hitta lösningar där lagstiftningen följer samhällsutvecklingen.

²³ Schollin, *Pirater och rättighetshavare*, s. 251 f.

²⁴ Se Edelman s. 493. Den särskilda problematiken kring direktsändningar av idrottsevenemang blir tydlig vid en jämförelse med tjänster som YouTube där materialet som konsumenterna tar del av i regel inte utspelar sig i realtid.

²⁵ Se a.a. s. 471-477.

²⁶ Lindholm, *The Netflix-ication of sports broadcasting*, s. 99.

²⁷ A.a. s. 100.

1.2 Uppsatsens syften och frågeställningar

Mot denna bakgrund är syftet med uppsatsen därför att utforska huruvida det EU-rättsliga skyddet för idrottsevenemang och idrottsarrangörer kan anses vara välavvägt. Vidare ämnar undertecknad analysera hur upphovsrätten i EU bör hantera några av de komplexa frågor som har uppstått till följd av den växande digitala ekonomin kring idrottsevenemang. För att dessa syften skall uppnås kommer följande frågeställningar besvaras:

- (i) Hur ser det EU-rättsliga utrymmet ut för idrottsarrangörer i fråga om att erhålla upphovsrättsligt skydd för idrottsevenemang och tillhörande videoupptagningar samt videosändningar?
- (ii) Kan det utrymme som åsyftas i frågeställning (i) anses vara välavvägt utifrån de teorier som används för att rättfärdiga upphovsrättsligt skydd i EU?
- (iii) Bör det upphovsrättsliga regelverket inom EU konstrueras annorlunda för att arrangörer av idrottsevenemang skall åtnjuta ett rättsligt skydd som är mer anpassat till de affärsmodeller som används idag?

1.3 Avgränsningar

Frågor om olika former av rättsligt skydd i samband med idrottsevenemang uppstår inte bara i upphovsrättsligt hänseende. Exempelvis kan avtal om försäljning av exklusiva sändningsrättigheter till populära idrottsevenemang resultera i att konkurrensrättsliga frågor om missbruk av dominerande ställning uppstår. Dessa rättigheter är av stort ekonomiskt värde för sändningsbolag och liknande aktörer då rättigheterna är centrala för att locka konsumenter till att köpa prenumerationer och abonnemang. Sådana avtalsrättsliga upplägg där sändningsrättigheter till ett evenemang hamnar hos en enskild aktör kan förhindra att andra aktörer inträder i tv-marknaden. Av utrymmesskäl kommer denna konkurrensrättsliga problematik emellertid inte att analyseras i en uppsats med upphovsrättslig inriktning.

Skydd kan också uppnås med hjälp av det patenträttsliga regelverket. Baseboll-legendaren Nolan Ryan lyckades till exempel erhålla patent för en speciell träningsmetod i hur man kastar en baseboll. De ”idrottsliga” patent som har beviljats har som regel varit just träningsmetoder och därför inte haft någon närmare anknytning till idrottsevenemang och den

problematik som beskrivs i uppsatsens inledande avsnitt.²⁸ Utöver det faktum att detta är ett arbete i upphovsrätt, inte patenträtt, är det mot denna bakgrund inte heller relevant att undersöka patenträttsliga aspekter i uppsatsen.

Ett problem som undertecknad har stött på i skrivandet och som har gjort det svårare att brodera ut längre resonemang i delar av uppsatsen är svårigheten med att hantera utländskt material. Framför allt har det varit svårt att få tag på material som behandlar de specifika lagstiftningar i Portugal, Frankrike och Italien som nämns i uppsatsen. I den mån undertecknad har fått tillgång till relevant material har mina begränsade språkkunskaper dessutom gjort det svårt för mig att på ett tillförlitligt sätt översätta och diskutera materialet. I sammanhanget bör även påpekas att länder som Grekland, Bulgarien och Ungern har infört speciallagstiftningar som vore intressanta att analysera. Även här har dock bristen på tillgängliga källor utgjort hinder för sådan fördjupning.

1.4 Metod och material

1.4.1 Ett försök till ett pragmatiskt och ansvarstagande tillvägagångssätt

Det skulle kunna tyckas vara passande att mot bakgrund av exempelvis frågeställning (i) placera uppsatsen i en traditionell rättsdogmatisk kontext, där syftet ofta sägs vara att utreda eller beskriva det abstrakta men självklara konceptet ”gällande rätt”. I linje med vad som är utgångspunkten i den traditionella rättsdogmatiska metoden är det framför allt också allmänt vedertagna rättskällor som lagstiftning, rättspraxis och rättsdogmatisk litteratur som undersöks i uppsatsen.²⁹ Bland författare av avhandlingar och liknande arbeten är detta ett vanligt och tämligen okontroversiellt tillvägagångssätt.³⁰

Som Reichel framför innebär dock det faktum att EU-rätten är en unik och självständig rättsordning att det, i likhet med vad som gäller för andra rättsordningar, knappast föreligger en allmängiltig metod som kan tillämpas i alla arbeten som analyserar EU-rätten.³¹ Att med bestämdhet sätta en rättsdogmatisk eller någon annan rättsvetenskaplig ”etikett” på det tillvägagångssätt som genomsyrar denna framställning är därför svårt. Ser man på saken utifrån ett praktiskt perspektiv finns det inte heller några hinder mot att en författare

²⁸ Se Kett s. 1031.

²⁹ Kleineman s. 21.

³⁰ Frändberg s. 23.

³¹ Se Reichel s. 109.

kombinerar olika metoder och tillvägagångssätt i sin juridiska forskning.³² Mellqvist konstaterar därför att ”antalet metoder rimligen måste vara lika många som antalet forskare”.³³ I min mening är det dessutom högst oklart på vilket sätt en specifik benämning av den metod som används skulle bidra till att höja kvaliteten på uppsatsen. Jareborg är inne på samma spår och uttrycker att ”ingenting blir automatiskt vetenskapligt därför att man använder en viss metod, och vilka metoder som är fruktbara beror på hur den vetenskapliga uppgiften är beskaffad”. Däremot, fortsätter han, ”finns det en allmän *vetenskaplig inställning*: att inte sluta att fråga ”Varför?” förrän man för tillfället är nöjd eller inte har tid att hålla på längre”.³⁴

Det klassiska rättsdogmatiska synsättet är visserligen inte enbart deskriptivt och förhindrar därför inte heller en författare från att uttrycka kritik och andra normativa eller värderande ståndpunkter.³⁵ Däremot förutsätter rättsdogmatiken att undertecknad som författare av denna uppsats accepterar och utgår från idén om att det finns en ”gällande rätt” som kan beskrivas och uttolkas med hjälp av den klassiska rättskälleläran.³⁶ Glavå och Petrusson ifrågasätter inte bara om detta skulle vara möjligt utan hävdar dessutom att vi jurister har ett ansvar att rekonstruera juristidentiteten, juristprofessionen och även rättsordningen. Enligt dem medför synen på rätten som en autonom enhet att det inom juridiken bildas en slöja som undanhåller centrala politiska processer och ageranden. Bakom denna slöja har jurister nämligen ett betydligare bredare spektrum av arbetsuppgifter än att endast fastställa gällande rätt, däribland att försöka övertyga domare eller att uttala sig om hur rättskonstruktioner påverkas av företags kommersiella intressen.³⁷ Om slöjan lyfts undan, uttrycker Glavå och Petrusson, kommer vi jurister därför kunna ”påvisa hur specifika rättskonstruktioner – rättigheter, egendomsbegrepp, rättsprinciper, rättsregler m.m. – ofta har sitt kommunikativa ursprung hos andra än lagstiftare”.³⁸

Varför, för att fortsätta med Jareborgs logik, är det som har anförts ovan viktigt inom ramen för denna uppsats? Anledning till att så är fallet beror inte minst på uppsatsens syftesformulering. Att undersöka om det EU-rättsliga skyddet för idrottsevenemang och idrottsarrangörer kan anses vara välavvägt eller att analysera hur EU bör agera i framtiden

³² Strömholm m.fl. s. 80.

³³ Mellqvist s. 991.

³⁴ Jareborg s. 8.

³⁵ Peczenik s. 250.

³⁶ Se Jareborg s. 8; Olsen s. 109, 111 f.

³⁷ Glavå & Petrusson s. 1 f.

³⁸ A.a. s. 3.

kräver visserligen en deskriptiv analys av accepterade rättskällor men det är knappast det som är centralt i sammanhanget. Tanken är inte att begränsa uppsatsen till att, som Rodhe gör gällande, enbart beskriva fakta och göra prognoser om hur EU-domstolen kommer att agera i framtiden.³⁹ I stället bör uppsatsens syften och framför allt frågeställningarna (ii) och (iii) snarare placeras i den mer pragmatiska och konstruktiva kontext som förespråkas av Glavå och Petrusson. Detta förhållningssätt ger mig som författare andra möjligheter att försöka bidra till rättsutvecklingen på området och försöka ta ansvar för utvecklingen av den digitala ekonomin kring idrottsevenemang.⁴⁰ En läsare av denna uppsats kommer förhoppningsvis förstå varför detta är viktigt. Mycket av det som sker på det upphovsrättsliga området har nämligen förhållandevis lite med juridik att göra och diskussionen om idrottsarrangörers rättigheter utgör inget undantag till detta.

1.4.2 Vikten av att inkorporera teoretiska perspektiv

I en uppsats som ämnar utreda upphovsrättsliga frågeställningar inom EU-rätten är det flera viktiga aspekter som behöver tas i beaktande. En central aspekt är att EU-rätten är en komplex rättsordning bestående av dels en gemensam europeisk nivå, dels 27 nationella nivåer.⁴¹ Denna unika ordning kan i många fall resultera i att problem uppstår när rättsakter från EU skall samverka med medlemsstaternas nationella lagstiftning. När initiativ från en medlemsstat skall bedömas i ljuset av EU-rätten kan det exempelvis väckas frågor om storleken av det nationella normgivningsutrymmet och hur konflikter mellan EU-lagstiftning och nationella normer skall lösas.⁴² Inom ramen för denna uppsats illustrerar undersökningen av lagstiftning i Portugal, Frankrike och Italien att sådana frågor uppstår även när det gäller det upphovsrättsliga regelverket för arrangörer av idrottsevenemang. På ett område som upphovsrätten, där såväl EUD som EU-kommissionen tidigt betonade vikten av harmonisering, är det särskilt viktigt att ta hänsyn till denna speciella dynamik inom EU-rätten.⁴³

Hur skall då en författare som strävar efter att vara pragmatisk och ansvarstagande hantera detta? I detta avseende fyller teori en helt avgörande funktion. Precis som Sandgren förklarar

³⁹ Jfr Rodhe s. 1, 3 f.

⁴⁰ Notera att undertecknad uttrycker sig i termer av att *försöka* och inte *skall*. I linje med vad som redogörs i avsnitt 1.1.2 är nämligen inte tanken med arbetet att det skall fastställas vad som *skall* anses vara rätt eller fel.

⁴¹ Reichel s. 109.

⁴² Burchardt s. 73.

⁴³ Se mål C-341/87 EMI Electrola p. 11; KOM(88) 172 slutlig av den 7 juni 1988.

föreligger det ett nära samband mellan rättsvetenskapens krav på vetenskaplighet och det som teori kan erbjuda för en författare i dennes skrivande.⁴⁴ Teori kan nämligen bidra till att ge oss en djupare förståelse av ämnet som behandlas och göra det i ett bredare sammanhang än vad som i regel är fallet i exempelvis en rättsutredning. Och ”Ju mer komplicerat detta är, ju svårare det är att förstå och överblicka det sammanhang i vilket resultaten skall fogas in, desto större är behovet av att ställa upp en teori på basis av det material som analyserats”.⁴⁵ På en mer konkret och praktisk nivå handlar det om att teori kan användas för att sätta samman argument som framstår som övertygande för läsare av uppsatsen. Ytterst är teorins roll därför att ge skäl som kan rättfärdiga en viss ståndpunkt eller ett visst argument, vilket även ligger i linje med det pragmatiska och konstruktiva förhållningssätt som har beskrivits i föregående avsnitt.⁴⁶

Att använda sig av teori i denna framställning blir också värdefullt mot bakgrund av att EU-rättens supranationella identitet bidragit till skepsis mot EU-rätten som ett objekt lämpat för integrerad teoretisk behandling. Teori har därför inte sällan fått lämna plats åt reaktiva och händelsestyrda förhållningssätt i studier av EU-rätten.⁴⁷ I grund och botten har det handlat om en rädsla att det finns mer att förlora än att vinna på att tillämpa teorier, vilka vanligtvis används i forskning om nationella eller internationella rättsordningar, på EU-rättens unika karaktär.⁴⁸ Med denna framställning hoppas undertecknad kunna visa att denna oro är obefogad och att teorier kan och bör ha en framträdande roll i EU-rättsliga studier. På ett område som idrottsbranschen där många aktörer drivs av kommersiella intressen, snarare än att de följer någon slags ”juridisk logik”, blir detta än viktigare.

1.4.3 Förhållningssätt till det material som undersöks

Den rättsvetenskapliga inriktning som en författare bestämmer sig för att utnyttja i sitt arbete har en stark inverkan på metod och vilket material som utnyttjas.⁴⁹ I arbeten där det primära syftet är att fastställa eller finna ”gällande rätt” blir en naturlig följd av detta syfte att man som författare först också måste finna *rätt* material. Därför är det mycket vanligt att resonemang förs kring begreppet ”rättskälla” och vilket material i framställningen som rimligen kan antas

⁴⁴ Sandgren s. 300.

⁴⁵ A.st.

⁴⁶ Se MacCormick s. 15.

⁴⁷ Walker s. 583.

⁴⁸ A.a. s. 585.

⁴⁹ Olsen s. 124.

utgöra en del av detta begrepp.⁵⁰ Sådana resonemang tar ofta avstamp i litteratur där det förmedlas att lagar, förarbeten, praxis, sedvanerätt och doktrin är sådant juridiskt material som jurister kan använda sig av för att avgränsa rätten.⁵¹ Resonemangen kan dock också mynna ut i komplexa frågor om vad som faktiskt gör att ett visst material skall kvalificeras som en rättskälla. Är det sammanhanget i vilket materialet används? Och, vad är det som talar om för oss att det räcker med att utgå från den klassiska rättskälleläran och att vi inte behöver beakta principer utanför denna terminologi?⁵²

En effekt av att inte primärt tänka i termer av rättsdogmatik och fastställande av ”gällande rätt” är att det inte blir lika centralt att betrakta det material som används som källor som ger oss kunskap eller information om just ”gällande rätt”. Strömholm, Lyles och Valguarnera föreslår att materialet i stället skall ses som påverkansfaktorer som är tänkta att ge en bild av hela verkligheten och samtliga faktorer som styr rättsutvecklingen. Med ett sådant synsätt menar de att även material som normalt sett inte anses vara en del av den klassiska rättskälleläran skall betraktas som rättskällor. Därför framför de att även företrädda uppfattningar inom juristprofessionen, överväganden som inte är specifikt juridiska till sin natur samt avtal kan placeras, om än långt ned, i hierarkin av rättskällefaktorer.⁵³

Att kunna ta hänsyn till sådant material utan att det uppfattas som juridiskt irrelevant är av stor vikt i uppsatsen. Flera av de argument som förs fram härstammar nämligen från idrottsarrangörerna själva och att ignorera dem vore att motarbeta det konstruktiva förhållningssätt som undertecknad ämnar ha i arbetet. Detsamma gäller för studier och rapporter⁵⁴ samt de kommentarer från icke-verksamma jurister⁵⁵ som har tagits med. Likaså behandlas överväganden som inte huvudsakligen är upphovsrättsliga, utan snarare ekonomiska⁵⁶, idrottsmässiga⁵⁷ eller avtalsrättsliga⁵⁸. Gemensamt för detta material är att det inte kan placeras i den traditionella rättskälleläran men likväl är av nytta för just detta arbete.

⁵⁰ Strömholm m.fl. s. 329.

⁵¹ A.st.

⁵² A.a. s. 330 f.

⁵³ A.a. s. 337-339.

⁵⁴ Avsnitt 1.1.2; avsnitt 2.2.1.

⁵⁵ Avsnitt 2.2.1.

⁵⁶ Avsnitt 1.1.3; avsnitt 2.1.3.

⁵⁷ Avsnitt 3.1.1.1.

⁵⁸ Avsnitt 3.1.3; avsnitt 3.1.3.1.

1.4.3.1 Något om det EU-rättsliga materialet

Oavsett benämning på metod och förhållningssätt uppstår alltid praktiska frågor om förhållandet mellan det material som undersöks och syftena samt frågeställningarna bakom en uppsats. Frågor om källkritik är centrala i detta avseende.⁵⁹ Något skall därför också sägas om det material i uppsatsen som kan härledas till EU och dess institutioner.

De direktiv som omnämns klassificeras som sekundärrätt och är bindande inom EU vad gäller de resultat som skall uppnås enligt direktiven.⁶⁰ Praxis från EU-domstolen och tribunalen är också bindande, om än formellt sett bara i det konkreta fallet. I praktiken har avgörandena dock också en inverkan på EU-rätten som går utöver det enskilda fallet.⁶¹ Såväl direktiv som praxis utgör följaktligen viktiga utgångspunkter även i detta arbete.

När det gäller hänvisningar till skälen bakom EU:s fördrag har EU-domstolen uttalat att dessa skäl inte kan betraktas som annat än ett ”vägledande moment vid tolkningen av en rättsregel”.⁶² Så bör rimligen också vara fallet för skälen till de direktiv som undersöks i uppsatsen.⁶³

Generaladvokatens yttrande och förslag till avgörande är i regel en detaljerad analys av rättsläget på det aktuella området och är i grund och botten att anse som en rekommendation till EU-domstolen. Av detta följer att EU-domstolen inte är bunden av yttrandet och att generaladvokatens rekommendation kan betraktas på olika sätt beroende på om domstolen når fram till samma slutsats eller inte.⁶⁴ I framställningen används generaladvokatens yttranden framför allt i syfte att föra djupare diskussioner om aspekter som inte analyseras lika utförligt i EU-domstolens resonemang. I sammanhanget bör också nämnas att generaladvokaten i sina yttranden inte sällan hänvisar till juridisk doktrin och att doktrin också är något som EU-domstolen beaktar i sina avgöranden.⁶⁵ Att böcker och inte minst tidskriftsartiklar används flitigt i uppsatsen är därför naturligt mot bakgrund av att doktrin har en så pass viktig roll i den allmänna EU-rättsliga diskursen.⁶⁶

I fråga om yttranden och förslag från EU-kommissionen och Europaparlamentet eller organ som EPRS och JURI har sådant material inte någon bindande effekt inom EU. Det

⁵⁹ Olsen s. 108.

⁶⁰ Artikel 288 TFEU.

⁶¹ Strömholm m.fl. s. 343.

⁶² Mål 215/88 Casa Fleischhandel p. 31.

⁶³ Se Strömholm m.fl. s. 378.

⁶⁴ A.a. s. 396.

⁶⁵ A.a. s. 344.

⁶⁶ I uppsatsen används även uttrycket ”litteratur” och med detta avses såväl böcker som tidskriftsartiklar av juridisk relevans. Uttrycket skall således likställas med vad som avses med begreppet ”juridisk doktrin”.

utesluter dock inte att materialet kan ha en normerande verkan och användas som underlag vid tolkning av EU-rätten, vilket också är dess funktion i denna framställning.⁶⁷

1.4.4 Forskningsläget

I den europeiska litteraturen finns det ett antal exempel på framställningar som undersöker det rättsliga skyddet för idrottsevenemang och idrottsarrangörer. Dessa arbeten är skrivna av erfarna jurister och utgör en betydelsefull del av den doktrin som undersöks i denna uppsats. Undertecknads strävan är att uppsatsen skall bidra till nya insikter i ämnet trots den tidigare forskningen. I förhållande till Thomas Margonis artikel från 2016 är tanken att framställningen skall inneha djupare teoretiska och normativa resonemang, vilka är tänkta att bidra till diskussionen om hur EU bör agera i framtiden.⁶⁸ Detsamma gäller för João Pedro Quintais välskrivna men förhållandevis kortfattade artikel på 13 sidor från 2021.⁶⁹ Thomas Margonis och Ben Van Rompuys studie från 2014 är visserligen välbearbetad och omfattande men har inte samma upphovsrättsliga fokus och behandlar många aspekter som inte är relevanta för denna uppsats.⁷⁰

Även om undertecknad har valt att behandla ämnet ur ett EU-rättsligt perspektiv kommer det vid en läsning av uppsatsen bli tydligt att EU-rätten tillåter variationer i hur medlemsstaterna utformar det upphovsrättsliga skyddet för idrottsarrangörer. I detta avseende är det anmärkningsvärt att det inte finns särskilt mycket svensk litteratur på området.⁷¹ Amanda Rydbergs studentuppsats *När försvann konsten från konstsim och konståkning?* från 2022 är ett av få exempel men är samtidigt begränsad till en undersökning av endast ”koreograferade idrotter” och inte idrottsevenemang i allmänhet.⁷² Vidare har Rydbergs

⁶⁷ Se Reichel s. 128 f.

⁶⁸ Margoni, Thomas, *The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol. 47, 2016, s. 386-417.

⁶⁹ Quintais, João Pedro, *Do We Need More Copyright Protection for Sports Events?*, Senfleben, Martin, Poort, Joost, van Eechoud, Mireille, van Gompel, Stef & Helberger, Natalie (red.), Intellectual Property and Sports: Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz, Wolters Kluwer, 2021, s. 143-156.

⁷⁰ Margoni, Thomas & Van Rompuy, Ben, *Study on sports organizers' rights in the European Union*, T.M.C Asser Instituut (Asser International Sports Law Centre) och Institute for Information Law (Amsterdams universitet), 2014.

⁷¹ Undertecknad har gjort sökningar efter ”idrott och upphovsrätt” i Göteborgs universitetsbiblioteks söktjänst på www.ub.gu.se, rättsdatabasen JUNO samt i söktjänsterna för Google, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd och Svensk Juristtidning. Sökningarna genomfördes 2023-12-02.

⁷² Rydberg, Amanda, *När försvann konsten från konstsim och konståkning? En undersökning om koreograferade idrotters möjlighet till upphovsrättsligt skydd*. Examensarbete vid Lunds universitet, Juridiska institutionen, 2022.

uppsats inte heller något preskriptivt syfte som är tänkt att mynna ut i resonemang om hur lagstiftningen bör se ut i framtiden. Docent Johan Lindholm har visserligen på ett översiktligt sätt undersökt liknande problem som i denna framställning och landat i att den, i Sverige, omtvistade principen om obehörig vinst skall kunna tillämpas om bland annat det skydd som andra rättsregler erbjuder arrangörerna är otillräckligt.⁷³ Men är skyddet verkligen otillräckligt? Med detta arbete hoppas undertecknad kunna ta oss närmare ett svar på den frågan. Förhoppningsvis kan det också bidra till att diskussioner om upphovsrätt och idrottsevenemang får fäste i den juridiska diskursen i Sverige på samma sätt som har skett i andra europeiska länder.

1.5 Disposition

Mot bakgrund av de teoretiska och preskriptiva element som kan utläsas ur uppsatsens syften och frågeställningar inleds undersökningen i kapitel 2 med en översikt av de teorier som är centrala för att rättfärdiga upphovsrätten. Dessa teorier tillämpas sedan på idrottsmarknaden för att läsare skall få en förståelse för hur teori kan användas i syfte att formulera argument som kan besvara frågeställningar i uppsatsen. Därutöver förklarar kapitlet hur diskussionen om det upphovsrättsliga skyddet för idrottsevenemang och idrottsarrangörer kan placeras i en större kontext där upphovsrättens uppgift är att balansera rättighetshavares intressen med andra samhällsintressen. I enlighet med vad som beskrivs i uppsatsens inledande kapitel är syftet med detta att ge en bakgrund till hur upphovsrättsliga regler inte sällan formas av andra aktörer än EU som lagstiftare.

Kapitel 3 ger läsare en genomgång av det hur det nuvarande upphovsrättsliga skyddet för idrottsevenemang och idrottsarrangörer inom EU ser ut. Tanken är emellertid inte att kapitlet enbart skall vara deskriptivt utan i många avseenden problematiseras också utformningen av det rättsliga utrymmet inom EU. Detta skall ses som en viktig aspekt i att få en helhetsbild av ämnet och göra den avslutande diskussionen väl underbyggd.

Kapitel 4 innehåller en upphovsrättslig analys av hur okonventionella alster hanteras i EU. Särskilt fokus läggs på andra kreativa aktiviteter som är fysiska till sin natur och där paralleller kan dras till idrott. Kapitlet skall läsas i ljuset av de inledande avsnitten i kapitel 3 där EU-domstolens syn på om idrottsevenemang kan utgöra verk eller inte analyseras. Att

⁷³ Lindholm, Johan, *Idrotten behöver bättre skydd för tv-rättigheter*, Svensk Idrottsforskning, vol. 23, 2014, s. 14-17.

denna del placeras under ett eget kapitel och inte under kapitel 3 beror framför allt på att denna struktur gör framställningen mer lättöverskådlig.

I kapitel 5 förs en diskussion som tar avstamp i det som har undersökts och problematiserats i föregående kapitel. Kapitlet ger uttryck för undertecknads egna åsikter i ämnet och utgör därför en central del i det konstruktiva och ansvarstagande förhållningssätt som är tänkt att genomsyra arbetet. Slutsatserna av denna diskussion summeras sedan i kapitel 6 där undertecknad också blickar mot framtiden och framför tankar om vilka aspekter andra arbeten som behandlar samma ämne kan undersöka.

2 Balansgången mellan upphovsrättens och idrottsmarknadens olika intressen

2.1 Vilka intressen är upphovsrätten ämnad att skydda?

Den allmänna avsaknaden av framgång för upphovsrättsliga reformer har i litteraturen bland annat förklarats av att det råder oklarheter om vad EU:s upphovsrättsliga regler faktiskt skall åstadkomma. Detta har resulterat i att det från EU inte sällan har skickats ut tvetydiga signaler – förslag med stöd bland upphovsrättens intressenter har ratats medan reformer med svagt stöd har antagits.⁷⁴ Ett exempel på det senare är artikel 15 i DSM-direktivet och införandet av en närstående rättighet för utgivare av presspublikationer. Pihlajarinne och Vesala ifrågasätter exempelvis om inte de problem som dessa utgivare möter i den digitala miljön kan hanteras på ett effektivt sätt med hjälp av regler som tillämpades redan innan antagandet av DSM-direktivet.⁷⁵

Det är i precis dessa sammanhang, när kritik kan riktas mot att upphovsrätten är baserad på att skydda specifika gruppers ekonomiska intressen snarare än förnuft, som teorier eller motiv om varför vi överhuvudtaget har ett upphovsrättsligt regelverk blir användbara.⁷⁶ Med hjälp av dem blir det nämligen möjligt att inte bara analysera upphovsrättens utveckling i stort utan också att konstruera argument som kan bidra till diskussioner om hur specifika delar av upphovsrätten bör formas.⁷⁷ Problemet inom EU är att de filosofiska teorier som historiskt har dominerat den anglosaxiska diskursen successivt har övergivits till förmån för intressen som harmonisering och upprätthållande av den inre marknaden. I stället har skyddet för investeringar⁷⁸, främjandet av industriell utveckling⁷⁹ och avskaffandet av hinder för den inre marknaden⁸⁰ varit återgående teman i skälen till olika upphovsrättsliga direktiv. Ytterst grundar sig denna utveckling på det övergripande syftet att ge upphovsrätten en ”hög skyddsnivå”⁸¹, vilket EU förefaller betrakta som ett mål i sig som inte behöver rättfärdigas i

⁷⁴ Schroff s. 1263; Sganga s. 2 f.

⁷⁵ Pihlajarinne & Vesala s. 220. Problemen liknar de svårigheter som beskrivs i uppsatsens första kapitel i fråga om arrangörer av idrottsevenemang. Framför allt handlar det om att utgivare av presspublikationer har haft det svårt att genomdriva rättigheter relaterade till deras publikationer och att annonsintäkter i stor utsträckning hamnar hos andra internetaktörer, inte hos utgivarna själva.

⁷⁶ Spector s. 270.

⁷⁷ Se Schollin, *Digital Rights Management*, s. 28.

⁷⁸ Se exempelvis satellit- och kabeldirektivet skäl 5; databasdirektivet skäl 7.

⁷⁹ Satellit- och kabeldirektivet skäl 9; skyddstidsdirektivet skäl 10; databasdirektivet skäl 3.

⁸⁰ Satellit- och kabeldirektivet skälen 2, 21; skyddstidsdirektivet skälen 2, 9, 11, 17, 25; databasdirektivet skäl 3.

⁸¹ Infosoc-direktivet skäl 4.

ljuset av något annat syfte.⁸²

Med detta i beaktande blir det tydligt hur teoretiska perspektiv kan bli användbara också i denna uppsats. Som beskrivs är syftet med framställningen dels att undersöka huruvida det EU-rättsliga skyddet för idrottsevenemang och idrottsarrangörer kan anses vara välavvägt, dels att analysera hur upphovsrätten i EU bör hantera komplexa frågor relaterade till den digitala ekonomin kring idrottsevenemang. Eftersom det, inbäddat i detta syfte, finns preskriptiva element om hur det upphovsrättsliga regelverket i EU bör konstrueras i framtiden, kommer därför de teorier som är mest centrala för att rättfärdiga upphovsrätten analyseras i efterföljande avsnitt.

2.1.1 Idén om att individer skall få skörda frukten av sitt arbete

Enligt John Lockes naturrättsliga teori skall jorden ses som en gåva från Gud till oss människor. På denna jord, som i grunden visserligen tillhör alla människor gemensamt, äger alla individer sig själva och sin egen arbetskraft. När en individ väljer att arbeta med egendom skall därför slutprodukten av detta arbete betraktas som individens egendom. Utifrån ett immaterial- och upphovsrättsligt perspektiv skulle Lockes tankesätt innebära att i de fall där en persons arbete sammanblandas med idéer eller annat som anses tillhöra världen gemensamt, skall även detta intellektuella arbete belönas med någon form av rättighet.⁸³ Även om teorin vid en första anblick kan framstå som tämligen individfokuserad fäste Locke också stor vikt vid allmänheten och dess intressen. För att hitta en balans mellan skyddet av individers egendom och allmänhetens rättigheter ansåg han bland annat att den som skapar något enbart kan rättfärdiga detta genom att se till att det finns tillräckligt många och lika goda ting kvar i gemensam ägo för allmänheten. En individ skall inte heller ta i anspråk mer från den gemensamt ägda jorden än vad individen de facto kan använda eller utnyttja.⁸⁴ Vissa tolkar därför teorin som att Locke var ute efter att belöna skapandet av de sociala värden som arbete genererar för samhället, inte arbetet som sådant.⁸⁵

Hur Lockes teori förhåller sig till immaterialrätten är mot bakgrund av att Locke själv aldrig tog ställning i frågan fortfarande omdebatterat. Det finns de som menar att eftersom intellektuell egendom aldrig kan ta slut, kan allmänheten inte heller hamna i en situation där

⁸² Sganga s. 6 f.

⁸³ Se Khair & Hashim s. 115.

⁸⁴ Longan s. 783 f.

⁸⁵ Hughes s. 12.

det inte finns tillräckligt många och lika goda ting kvar i gemensam ägo. Det ena av Lockes villkor för äganderätt skulle följaktligen alltid vara uppfyllt. Mot detta invänder Nozick att villkoret i stället skall tolkas som att allmänhetens situation inte får försämrats när en individ förvärvar egendom. Enligt Nozick är så fallet när allmänheten, utan tillägnande, inte längre fritt kan använda vad den tidigare har kunnat använda.⁸⁶ Inom upphovsrätten medför Nozicks synsätt exempelvis att om en person erhåller upphovsrättsligt skydd för ett alster, skall detta skydd inte vara permanent utan tidsbegränsat i syfte att främja kreativiteten i samhället.⁸⁷

När det gäller idrott kan det argumenteras för att mycket av det som skapas kan härledas till kunskap eller annat intellektuellt material som finns fritt tillgängligt för allmänheten. Idrottstränare lägger ofta ner mycket tid och ansträngning på att analysera och utnyttja kunskap från andra tränare eller tidigare matcher i syfte att utveckla egna metoder och strategier.⁸⁸ Enligt en strikt tolkning av Lockes teori skall ansträngningar som dessa, där till exempel en tränare lägger ned betydande intellektuellt arbete för att skaffa sig ett taktiskt övertag, således belönas med exklusiva rättigheter.

Det kan dock ifrågasättas om det överhuvudtaget finns något intellektuellt som är i gemensamt ägo för allmänheten eftersom den större delen av värdet i till exempel en upphovsrätt ofta ligger i det arbete som upphovsmannen har lagt ned.⁸⁹ Och – i den mån en person uppfyller kraven i Lockes teori och erhåller skydd genom upphovsrätten - hur vidsträckt skall denna rättighet egentligen skall vara? Till skillnad från vad som gäller med fysisk egendom, som ju är det Lockes teori bygger på, är det betydligt svårare att dra gränser för vad som är tillåtet och otillåtet när det rör sig om intellektuell egendom. Om skyddet för upphovsrättsrätter blir allt för långtgående kan det leda till att allmänhetens handlingsfrihet att utnyttja den ”gemensamt ägda jorden” begränsas i en orimlig utsträckning. En lösning på detta problem kan vara att skyddet för upphovsrätter och andra immaterialrätter alltid skall sträcka sig lika långt som skyddet för privat, fysisk egendom. Det skulle innebära att en skapares ensamrätt över sitt alster upphör i samma stund som alstret släpps ut i det gemensamma utrymmet.⁹⁰

⁸⁶ Cronlund s. 40; Hughes s. 24.

⁸⁷ Se Khair & Hashim s. 116.

⁸⁸ Das s. 1092.

⁸⁹ Cronlund s. 46.

⁹⁰ Se a.a. s. 46 f.

2.1.2 Hegels personlighetsteori – en teori med individens värdighet och erkännande i centrum

Som ett alternativ till Lockes teori har Hegel framfört en syn på egendom där den fyller en annan funktion än att primärt belöna människor för deras arbete. I stället, menade Hegel, fungerar egendom som en mekanism för att individer skall kunna uppnå självförverkligande, värdighet och erkännande.⁹¹ Med hjälp av egendom kan en individ nämligen inte bara ge uttryck för sin vilja och personlighet utan egendomen skapar också förutsättningar för personer att i framtiden förverkliga sina mål och ambitioner. Hegel såg därför egendom som en form av frihet och precis som är fallet med andra friheter kan den också vara till nackdel för andra.⁹²

Till skillnad från vad som gäller i det anglosaxiska rättssystemet har Hegels teori fått ett förhållandevis stort genomslag på utformningen av upphovsrättsrättsliga regler i Europa. Framför allt är det de ideella rättigheterna vilka skyddar upphovsmäns integritet och anseende som kan härledas till Hegel.⁹³ Samtidigt finns det inget i Hegels filosofi som hindrar konsumenter från att utnyttja verk i den mån det görs utan att upphovsmannens anseende tar skada. Konsumenter kan exempelvis betala för utnyttjandet av verk vilket inte bara skall ses som ett erkännande av den aktuella upphovsrätten utan också av upphovsmannen som person.⁹⁴ Men även om konsumenter gör rätt för sig och betalar för utnyttjande av verk svarar detta inte på den mer grundläggande frågan om vilka alster som faktiskt bör omfattas av upphovsrätt. Även om till exempel målningar och musikala verk nästan alltid ger uttryck för skaparens personlighet finns det andra alster, såsom datorprogram, som skyddas av upphovsrätt men som har väldigt lite med upphovsmannens personlighet att göra.⁹⁵

I fråga om idrott kan det framför allt tänkas att idrotter som balett och konståkning ger uttryck för utövarnas personlighet i den grad att prestationer inom dessa idrotter förtjänar skydd enligt Hegels teori. Även i mer populära idrotter som fotboll kan det finnas fog för att till exempel målgester skall omfattas av upphovsrätt. Enligt Abromson kan detta rättfärdigas av att målgester är en produkt av spelares karisma, personlighet och entusiasm för idrotten, vilka dessutom bidrar till spänning och originalitet. I en tid då kommersialiseringen av idrott har medfört att mer fokus läggs på enskilda idrottare och deras personlighet hävdar han att det

⁹¹ Khair & Hashim s. 117.

⁹² Se Hughes s. 29 f.

⁹³ Chavez s. 133 f; Longan s. 789.

⁹⁴ Longan s. 791.

⁹⁵ Hughes s. 35.

blir särskilt viktigt att idrottsutövare kan skydda sådana individuella insatser av ekonomiska skäl. Bästa sättet att uppnå detta, menar Abromson, är att utvidga det upphovsrättsliga regelverket till att även omfatta målgester.⁹⁶ I jämförelse med exempelvis varumärkesrätten är det nämligen mycket enklare för idrottsutövare att med hjälp av upphovsrätten exkludera motståndare från att utföra skyddade målgester eller andra rörelser. Även om en målgest kan uppnå den särskiljningsförmåga som krävs innebär parodiundantag och det faktum att åskådare ganska enkelt kan göra skillnad mellan utövare, oavsett utförd målgest, att det i praktiken är svårt att med framgång beivra varumärkesintrång i målgester.⁹⁷

2.1.3 Upphovsrätt, incitament och idrottskapitalism

En läsare av en denna uppsats ställer sig kanske frågan vad kapitalism och ekonomisk teori har för upphovsrättslig relevans. För att förstå detta samband behöver först en förklaring ges av vad kapitalism betyder i detta sammanhang. Kapitalism handlar i grund och botten om sociala relationer där sådant som människor skapar betraktas som handelsobjekt vilka byter ägare på en fri marknad. Värdet av dessa objekt baseras inte på handelsobjektens unika egenskaper utan är abstrakt och bestäms av marknaden. Detta har resulterat i att marknadens aktörer strävar efter att göra ekonomisk vinst snarare än att agera utifrån underliggande sociala relationer och intressen.⁹⁸ Vad gäller de största fotbollsklubbarna har till exempel generaladvokat Colomer anfört att de ”inte [är] rena sportklubbar i vilka man ägnar sig åt att spela fotboll, utan även veritabla ”marknadsplatser” som, med syftet att spela professionell fotboll, bedriver förstklassig ekonomisk verksamhet”.⁹⁹

Ekonomisk teori blir relevant i sammanhanget då den kan användas som en förklarande faktor för hur samhället fungerar och utvecklas över tid. Enligt detta perspektiv ses kapitalism och ekonomi som områden vars betydelse och komplexitet är för stor för att endast analyseras av ekonomer – ekonomin utgör nämligen en så pass vital och integrerad del av dagens samhälle att den inte kan studeras isolerat från andra icke-ekonomiska discipliner.¹⁰⁰ Denna symbios har bland annat gestaltat sig i hur ekonomiska relationer inom musikindustrin länge

⁹⁶ Abromson s. 576-578.

⁹⁷ För en bra analys av praktiska problem rörande möjligheten att beivra intrång i målgester som varumärken för idrottstjänster, se Crawford, *Trademark Rights for Signature Touchdown Dances*.

⁹⁸ Bracha s. 573 f.

⁹⁹ Generaladvokat Colomers förslag till avgörande i mål C-206/01 Arsenal Football Club p. 84.

¹⁰⁰ Bracha s. 566 f.

har påverkats av upphovsrättsliga regler vilka har haft en stor inverkan på aktörers ageranden och strategier för att maximera sin kontroll på området.¹⁰¹

När aktörer försvarar sina egenintressen medför detta, enligt traditionell ekonomisk teori, både kostnader och fördelar för övriga delar av samhället. Dessa kostnader och fördelar som uppstår skapar en obalans på den fria marknaden vilket försvårar produktionen av olika egendomsslag. En del aktörer kommer nämligen producera mer av sådant som samhället inte har nytta av medan andra aktörer vars verksamhet skapar stor social nytta kommer begränsa sin produktion.¹⁰² Ett exempel på det senare är när konsumenter i den digitala ekonomin utnyttjar verk utan att betala för utnyttjandet vilket får till följd att aktörers incitament för investeringar minskar. I detta avseende fyller upphovsrätten en viktig funktion då den kan bidra till att korrigera sådana marknadsmisslyckanden. Genom att idrottsarrangörer och andra skapare med hjälp av olika exklusiva rättigheter kompenseras och uppmuntras till kreativitet gynnas nämligen både enskilda aktörer och samhället i stort.¹⁰³ Enligt detta synsätt är upphovsrättens primära roll därför att värna om skapares ekonomiska intressen vilket i sin tur också kommer bidra till samhällsnyttan.¹⁰⁴ Verk som är av stor nytta för samhället bör därför enligt en del förespråkare av ekonomisk teori också åtnjuta starkare upphovsrättsligt skydd än andra verk.¹⁰⁵ Givet idrottens sociala betydelse i samhället kan det utifrån ekonomisk teori därför argumenteras att verk som kan härledas till idrottsevenemang förtjänar en särskilt omfattande katalog av rättigheter.

En problematisk aspekt med klassisk ekonomisk teori är att dess fokus på att belöna personer för deras investeringar i själva verket faktiskt kan motverka just den innovation och det initiativtagande som teorin vill befrämja. Även om starka rättigheter för den ursprungliga skaparen gör det ekonomiskt mer hållbart för denne att skapa nya verk kan dessa rättigheter samtidigt inskränka på konsumenters egna möjligheter att vara kreativa och bidra till utveckling i samhället.¹⁰⁶ Dessutom är det inte självklart att upphovsrätten överhuvudtaget uppmuntrar till skapande av nya verk. I stället finns det indikationer på att dagens upphovsrättsliga system leder till att rättighetshavare fokuserar mer på att utnyttja skyddet av redan existerande verk än att lägga tid och resurser på skapande av nya verk.¹⁰⁷ Det finns med

¹⁰¹ A.a. s. 580.

¹⁰² Spector s. 271.

¹⁰³ Se Longan s. 792 f.

¹⁰⁴ Se Hua s. 45; Oker-Blom s. 26.

¹⁰⁵ Favale, *Death and resurrection*, s. 125 f.

¹⁰⁶ Longan s. 793.

¹⁰⁷ A.a. s. 796.

andra ord inga garantier för att upphovsmän i realiteten använder sin ensamrätt på ett sätt som faktiskt gynnar samhället som helhet.¹⁰⁸ I fråga om idrottsevenemang har det i litteraturen till exempel debatterats om arrangörer, utöver att göra ekonomisk vinst, i praktiken verkligen strävar efter att främja de sociala och samhällsliga intressen som idrott ofta förknippas med.¹⁰⁹ Detta har förklarats av att kommersialiseringen av idrotten följer den allmänna utvecklingen av den globala ekonomin och att idén om att “*markets always work, and only markets work*” har spridit sig även till idrottsbranschen. Resultatet har därför blivit en kraftig privatisering av branschen samtidigt som statligt stöd för idrott har minskat markant.¹¹⁰ I upphovsrättsligt hänseende väcker detta frågor om hur framväxten av ”idrottskapitalism” förhåller sig till den eviga balansgången inom upphovsrätten. Har privatiseringen av idrottsbranschen påverkat utformningen av upphovsrättsliga regler? Och om så är fallet, vilka konsekvenser har förändringarna fått för upphovsrättens intressenter? I nästkommande avsnitt behandlas dessa aspekter närmare.

2.2 Balansen i upphovsrätten

2.2.1 En förändrad spelplan i den digitala miljön

Att det i EU har blivit aktuellt med att utöka det upphovsrättsliga skyddet för idrottsarrangörer behöver ses i ljuset av hur det inom upphovsrätten alltid har varit omdebatterat hur en balans skall nå mellan enskildas exklusiva rättigheter och det allmännas intressen. När det kommer till upphovsrättens historiska utveckling i detta avseende har ambitioner om expansion av upphovsrätten ofta fått stå tillbaka för olika allmänintressen. Till följd av den digitala utvecklingen under senare årtionden har balansen dock skiftats och den nuvarande trenden får anses vara den motsatta, där lagstiftaren i stället har försökt gå rättighetshavare till mötes genom olika ändringar av det upphovsrättsliga regelverket. De kanske främsta exemplen på detta är införandena av nya rättigheter för skapare av datorprogram och databaser.¹¹¹

Denna utveckling har inte bara blivit föremål för kritik bland användare och andra aktörer som inte delar rättighetshavares intressen utan den har också synliggjort de utmaningar som rättighetshavarna ställs inför i den digitala miljön. Å ena sidan hoppas rättighetshavare att den

¹⁰⁸ Se Hua s. 46.

¹⁰⁹ Gwartz & Spence s. 750-752.

¹¹⁰ Newman s. 604 f.

¹¹¹ Se Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests*, s. 295 f.

tekniska utvecklingen skall medföra kommersiella fördelar genom att den öppnar upp och underlättar övergången mot nya marknader. Å andra sidan finns det även en stor oro över att samma teknik riskerar att försvaga den kontroll som följer med det upphovsrättsliga skyddet. Att många rättighetshavare, däribland idrottsarrangörer, är skeptiska mot existerande upphovsrättsliga regler som de menar inte ger ett tillräckligt skydd i den digitala ekonomin är därför inte särskilt förvånande.¹¹² Effekten har blivit att dagens upphovsmän förlitar sig mer på tekniska mekanismer som kontrollerar tillgång till och användning av verk än existerande lagstiftning.¹¹³

Mot detta har det samtidigt inväntats att det egentliga problemet snarare är att idrottsarrangörer och andra rättighetshavare inte har klarat av att anpassa sina affärsmodeller till den tekniska utvecklingen. Kommentatorn David Lipson formulerar det som att:

” ... påståenden om att livestreaming hotar [idrotts]branschens hållbarhet är felaktiga. Det verkliga hotet mot varje industris överlevnad är ett företags oförmåga att anpassa sig till tekniken och hålla jämna steg med användarnas krav. Dagens konsumenter insisterar på omedelbar tillgång. Om det inte är lätt att köpa, och relativt billigt, gör tekniken det möjligt för dem att gå någon annanstans ... Det beror på att det enda lagliga sättet att se programmet är att teckna ett långt abonnemang med rättighetsinnehavaren ...”¹¹⁴ [Översättning av författaren.]

Lipsons argument styrks också av en studie från 2012 utförd av den brittiska myndigheten Ofcom, där användningen av upphovsrättsligt skyddat material analyserades.¹¹⁵ Enligt studien stod 20% av dem som gjort sig skyldiga till upphovsrättsintrång för konsumtionen av 88% av det upphovsrättsskyddade materialet, medan resterande 12% av det skyddade materialet konsumerades av 80% av intrångsgörarna. Vidare visade studien att de som hade begått flest upphovsrättsintrång inom samtliga kategorier spenderade mer pengar på det skyddade materialet än konsumenter som hade gjort lagliga inköp. Detta trots det faktum att den stora andelen

¹¹² A.a. s. 296.

¹¹³ Björkenfeldt s. 251.

¹¹⁴ Lipson ABC NEWS den 4 februari 2017.

¹¹⁵ Det upphovsrättsliga materialet delades in i sex kategorier: musik, filmer, tv-program, datorprogram, böcker och videospel. Undertecknad lyckades dessvärre inte få tillgång till studien. Hänvisning görs därför till Norwoods artikel *Consumer v. Copyright: Balance in an Era of Digital Rights Management* där studien är omnämnd.

av användarna i studien var användare som inte gjort sig skyldiga till intrång.¹¹⁶ Enligt Norwood ger studien därmed stöd för att rättighetshavare bör fokusera på att göra konsumentupplevelsen mer tilltalande för användarna genom att göra det bekvämare och enklare att få tillgång till det upphovsrättsliga materialet. En betydande andel av intrångsgörarna i studien uttalade även att de skulle konsumera mer innehåll på ett lagligt sätt om rättighetshavarnas digitala tjänster var billigare och erbjöd ett större utbud.¹¹⁷

2.2.2 Är lösningen mer upphovsrätt eller mer teknik?

Frågan är om det finns fog för denna skepsis mot upphovsrätten som har uttryckts hos arrangörer av idrottsevenemang och andra rättighetshavare inom EU. Utifrån ett konsument- och användarperspektiv blir svaret allt som oftast ett blankt nej. Det har bland annat framförts att eftersom traditionella upphovsrättsliga principer inte förbjuder en person från att endast se på ett verk, är det orimligt att samma agerande skall vara otillåtet enbart på den grunden att det sker i en digital miljö.¹¹⁸ På en mer principiell nivå kan detta sägas illustrera en kollision mellan två helt olika förhållningssätt till upphovsrätten där ”den ena är grundad i text och tradition, den andra i ett teknodeterministiskt tankesätt”.¹¹⁹

En annan central aspekt i upphovsrättens strävan att uppnå en fungerande balans mellan konkurrerande intressen är allmänhetens tillgång till skyddade verk. Upphovsrätten vill visserligen främja innovation bland skapare men av lika stor vikt är att detta inte sker på bekostnad av allmänhetens lärande och utveckling. För att lyckas med denna intresseavvägning är det helt avgörande att allmänheten ges goda möjligheter att ta del av verk.¹²⁰ I mångas ögon har dock lagstiftaren misslyckats med detta i och med den kraftiga expansionen av upphovsrätten. Det hävdas att förlängningen av den upphovsrättsliga skyddstiden, tillkomsten av nya verkstyper som datorprogram och databaser, det utökade skyddet för tekniska åtgärder och införandet av nya exklusiva ekonomiska rättigheter har haft en hämmande effekt på innovation och kreativitet.¹²¹ Posner uttrycker denna problematik på följande vis: ”Mycket kreativt arbete är starkt beroende av andras tidigare arbete ... och ju

¹¹⁶ Norwood s. 279.

¹¹⁷ A.a. s. 279 f.

¹¹⁸ Se Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests*, s. 296.

¹¹⁹ Schollin, *Pirater och rättighetshavare*, s. 252.

¹²⁰ Hua s. 55.

¹²¹ Se a.a. s. 58-63.

mer detta kreativa arbete betungas av kostnader i form av ersättningar till dem som tillerkänns ensamrätt till resultatet av sitt arbete, desto högre blir kostnaderna för kreativt arbete nu och i framtiden.”¹²² När det gäller idrottsevenemang är risken framför allt att om EU går för långt med sin upphovsrättsliga reglering så kan följden bli att den frihet som supportrar och utövare alltid har åtnjutit begränsas i en allt för stor utsträckning. I den mån fotbollsspelare inte längre kan utföra valfria finter eller en supporter inte kan ta fotografier på sin favoritspelare kommer upplevelsen i samband med idrottsevenemang förändras på ett sätt som inte kan anses vara önskvärt för någon part.

Att få en överblick över sådana effekter är dock komplicerat. Framför allt är det svårt, eller rentav omöjligt, att finansiellt värdera samhällsförluster som har uppstått till följd av den upphovsrättsliga expansionen medan det är betydligt lättare för rättighetshavare att påvisa förluster som de har drabbats av.¹²³ Detta underlättar givetvis arbetet för dem som propagerar för att det skall finnas fler och mer omfattande upphovsrättsliga regler. Samtidigt innebär det också att det blir svårare att uppnå en balans mellan olika enskilda och allmänna intressen när det i praktiken inte står helt klart hur balansen faktiskt ser ut.

2.3 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan upphovsrätten rättfärdigas av att den belönar arbete, bidrar till att personer kan ge uttryck för sin vilja och personlighet eller av att den korrigerar marknadsmisslyckanden. Vidare står det klart att digitaliseringen har bidragit till en expansion av upphovsrätten men att detta inte nödvändigtvis har resulterat i en bättre balans mellan enskilda och allmänna intressen. Bland arrangörer av idrottsevenemang förefaller det exempelvis fortfarande föreligga en tveksamhet mot att dagens upphovsrättsliga regler tillgodoser deras intressen på ett tillfredsställande sätt. Samtidigt har det kastats ljus över arrangörernas affärsmodeller och om förändringar bör göras i dem snarare än i den upphovsrättsliga lagstiftningen.

Innan det ovan framförda kan anknytas till uppsatsens syfte och frågeställningar behöver emellertid en klar bild över det nuvarande upphovsrättsliga regelverket ges. I nästa kapitel kommer därför det EU-rättsliga skyddet för idrottsevenemang och arrangörer av idrottsevenemang undersökas.

¹²² Björkenfeldt s. 255.

¹²³ Still s. 46.

3 Det EU-rättsliga skyddet för arrangörer av idrottsevenemang

3.1 Skydd för idrottsevenemangen som sådana

3.1.1 Evenemang som originella alster?

Trots flera direktiv och stark harmonisering på det upphovsrättsliga området är det, med undantag för datorprogram, fotografier och databaser, inte helt klart vad som de facto skyddas av upphovsrätten.¹²⁴ Infosoc-direktivets artikel 2a stipulerar visserligen att medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande för upphovsmäns verk, men vad som avses specifikt med begreppet verk framgår inte av lagtexten. I domskäl tar EU-domstolen inte sällan avstamp i artikel 2.1 i Bernkonventionen där det anges att begreppet ”litterära och konstnärliga verk” inkluderar samtliga alster inom det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området.¹²⁵ Som exempel på vad som skall anses vara kategorier av litterära och konstnärliga verk nämns bland annat böcker och musikala verk. Inte heller Bernkonventionen ger oss emellertid en generell definition av verksbegreppet utan det dröjde ända till 2009 och EU-domstolens avgörande i *Infopaq* innan en harmonisering av verksbegreppet i EU började utkristallisera sig.¹²⁶

Efter EU-domstolens avgöranden i *Infopaq* och flera efterföljande rättsfall står det numera klart vilka krav som ett alster måste uppfylla för att det i upphovsrättslig mening skall betraktas som ett verk. I första hand måste alstret vara originellt i det avseendet att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Enligt EU-domstolen är så fallet när skapelsen avspeglar upphovsmannens personlighet genom att han eller hon i samband med skapandet av alstret har kunnat göra fria och kreativa val.¹²⁷ Domstolen har därtill framfört att i de fall där alstret har fastställts av tekniska överväganden, regler eller krav som inte lämnar något utrymme för kreativ frihet i utövandet, skall alstret inte anses uppfylla originalitetskravet.¹²⁸ I andra hand måste ett alster dessutom kunna identifieras med tillräcklig precision och objektivitet för att ett upphovsrättsligt skydd skall uppstå.¹²⁹

¹²⁴ Se artikel 1(3) datorprogramdirektivet; artikel 3(1) databasdirektivet; artikel 6 ändring- och kodifieringsdirektivet.

¹²⁵ Genom artikel 9(1) i TRIPS-avtalet och artikel 3 i WCT är Bernkonventionen en del av EU:s rättsordning.

¹²⁶ Mål C-5/08 *Infopaq International*.

¹²⁷ Mål C-5/08 p. 34-37; mål C-469/17 *Funke Medien* p. 18-20; mål C-683/17 *Cofemel* p. 29-30; mål C-310/17 *Levola Hengelo* p. 36.

¹²⁸ Mål C-833/18 *Brompton Bicycle* p. 24-26.

¹²⁹ Mål C-310/17 *Levola Hengelo* p. 40; mål C-683/17 *Cofemel* p. 32.

Vad gäller idrottsevenemang tog EU-domstolen i *Football Association Premier League* (FAPL) ställning till om fotbollsmatcher kan ses som verk.¹³⁰ Efter ett förhållandevis kort resonemang konstaterade domstolen att idrottsevenemang, inte minst fotbollsmatcher, styrs av spelregler vilka inte lämnar något utrymme för fria och kreativa val.¹³¹ Slutsatsen blev därför att idrottsevenemang inte är sådana intellektuella skapelser som upphovsrätten i EU är avsedd att skydda.¹³² Samtidigt som idén om idrottsevenemang som originella verk avfärdades betonade domstolen dock vikten av idrottsevenemangs unika karaktär och öppnade upp för medlemsstaterna att själva införa regler som ger evenemangen ett skydd jämförbart med det som ges för verk.¹³³ EUD uttryckte det på följande vis: ”... en medlemsstat [har] rätt att skydda idrottsevenemang, i förekommande fall med hänvisning till skyddet för immateriella rättigheter, genom att införa en särskild nationell lagstiftning, eller genom att ... erkänna ett skydd som ges dessa evenemang genom avtal slutna mellan personer som innehar rätten att tillhandahålla allmänheten det audiovisuella innehållet ... och de personer som önskar sända detta innehåll till en publik som de väljer.”¹³⁴ Som kommer beskrivas senare i uppsatsen är det också flera medlemsstater som har utnyttjat denna möjlighet.¹³⁵

3.1.1.1 Kommentarer till EU-domstolens ställningstagande

I litteraturen har det framförts argument som i flera avseenden kan användas för att problematisera EU-domstolens bedömning i *FAPL*. Det kan bland annat hävdas att idrotter som gymnastik och konstsimm där detaljerade manus är avgörande för evenemangens utformning, i likhet med vad som gäller för exempelvis dramatiska verk, skall betraktas som konstnärliga verk.¹³⁶ I dessa idrotter koreograferas och repeteras varje specifik rörelse upprepade gånger innan evenemanget äger rum och till skillnad från många andra idrotter har åskådare och domare inte heller något direkt inflytande över hur prestationerna utförs.¹³⁷ I

¹³⁰ De förenade målen C-403/08 och C-429/08 *Football Association Premier League* m.fl.

¹³¹ Liknande argument har också använts för att exkludera bordsspel från upphovsrättsligt skydd, se Seaman & Tran s. 1635.

¹³² De förenade målen C-403/08 och C-429/08 p. 97-99.

¹³³ De förenade målen C-403/08 och C-429/08 p. 100. Se också mål C-325/08 *Olympique Lyonnais* p. 40 där EU-domstolen för första gången erkände idrott som ett intresse som kan användas för att begränsa andra grundläggande rättigheter.

¹³⁴ De förenade målen C-403/08 och C-429/08 p. 102

¹³⁵ Se nedan avsnitt 3.1.2; avsnitt 3.4.1; avsnitt 3.4.2.

¹³⁶ Margoni s. 390.

¹³⁷ Elam p. 40. Till skillnad från exempelvis fotboll, där en domare kan dela ut varningar i samband med att spelare överträder regler och på så vis få inflytande över spelarnas ageranden, kommer domarnas bedömning i gymnastik och konstsimm utövarna till känna först efter det att en prestation har utförts.

teorin skulle tränaren i sådana idrotter därför kunna betraktas som koreograf och skaparen av ett dramatiskt verk medan utövaren omfattas av den närstående rättigheten för utövande konstnärer.¹³⁸ Ett annat argument är att många idrottare dessutom skulle ha ett intresse av att med hjälp av den ensamrätt som upphovsrätten ger skydda en särskild rörelse och på så vis få ett tävlingsmässigt övertag gentemot sina motståndare.¹³⁹ Vidare kan det argumenteras att tränare och spelare bör belönas för det kreativa arbete som de har lagt ned och att en ensamrätt skulle ge idrottare som tävlar på lägre nivå en möjlighet att tjäna mer pengar än vad de gör idag.¹⁴⁰

En problematisk aspekt med detta synsätt är emellertid att det skulle tvinga EUD att ta ställning till vilka idrotter som är av mer konstnärlig och ”dramatisk” natur. För att göra en sådan bedömning skulle EU-domstolen i sin tur behöva beakta faktorer som idag inte är en del av domstolens eget originalitetskrav, något som EUD hittills inte har varit beredd att göra formellt sett.¹⁴¹ Och i den mån dessa idrotter skulle omfattas av det upphovsrättsliga skyddet kan det fortfarande ifrågasättas om det verkligen skulle lösa de problem som digitaliseringen har medfört för arrangörer av idrottsevenemang. Som beskrivs i inledningen av uppsatsen är det nämligen främst kommersiella intressen som har lidit skada av den tekniska utvecklingen och varken konstsimm eller gymnastik tillhör den kategori av idrotter som har kommersialiserats i någon större omfattning.¹⁴²

Samtidigt kan det inte uteslutas att specifika rörelser eller aktioner även i mer populära idrotter ger uttryck för sådana fria och kreativa val som krävs för att det upphovsrättsliga skyddet skall aktiveras. I en paneldebatt i samband med 2014 års slutspel i fotbolls-VM framförde Lionel Bently att EUD visserligen har helt rätt i att fotboll styrs av regler men att många av dessa regler inte är särskilt avancerade utan lämnar stort utrymme för kreativa val.¹⁴³ Reglerna om hur straffar skall tas utgör goda exempel på detta. Dessa regler fastslår bland annat att bollen måste placeras på straffpunkten, att straffskytten måste kunna identifieras och att bollen måste spelas framåt. Så länge dessa regler följs är det således helt

¹³⁸ A.a. p. 41.

¹³⁹ Kett s. 1017.

¹⁴⁰ A.a. s. 1045 f.

¹⁴¹ Se nedan avsnitt 4.2.1.

¹⁴² Margoni s. 390.

¹⁴³ Bently, Lionel, *Owning the World Cup: The Exclusion of Football from Copyright*, otryckt föredrag i paneldebatt, Institute for Information Law (Amsterdams universitet), 2014-07-04.

upp till straffskytten i fråga att bestämma hur hårt och i vilken riktning bollen skall skjutas.¹⁴⁴

För att till exempel en straffspark eller frispark skall omfattas av upphovsrätt behöver det dock också kunna styrkas att utförandet faktiskt är kreativt och inte bara är ett resultat av väsentligt arbete och skicklighet.¹⁴⁵ Enligt Bently är så inte fallet vad gäller många individuella aktioner i en fotbollsmatch då spelare kontinuerligt kan öva på dessa moment för att till slut lära sig att bemästra det specifika utförandet. En spektakulär frispark där bollen går över frisparksmuren och in i något av målvaktens övre hörn skall utifrån detta synsätt därför förknippas med ren skicklighet snarare än intellektuell kreativitet. Bently menar därför att det är främst i samband med att lagkamrater interagerar med varandra genom olika kombinationsspel som det föreligger tillräcklig kreativitet i upphovsrättslig mening.¹⁴⁶

En invändning mot att ge upphovsrättsligt skydd i dessa situationer är att effekterna av skyddet skulle hämma kreativiteten och följaktligen gå stick i stäv med immaterialrättens innovationsfrämjande syften. Om idrottsscenen fylls med mängder av monopol kan detta också anses vara orättvist och rentav gå emot den tävlingsanda som idrotten i grund och botten vilar på. Dessutom kan det ifrågasättas hur intrång i dessa täcken av ensamrätter skall beivras i praktiken.¹⁴⁷ Förfaranden i domstol är nämligen både tids- och resurskrävande och lämpar sig i regel därför inte särskilt väl för att lösa upphovsrättsliga tvister som exempelvis uppstår mitt under en fotbollsmatch.¹⁴⁸

Lösningen på detta skulle kunna vara att förbund och arrangörer upprättar system och regler som gör det möjligt att lösa sådana tvister på plats och i samband med att de uppstår. Ett exempel på hur detta upplägg kan se ut är det internationella rådet för skiljedom för idrott (ICAS) som inrättades under de olympiska spelen i Atlanta 1996 i syfte att lösa tvister och bevara rättvisa i spelen. Som en förutsättning för att delta i tävlingarna samtyckte idrottare, tränare och funktionärer till att använda ICAS för att lösa tvister och att ICAS beslut var bindande. Det är av åsikten att det inte finns några hinder mot att jurister och skiljemän som befinner sig på idrottsevenemang också avgör upphovsrättsliga tvister. Även om detta vid en första anblick kan framstå som märkligt skulle upplägget, enligt Das, i praktiken inte innebära någon större skillnad gentemot hur idrotten är organiserad idag. Precis som exempelvis

¹⁴⁴ Den så kallade "Panenka-straffen" där straffskytten joggar fram till bollen, väntar ut målvakten och sedan lekfullt chippar bollen i mitten av målet illustrerar detta och hur straffskyttar kan vara kreativa trots de regler som finns för straffsparkar.

¹⁴⁵ Jfr mål C-604/10 Football Dataco m.fl. p. 33, 42.

¹⁴⁶ Som ett av flera exempel nämner Bently Jack Wilsheres 1-0-mål mot Norwich i Premier League den 19 oktober 2013.

¹⁴⁷ Kett s. 1047 f.

¹⁴⁸ Das s. 1099.

fotbollsdomare, skulle dessa jurister och skiljemän nämligen ha en neutral roll där de arbetar för att bevara regler och principer vars giltighet redan har bestämts av alla inblandade aktörer i förväg.¹⁴⁹

Vad gäller hotet mot idrottens tävlingsanda betonar Bently i sitt föredrag att upphovsrätten inte skyddar idéer och att det därför inte kommer uppkomma några upphovsrättsliga hinder för idrottsutövare att utveckla egna tekniker genom att hämta inspiration från varandra.¹⁵⁰ Precis som i fallet med *sui generis*-rättigheten för databaser, där innehållet i en databas inte skyddas som sådant¹⁵¹, kommer därför självständiga utföranden i en fotbollsmatch som påminner om aktioner eller uttryck i tidigare matcher inte utgöra upphovsrättsintrång. Däremot skulle skyddet omfatta upptagningar och vidaresändningar av kreativa prestationer och på så vis ha likheter med vad som gäller för de närstående rättigheterna i upphovsrätten.¹⁵² Noterbart är dock att denna rättighet skulle tillfalla utövarna och inte arrangörerna av idrottsevenemang vilket vore ett nytt inslag i EU:s upphovsrättsliga regelverk.¹⁵³

Av det ovan anförda kan således utläsas att EU-domstolen inte har varit beredd att tolka fotbollsmatcher eller element i dessa matcher som verk i upphovsrättslig mening. Detta ställningstagande kan emellertid ifrågasättas. I teorin är det framför allt EUD:s argument att idrottsevenemang inte lämnar utrymme åt kreativa prestationer som kan utmanas. Flera principiellt tunga argument kan dock lyftas mot detta och det är inte heller klart huruvida en ny linje där idrottsevenemang betraktas som verk faktiskt skulle sätta arrangörer i en bättre ekonomisk position än idag. Samtidigt är upphovsrätt för idrottsevenemangen som sådana inte det enda alternativet för arrangörer att åtnjuta rättsligt skydd.¹⁵⁴ Dessa alternativa möjligheter kommer undersökas i nästkommande avsnitt.

¹⁴⁹ A.a. s. 1099 f.

¹⁵⁰ Se not 143 a.st.

¹⁵¹ Axhamn s. 261. Detta följer av att databasdirektivets primära syfte är att skydda databasproducenters investeringar, se skäl 48 i databasdirektivet. Att skapa en databas som visserligen har stora likheter med en tidigare databas men som inte har sammanställts genom ett förfogande över den tidigare basen är således inte otillåtet enligt direktivet då agerandet inte anses skada den första databasproducentens investeringar.

¹⁵² Se nedan avsnitt 3.1.2; avsnitt 3.2.2; avsnitt 3.3.

¹⁵³ En sådan ordning saknar dessutom motsvarighet i de medlemsstater som har valt att ta egna initiativ på området, se nedan avsnitt 3.1.2; avsnitt 3.4.1; avsnitt 3.4.2.

¹⁵⁴ Quintais s. 146.

3.1.2 Idrottare som utövande konstnärer

I enlighet med vad som framförs i föregående avsnitt är det rättigheten för utövande konstnärer som är den närstående rättighet som blir mest aktuell i detta avseende. Om ett specifikt moment i en fotbollsmatch betraktas som ett koreografiskt verk skulle nämligen spelare som utför liknande moment vid ett senare tillfälle kunna erhålla skydd för detta senare utförande. Detta följer av att begreppet ”utövande konstnär”, vilket inte definieras i EU-rätten, enligt Romkonventionen inte bara anses omfatta skådespelare, artister, musiker, dansare, utan också andra personer som i någon form framför ett litterärt eller konstnärligt verk.¹⁵⁵

Fotbollsspelare och andra idrottsutövare i EU skulle därmed ha en ensamrätt att, 50 år efter dagen för framförandet, mångfaldiga, uppta, sprida samt medge eller förbjuda uthyrning och utlåning av sina framföranden av tidigare koreografiska verk.¹⁵⁶ Det skall dock poängteras att detta är en lösning som inte kan anses vara förenlig med EU-domstolens ställningstagande i *FAPL*. Som Margoni konstaterar, kan idrottare enligt nuvarande ordning därför inte åtnjuta skydd för sina prestationer under de EU-regler som är till förmån för utövande konstnärer.¹⁵⁷

Ett eventuellt undantag till detta kan emellertid finnas i den portugisiska rättsordningen där det i landets upphovsrättslagstiftning föreskrivs att arrangörer av evenemang har en ensamrätt till tv-utsändning, upptagning och kopiering av ett utfört verk.¹⁵⁸ Intressant nog har det i både doktrin och domstolsavgöranden framförts att denna närstående rättighet, *direito ao espectáculo*, trots sin ordalydelse, även skyddar arrangörer i de fall där den utförda prestationen inte betraktas som ett verk. En av Portugals mest framstående jurister på detta område, professor José de Oliveira Ascensão, menar på att rättigheten grundar sig på sedvänja. Han har utvecklat denna ståndpunkt på följande sätt: ”[vi har] inga som helst tvivel om att denna grund är sedvänja. För dem som, liksom vi, anser att sedvänja är en autonom rättskälla som inte är beroende av rättsligt erkännande, är arrangörers rätt att underhålla ett utmärkt exempel på sedvänja ... som gäller i det portugisiska rättssystemet – liksom i

¹⁵⁵ Se artikel 3(a) Romkonventionen. EU är formellt sett inte bunden av Romkonventionen men utformningen av EU:s lagstiftning på det upphovsrättsliga området har i många viktiga avseenden influerats av Romkonventionen, se Davies s. 220-223.

¹⁵⁶ Artikel 3(1) skyddstidsdirektivet; artikel 2(b) Infosoc-direktivet; artikel 7(1) uthyrning- och utlåningsdirektivet; artikel 9(1)(a) uthyrning- och utlåningsdirektivet; artikel 3(1)(b) direktiv uthyrning- och utlåningsdirektivet.

¹⁵⁷ Margoni s. 394.

¹⁵⁸ Artikel 117 Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter, lag nr. 122/2000 av den 4 juli).

utländska rättssystem.”¹⁵⁹ [Översättning av författaren.] Förhållningssättet har motiverats med att arrangörer av idrottsevenemang, liksom arrangörer av exempelvis konserter, bör belönas för sina investeringar och den risk de utsätter sig för. Efter ett antal reformer och ändringar av den portugisiska lagstiftningen är det dock i nuläget oklart hur denna närstående rättighet de facto skall förstås och tillämpas.¹⁶⁰ Dias Pereira anför att portugisiska domstolar därför har implementerat den närstående rättigheten med stöd i doktrin, snarare än i den formella lagstiftningen.¹⁶¹

3.1.3 Kan äganderättsliga argument användas för att skydda arrangörers kommersiella intressen?

I en rad rättsfall från 2013 var den gemensamma bakgrunden att flera medlemsstater med stöd av en tidigare bestämmelse i samordningsdirektivet hade beslutit sig för att sända slutspelsmatcher i fotbolls-VM och fotbolls-EM på kanaler som var tillgängliga för allmänheten utan extra betalning.¹⁶² Direktivet tillät nämligen detta om programföretags utnyttjande av exklusiva rättigheter riskerade att utestänga en väsentlig del av allmänheten från att följa evenemang som anses vara av särskild vikt för samhället. Att medlemsstaterna skall ges denna möjlighet har motiverats med att den fria rörligheten för audiovisuella tjänster och rätten till information behöver skyddas samt ”för att säkerställa bred tillgänglighet för allmänheten till TV-sändningar ... av särskild vikt för samhället, t.ex. de olympiska spelen och världs- och europamästerskapen i fotboll”.¹⁶³

Efter att EU-kommissionen tillät sändningarna invände både FIFA och UEFA med att deras äganderätt inskränktes. Enligt FIFA och UEFA medförde kommissionens beslut nämligen att det blev omöjligt för dem att överlåta exklusiva sändningsrättigheter för de aktuella fotbollsmästerskapen, vilket i sin tur resulterade i att inkomst uteblev då antalet intressenter till sådana transaktioner minskade.¹⁶⁴ Den av UEFA och FIFA framförda invändningen bygger på tanken om att idrottsevenemang i regel äger rum på arenor eller andra avgränsade områden från vilka arrangörerna åtnjuter olika exklusiva rättigheter. Dessa

¹⁵⁹ de Oliveira Ascensão s. 53, citerat efter Moniz Dias s. 18.

¹⁶⁰ Margoni s. 395 f; Quintais s. 147.

¹⁶¹ Dias Pereira s. 168.

¹⁶² Mål C-204/11 P FIFA I; mål C-205/11 P FIFA II; mål C-201/11 P UEFA.

¹⁶³ Se skälen till samordningsdirektivet och skäl 18 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997 om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television.

¹⁶⁴ Se mål T-385/07 FIFA p. 132, 136; mål T-55/08 UEFA p. 174.

rättigheter kan antingen härledas till det faktum att arrangören själv äger fastigheten där evenemanget utspelar sig eller, om arrangören inte äger fastigheten, till avtal mellan arrangören och den ursprungliga fastighetsägaren. I praktiken innebär detta att arrangörer dels har en fastighetsrättsligt baserad möjlighet att kontrollera inträde till sitt evenemang, dels en möjlighet att genom avtal bestämma utformningen av de villkor som skall gälla för tillträdet.¹⁶⁵ Hur detta tankesätt förhåller sig till EU-rätten utvecklade generaladvokat Jääskinen i sitt förslag till avgörande i de mål som nämns ovan.¹⁶⁶ Enligt Jääskinen kunde det konstateras att FIFA och UEFA hade en faktisk och juridisk kontroll över tillträdet till idrottsarenorna och även i förhållande till bland annat programföretag som var på plats för att sända matcherna. Denna kontroll ansågs dock enbart vara baserad på en avtalsrättslig möjlighet att bestämma över tillträdet till evenemanget, inte på någon äganderätt över de händelser som utspelade sig under matcherna eller en exklusiv rättighet att sända idrottsevenemang.¹⁶⁷

3.1.3.1 Medlemsstaternas utrymme att införa exklusiva rättigheter

Det bör poängteras att EU-rätten inte är harmoniserad på detta område. Precis som Jääskinen förklarar i sitt resonemang finns det därför utrymme för medlemsstaterna att själva införa en exklusiv rättighet för idrottsarrangörer att sända idrottsevenemang.¹⁶⁸ I detta sammanhang kan ett tyskt rättsfall från 2010 nämnas, där käranden ville förhindra en fotobyrå från att, via en internetplattform, erbjuda bilder på trädgårdar och slott i kärandens park.¹⁶⁹ Käranden ansåg att detta var en naturlig följd av att denne hade äganderätt till den mark som parken utgjordes av, vilket den federala högsta domstolen i Tyskland höll med om. Eftersom fotografierna togs inne i parken ansåg domstolen nämligen att fotografierna utgjorde ett intrång i kärandens rättighet att utnyttja den yttre formen av det som omfattades av dennes äganderätt. Denna rättighet skall enligt domstolens resonemang inte bara anses omfatta fotograferingen utan även efterföljande utnyttjanden av såväl fotografen som en tredje part.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Margoni s. 391.

¹⁶⁶ Generaladvokat Jääskinen's förslag till avgörande i målen C-204/11 P FIFA I, C-205/11 P FIFA II och C-201/11 P UEFA p. 33-45. EU-domstolen delade generaladvokat Jääskinen's bedömning.

¹⁶⁷ Generaladvokat Jääskinen's förslag till avgörande p. 40-42.

¹⁶⁸ Generaladvokat Jääskinen's förslag till avgörande p. 36.

¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2010 - V ZR 45/10 Stiftung - Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg.

¹⁷⁰ Dreier, *Creating New Property Rights*, p. 7 f.

Domen har dock fått utstå kraftig kritik och framför allt har kritik riktats mot omfånget av den exklusiva rättighet som den tyska domstolen gav käranden. Det har bland annat framförts att logiken bakom domstolens bedömning skulle leda till märkliga konsekvenser, där exempelvis fotbollsspelare inte kan invända mot tagna fotografier medan ägaren av den anläggning som spelaren befinner sig på har denna möjlighet. Vidare skulle ägare av de anläggningar där idrottsevenemang äger rum få en oproportionerligt stor makt över sändningar av evenemangen. Detta trots att den egendom de äger i regel inte är det primära objektet för vare sig fotografier eller videoupptagningar av idrottsevenemang.¹⁷¹ På EU-rättslig nivå får det därför sammanfattningsvis sägas att idrottsarrangörer visserligen kan skydda sina investeringar genom att kontrollera inträde till evenemang och även bestämma villkoren för inträdet men att denna exklusivitet är kontraktuell till sin natur.¹⁷² Idrottsarrangörer i EU kan därmed inte med stöd av enbart äganderättsliga argument påtvinga en tredje part som agerar i god tro att ta ned innehåll som har lagts upp på dennes internetplattform av en åskådare på ett idrottsevenemang.¹⁷³

Samtidigt bör det betonas att åskådares amatörinspelningar i princip alltid är av sämre kvalitet än professionella tv-sändningar och att få konsumenter har intresse av att ta del av sådana inspelningar. Den ekonomiska skada som dessa inspelningar orsakar för arrangörer av idrottsvenemang förefaller därför vara nästintill obefintlig.¹⁷⁴ För arrangörer är det snarare olagliga vidareändringar av direktsändningar vilka tillgängliggörs på streamingplattformar som gör det stora hotet mot deras kommersiella intressen.¹⁷⁵

3.2 Upptagningar av idrottsevenemang

3.2.1 Skydd som filmverk eller annat audiovisuellt verk

Även om EU-domstolen i *FAPL* avvisar idén om att idrottsevenemang skall ses som verk betonar domstolen samtidigt att upphovsrätten och dess närstående rättigheter likväl kan vara till nytta för idrottsarrangörer. I domskälen förklarar EUD att: "... FAPL kan göra gällande upphovsrätt för diverse verk som ingår i dessa tv-sändningar, nämligen bland annat den

¹⁷¹ A.a. p. 9, 12.

¹⁷² Jfr Gardiner m.fl. s. 246.

¹⁷³ Margoni s. 392 f.

¹⁷⁴ Margoni & Van Rompuy s. 27.

¹⁷⁵ A.a. s. 28. För en redogörelse om vilket rättsligt skydd idrottsarrangörer har i dessa situationer, se nedan avsnitt 3.3.1; avsnitt 3.3.2.

inledande videosekvensen, Premier Leagues hymn, förinspelade filmer som visar de viktigaste ögonblicken från de senaste matcherna i Premier League eller grafik av olika slag.”¹⁷⁶ Skyddstiden för denna rättighet löper ut 70 år efter den tidpunkt då den sist avlidne av huvudregissören, manusets författare, författare till dialogen och kompositören till musik som särskilt skapats för att användas i sändningen, dör.¹⁷⁷

Precis som för alla andra verk behöver de krav på originalitet, kreativitet och konkretion som har uppställts i EUD:s praxis uppfyllas för att skydd skall uppstå.¹⁷⁸ Ett relevant rättsfall i detta sammanhang är *Painer*, där en av frågorna som den hänskjutande domstolen ställde till EU-domstolen var huruvida porträttfotografier kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd.¹⁷⁹ EUD uttalade att det inte föreligger några principiella hinder mot detta och att en fotograf kan göra fria och kreativa val även i samband med skapandet av ett porträttfotografi.¹⁸⁰ Innan ett foto tas kan nämligen upphovsmannen bland annat välja iscensättning och belysning samt vilken pose den fotograferade personen skall inta. Slutligen, när ett foto väl har tagits, kan fotografen dessutom justera centrering och fotovinkel samt välja mellan olika framkallningstekniker eller använda sig av datorprogram. På så vis, anför EUD, kan en fotograf sätta en ”personlig prägel” på ett skapat porträttfotografi.¹⁸¹

Inom ramen för denna uppsats är det intressanta med avgörandet i *Painer* att det kan dras paralleller mellan domstolens resonemang och audiovisuella inspelningar av idrottsevenemang. I likhet med vad som gäller för porträttfotografer kan den som ansvarar för inspelningar av evenemang påverka var och i vilken vinkel kameror skall placeras. Inte sällan får kameramännen specifika instruktioner under evenemangen om vad som skall filmas och det har även blivit allt vanligare att kameror placeras på drönare eller utövare för att skildra sådant som inte nödvändigtvis är det mest relevanta sett i idrottshänseende.¹⁸² Även när den ansvarige för videoinspelningarna slutligen beslutar om vad som de facto skall ingå i videoinspelningen kan det argumenteras för att denne sätter en personlig prägel på inspelningen. Inte minst i samband med större evenemang kommer den ansvarige nämligen behöva göra flera val avseende olika avgörande moment i inspelningen, såsom kommentering och animationer. I situationer där den audiovisuella inspelningen inte är lika komplex, till

¹⁷⁶ De förenade målen C-403/08 och C-429/08 Football Association Premier League m.fl p. 149.

¹⁷⁷ Se artikel 2(2) skyddstidsdirektivet.

¹⁷⁸ Se ovan avsnitt 2.1.1.

¹⁷⁹ Mål C-145/10 *Painer* p. 43.

¹⁸⁰ Mål C-145/10 p. 90.

¹⁸¹ Mål C-145/10 p. 91-93. Se också Elam p. 26.

¹⁸² Margoni s. 397 f.

exempel för att det rör sig om ett litet antal kameror som inte filtrerar bort sådant som inte skall vara en del inspelningen, kan inspelningen dock inte betraktas som ett verk.¹⁸³ Precis som är fallet vad gäller skyddet för evenemangen som sådana kan dock närstående rättigheter komma till undsättning även för aktörer som vill erhålla upphovsrättsligt för upptagningar, trots att de inte ses som verk.

3.2.2 Den närstående rättigheten för filmproducenter

Oberoende av om inspelningen av ett idrottsevenemang uppfyller kraven för att vara ett filmverk åtnjuter den ansvarige för upptagningen nämligen skydd genom den närstående rättigheten för filmproducenter. Det bakomliggande syftet med rättigheten är att kompensera filmproducenter för deras investeringar och den finansiella risk som de tar i samband med filmproduktionen.¹⁸⁴ I praktiken innebär rättigheten att framställaren av den första upptagningen av ett idrottsevenemang har en ensamrätt att i olika former och i varierande utsträckning tillåta eller förbjuda mångfaldigande av original och kopior av sina filmer.¹⁸⁵ Dessutom har framställaren en exklusiv rätt att tillåta eller förbjuda tillgängliggörandet av filmerna för allmänheten, på trådbunden eller trådlös väg, på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.¹⁸⁶ Utöver detta innehar framställaren även en ensamrätt att, genom försäljning eller på annat sätt, göra exemplar av den första upptagningen av en film av ett idrottsevenemang tillgängliga för allmänheten.¹⁸⁷ Om den första upptagningen av ett evenemang lagligen har offentliggjorts är skyddstiden för rättigheten 50 år efter den dag då upptagningen offentliggjordes. I situationer där upptagningen inte lagligen har offentliggjorts löper skyddet i stället ut 50 år efter dagen för den första upptagningen.¹⁸⁸

Det är värt att notera att det faktum att det är den audiovisuella upptagningen till exempelvis en fotbollsmatch som omfattas av rättigheten, inte fotbollsmatchen som sådan, innebär att det sällan uppstår upphovsrättsliga problem i det skede när idrottsevenemanget

¹⁸³ A.a. s. 398-400.

¹⁸⁴ Hugenholtz s. 1007. Se också skäl 5 i uthyrning- och utlåningsdirektivet som stadgar att ”... de investeringar som krävs, särskilt för framställning av fonogram och filmer, är särskilt stora och riskfyllda”.

¹⁸⁵ Artikel 2(d) Infosoc-direktivet.

¹⁸⁶ Artikel 3(2)(c) Infosoc-direktivet.

¹⁸⁷ Artikel 9(1)(c) uthyrning- och utlåningsdirektivet.

¹⁸⁸ Artikel 3(3) skyddstidsdirektivet.

upptas.¹⁸⁹ I den mån flera producenter har förvärvat rättigheterna till att uppta en specifik fotbollsmatch kommer därför dessa upptagningar inte att konkurrera med varandra eftersom det objekt, det vill säga upptagningen, som skyddas av upphovsrätten inte är detsamma för de olika producenterna.

3.3 Sändningar av idrottsevenemang

För radio- och televisionsföretag medger uthyrning- och utlåningsdirektivet och Infosoc-direktivet en ensamrätt till upptagning, mångfaldigande och tillgängliggörande för allmänheten, på trådbunden eller trådlös väg, av sändningar samt en ensamrätt att genom försäljning eller på annat sätt göra exemplar av upptagningar av dessa sändningar tillgängliga för allmänheten.¹⁹⁰ Dessa ensamrätter är aktuella i 50 år efter det att utsändningen först överfördes via tråd eller trådlöst.¹⁹¹ Reglerna kompletteras vidare av satellit- och kabeldirektivet som ger utrymme för medlemsstaterna att i den nationella lagstiftningen införa ytterligare en exklusiv rättighet till vidare-sändning via kabel för radio- och televisionsföretag.¹⁹² En viktig aspekt av detta skydd är det faktum att det är sändningen som sådan som skyddas av en närstående rättighet, inte det material eller innehåll som sändningen förmedlar.¹⁹³ Det innebär följaktligen att sändningar av idrottsevenemang åtnjuter ett rättsligt skydd även i den mån inga andra upphovsrätter eller närstående rättigheter blir aktuella.¹⁹⁴

Något som i detta avseende har orsakat huvudbry för domstolar runtom i världen är hur framväxten av streamingtjänster på internet som har gjort det möjligt för användare att ta del av upphovsrättsligt skyddat innehåll genom både direktsändningar och reprisering, skall hanteras rättsligt. I praktiken har det för domstolarna handlat om att försöka försvara de underliggande syftena med den upphovsrättsliga regleringen samtidigt som hänsyn måste tas till olika allmänna intressen av att främja utveckling av nya tekniker.¹⁹⁵ Ett exempel på hur EU-

¹⁸⁹ Däremot kan det i vissa fall uppstå problem ur konkurrensrättsligt hänseende. Detta mot bakgrund av att huruvida en producent de facto har en rätt att uppta ett specifikt idrottsevenemang är en avtalsrättslig fråga, där rättigheterna antingen säljs till en ensam producent som får en exklusiv rätt att uppta evenemanget i fråga eller till flera producenter som kan uppta evenemanget samtidigt. I enlighet med vad som framgår av avsnitt 1.3 kommer denna aspekt dock inte analyseras i uppsatsen.

¹⁹⁰ Artikel 7(2) uthyrning- och utlåningsdirektivet; artikel 2(e) Infosoc-direktivet; artikel 3(2)(d) Infosoc-direktivet; artikel 8(3) uthyrning- och utlåningsdirektivet; artikel 9(1)(d) uthyrning- och utlåningsdirektivet.

¹⁹¹ Artikel 3(4) skyddstidsdirektivet.

¹⁹² Artiklar 8-10 satellit- och kabeldirektivet.

¹⁹³ Bently & Sherman s. 88.

¹⁹⁴ Se Lelyukhin s. 108; Margoni s. 402.

¹⁹⁵ Cheng Lim & Chik s. 54.

domstolen har valt att ta sig an denna problematik är 2011 års avgörande *ITV Broadcasting*.¹⁹⁶ Omständigheterna i fallet var att svaranden, TV Catchup, erbjöd en internetbaserad tjänst för tv-sändningar som gjorde det möjligt för användare av tjänsten att motta direktsänt innehåll från gratis markbundna sändningar, däribland kändens sändningar. Tjänsten kunde emellertid bara utnyttjas om användarna dels kunde påvisa en giltig tv-licens, dels befann sig inom Storbritannien. EUD framförde att artikel 3.3 i Infosoc-direktivet stipulerar att tillåtelse till att upphovsrättsligt skyddade verk ingår i en överföring till allmänheten inte konsumerar rätten att tillåta eller förbjuda andra överföringar till allmänheten av verken. Domstolens ståndpunkt var därför att i situationer där ett verk används vid flera tillfällen, måste i princip varje sändning eller vidare-sändning av ett verk genom användning av en särskild teknik tillåtas individuellt av upphovsmannen i fråga.¹⁹⁷ Mot denna bakgrund ansågs TV Catchups tjänst utgöra intrång i ITV:s upphovsrätt till tv-sändningarna.¹⁹⁸

ITV Broadcasting har i litteraturen ansetts som en framgång för radio- och televisionsföretag och andra rättighetshavare då EU-domstolen tydligt klargjorde att rättighetshavarens godkännande krävs för att en tredje part skall ha rätt till vidare-sändning av deras verk.¹⁹⁹ Vidare har avgörandet tolkats som att EUD på en mer abstrakt och rättspolitisk nivå har försökt sätta ner foten mot kringgåenden av lagar genom nya tekniska lösningar. *ITV Broadcasting* skall utifrån detta tankesätt förstås som en pragmatisk lösning på de problem som har uppstått till följd av digitaliseringen, där exklusiva upphovsrättsliga rättigheter tolkas extensivt till förmån för rättighetsinnehavarna.²⁰⁰ Samtidigt skall det betonas att det centrala i rättsfallet var tolkningen av ”överföring till allmänheten” i Infosoc-direktivet och hur detta specifika begrepp skall förstås i fall där upphovsmän redan har tillåtit att deras verk ingår i markbundna gratis tv-sändningar. Rättsfallet ger oss däremot ingen klar bild över hur EU-rätten på en allmän nivå förhåller sig till mellanhänders ansvar över upphovsrättsligt skyddat material som görs tillgängligt på deras internetplattformar. Precis som det redogörs i uppsatsens introduktion är det aktiviteten på just dessa plattformar som anses utgöra ett av de större hoten mot idrottsarrangörers intressen i den digitala ekonomin.²⁰¹ Denna aspekt kommer därför undersökas i efterföljande avsnitt.

¹⁹⁶ Mål C-607/11 *ITV Broadcasting* m.fl.

¹⁹⁷ Mål C-607/11 p. 23-24.

¹⁹⁸ Slutsatsen hade blivit densamma om kändena hade åberopat en närstående rättighet i stället, se Margoni s. 404.

¹⁹⁹ Curry s. 596.

²⁰⁰ Se Cheng Lim & Chik s. 87.

²⁰¹ Se ovan avsnitt 1.1.2; avsnitt 1.1.3.

3.3.1 Arrangörers möjligheter att vidta rättsliga åtgärder för att stävja intrång

I avsnitt 3.1.3.1 klargörs det att idrottsarrangörer i EU inte med stöd av enbart äganderättsliga argument kan angripa olovliga ageranden av parter som inte har ingått avtal med arrangören. I många situationer kan det antas att den som innehar kontrollen över en plattform där det finns länkar till upphovsrättsligt skyddade sändningar, medvetet avstår från att vidta åtgärder för att förhindra att dessa länkar görs tillgängliga. Så är till exempel ofta fallet när länkar till populära idrottssändningar läggs ut av internetanvändarna själva och det för mellanhanden finns stora intäkter att hämta från reklamannonser på plattformen.²⁰² En central fråga är därför vad som gäller enligt EU-rätten i dessa fall där aktiviteter på internet på allvar riskerar att hota lönsamheten för arrangörers affärsmodeller.

I detta sammanhang är det Infosoc-direktivets artikel 8 som utgör utgångspunkten för de rättsliga möjligheter som finns för att idrottsarrangörer skall kunna genomdriva sina rättigheter.²⁰³ Artikel 8 stipulerar först och främst att det inom EU skall finnas effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner samt möjligheter att vidta rättsliga åtgärder i fråga om intrång i de rättigheter och skyldigheter som fastställs i direktivet. Medlemsstaterna har också ett ansvar att säkerställa att rättighetshavare, vilkas intressen berörs av en intrångshandling som utförs inom medlemsstaternas territorium, antingen kan föra talan om skadestånd eller begära föreläggande. Slutligen stadgas det att medlemsstaterna skall se till att rättighetshavare har möjlighet att begära förelägganden visavi mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredje part för att begå intrång i en upphovsrätt eller en närstående rättighet.²⁰⁴

Föga förvånande²⁰⁵ är det framför allt olika former av så kallade blockeringsmekanismer som har använts bland medlemsstaterna i tillämpningen av artikel 8 i Infosoc-direktivet.²⁰⁶ I en del medlemsstater är det myndigheter som utfärdar blockeringsförelägganden medan det i andra länder i stället hanteras under informella förfaranden. Den senare varianten har implementerats i bland annat Portugal och samtidigt som tusentals förelägganden har utfärdats har det också riktats kritik mot det informella upplägget och hur det kan utgöra ett hot mot

²⁰² Se Wong s. 536.

²⁰³ Quintais s. 150.

²⁰⁴ Artikel 8(3) Infosoc-direktivet skall läsas i ljuset av skäl 59 i direktivet som lyfter fram mellanhänders växande roll i den digitala miljön.

²⁰⁵ Se de av idrottsarrangörer framförda förslagen i avsnitt 1.1.3.

²⁰⁶ För en förklaring av hur de vanligaste formerna av blockering av internetadresser fungerar, se Lindsay s. 1509-1511. Den kanske vanligaste blockeringsmekanismen som Lindsay beskriver är blockering av internetsidor IP-adresser. Tanken bakom blockering av IP-adresser är att all information till och från de aktuella internetsidorna skall stoppas. När det gäller idrottsevenemang brukar blockeringarna träda i kraft vid en viss tidpunkt som är tänkt att stämma överens med de lagliga sändningarna av evenemangen.

användares yttrandefrihet och tillgång till internet.²⁰⁷ Dessutom måste andra rättigheter och intressen inom EU-rätten beaktas under denna process, även om artikel 8 i Infosoc-direktivet ger medlemsstaterna ett stort utrymme att fastställa den konkreta utformningen av relevanta sanktioner och rättsliga åtgärder.²⁰⁸

I praktiken är det fråga om att försöka balansera upphovsrätten mot skyddet av internetanvändares personliga integritet och informationsfrihet samt mellanhänders frihet att bedriva näringsverksamhet. Att hitta denna balans är emellertid komplicerat och utifrån EU-domstolens rättspraxis förefaller det som att inte heller EUD har en klar bild över hur den skall gå till väga i dessa fall.²⁰⁹ Även om det knappast råder brist på avgöranden där EUD har ansett sig lyckas med att balansera olika intressen har domstolen nämligen inte kunnat förklara varför de avvägningar som domstolen har gjort faktiskt skall ses som lyckade. För rättighetshavare, mellanhänder och internetanvändare må EUD:s praxis vara omfattande men i grund och botten ger avgörandena inte i någon konkret vägledning i situationer som inte är identiska med de som EUD redan har bedömt.²¹⁰

3.3.2 Mellanhänders ansvar för vad som tillgängliggörs på internetplattformar

Utöver artikel 8 i Infosoc-direktivet medför även de så kallade safe harbor-reglerna i e-handelsdirektivet ett skydd mot olovliga vidareändringar av idrottsevenemang. Enligt dessa regler ansvarar mellanhänder, under förutsättningen att rekvisiten i de olika artiklarna är uppfyllda, inte för rena vidarefordringar ("mere conduit")²¹¹, "catching"²¹² eller "värdtjänster"²¹³. Safe harbor-reglerna kan emellertid inte läsas isolerat utan behöver tolkas i ljuset av de detaljerade bestämmelserna i DSM-direktivet.²¹⁴ Bland annat begränsas e-handelsdirektivets artikel 14.1 av artikel 17.3 i DSM-direktivet som stadgar att artikel 14.1 inte kan tillämpas på de situationer som omfattas av artikel 17 i DSM-direktivet. Av kanske störst betydelse är dock att det genom DSM-direktivet numera står klart att mellanhänder som

²⁰⁷ Quintais s. 151 f.

²⁰⁸ A.st.

²⁰⁹ Se Angelopoulos s. 108-113. Ett av rättsfallen, *Scarlet*-avgörandet, diskuteras nedan i avsnitt 3.3.2.

²¹⁰ Se a.a. s. 113.

²¹¹ Artikel 12 e-handelsdirektivet.

²¹² Artikel 13 e-handelsdirektivet.

²¹³ Artikel 14 e-handelsdirektivet.

²¹⁴ Bedömningen av om en digital plattform som tillgängliggör olovliga vidareändringar av idrottsevenemang omfattas av reglerna i DSM-direktivet måste göras i varje enskilt fall. Med beaktande av skälen i direktivet är det ett rimligt antagande att en stor del av dessa plattformar omfattas av direktivets tillämpningsområde, se DSM-direktivet skäl 62.

utgångspunkt måste ha tillstånd ” ... av de rättighetshavare som avses i artikel 3.1 och 3.2 i ... [Infosoc-direktivet], till exempel genom ingåendet av ett licensavtal, för att överföra verk eller andra alster till allmänheten eller göra dem tillgängliga för allmänheten”.²¹⁵ I den mån en mellanhand inte har något tillstånd från rättighetshavaren finns det dock en viss möjlighet att undvika ansvar för upphovsrättsligt intrång förutsatt att rekvisiten i artikel 17.4 i DSM-direktivet är uppfyllda. Detta undantag gäller dock inte för plattformar där det huvudsakliga syftet är att göra piratsändningar av idrottsevenemang tillgängliga för allmänheten.²¹⁶

Det skall betonas att de nya reglerna i DSM-direktivet knappast är okontroversiella utan har blivit föremål för intensiv diskussion på EU-nivå om de medför allt för stora inskränkningar av mellanhänders och internetanvändares legitima intressen. Tidigare, innan implementeringen av DSM-direktivet, ansvarade mellanhänder nämligen inte för intrång som användare gjort sig skyldiga till så länge de inte hade kännedom om intrånget. Mellanhänder var således endast ansvariga om de underlät att undersöka och ta bort material som utgjorde intrång efter att ha fått ett meddelande från upphovsrättsinnehavarna om var sådant material fanns.²¹⁷ Med de nya reglerna har mellanhänders ansvar i stället utvidgats till ett strikt ansvar för upphovsrättsliga intrång som sker på deras plattformar. Enligt DSM-direktivets artikel 17.4(b) skall mellanhänder göra vad de kan ” ... för att säkerställa att specifika verk och andra alster för vilka rättsinnehavarna har försett tjänsteleverantörerna med relevant och nödvändig information inte är tillgängliga [på mellanhandens plattform]”. Dessutom skall mellanhänder göra vad de kan för att motverka framtida uppladdningar av dessa verk på sina plattformar.²¹⁸

Problemet är att det i praktiken nästintill är omöjligt att manuellt kontrollera allt material som läggs ut på större internetplattformar. I litteraturen har det framförts farhågor om att reglerna kommer resultera i att mellanhänder tvingas använda sig av olika förebyggande filtreringsmekanismer för att kunna uppfylla de krav som ställs i artikel 17 i DSM-direktivet.²¹⁹ Dessa mekanismer kan visserligen vara effektiva och se till att mellanhänder undviker ansvar men de kommer även förhindra tillgängliggörande av material som inte på något vis är i strid med upphovsrättsliga regler.²²⁰ Utifrån ett större perspektiv kan det

²¹⁵ Artikel 17.1 DSM-direktivet. Hur priset för en licens skall bestämmas eller hur det skall bevisas att mellanhanden har gjort vad denne kan för att erhålla licens från rättighetshavaren (se artikel 17.4(a) DSM-direktivet) är praktiska svårigheter som lagtexten inte ger svar på, se Curto s. 89 f.

²¹⁶ Se DSM-direktivet skäl 62.

²¹⁷ Samuelson s. 24.

²¹⁸ Artikel 17.4(c) DSM-direktivet.

²¹⁹ Detta trots artikel 17.8 i DSM-direktivet som stadgar att mellanhänder inte har någon allmän övervakningsskyldighet.

²²⁰ Curto s. 92; Samuelson s. 25.

följaktligen ifrågasätts hur reglerna i DSM-direktivet förhåller sig till dels mellanhandernas näringsfrihet, dels internanvändarnas yttrandefrihet.²²¹ I *Scarlet*, där ett bolag hade vägrat att införa ett system för filtrering av elektronisk kommunikation för att hindra utväxling av filer som gjorde intrång i svarandens upphovsrätt, fick EU-domstolen en möjlighet att ta ställning till detta.²²² EUD konstaterade att övervakningsskyldigheten som uppstod till följd av filtreringssystemet inte var tidsbegränsad, att den omfattade alla framtida intrång och var avsedd att skydda inte bara befintliga verk utan även verk som ännu inte hade skapats.²²³ Detta krävde installation av ett komplicerat, dyrt och permanent it-system vilket ansågs innebära en allvarlig och oproportionerlig kränkning av bolagets näringsfrihet.²²⁴ Eftersom systemet vidare inte kunde göra en tillräckligt tydlig skillnad mellan olagligt och lagligt innehåll, fann domstolen dessutom att det kunde undergräva användarnas frihet att ta emot och sprida uppgifter.²²⁵

Även om *Scarlet* inte handlade specifikt om idrottsevenemang är avgörandet en intressant illustration av hur åtgärder som vidtas för att skydda rättighetshavare, däribland idrottsarrangörer, kan vara i strid med andra vitala intressen som skyddas av EU-rätten. Så sent som i april 2022 ställdes detta på sin spets när EU-domstolen tog ställning till om den av Polen väckta talan om ogiltigförklaring av DSM-direktivets artikel 17 skulle bifallas.²²⁶ Polen hade nämligen anfört att mellanhänder, mot bakgrund av de högt ställda kraven i artikel 17 i DSM-direktivet och avsaknaden av andra praktiska lösningar, kommer behöva använda sig av automatiska filtreringsverktyg.²²⁷ Enligt Polen medför detta inte bara att lagligt innehåll kan blockeras utan lagstöd utan också att ”frågan huruvida ett visst innehåll är lagligt och ... frågan huruvida innehållet ska blockeras avgörs automatiskt genom algoritmer, innan innehållet ens spritts”.²²⁸ EUD:s bedömning var att artikel 17 visserligen utgör en begränsning av användarnas yttrande- och informationsfrihet men att Polens talan skulle ogillas eftersom begränsningen inte är oproportionerlig.²²⁹

Sammanfattningsvis förefaller det som att både EU-domstolen och EU som lagstiftare har valt en linje där rättighetshavares intressen prioriteras framför andra grundläggande intressen i

²²¹ Se De Gregorio s. 203-205.

²²² Mål C-70/10 *Scarlet Extended*.

²²³ Mål C-70/10 p. 47.

²²⁴ Mål C-70/10 p. 48-49.

²²⁵ Mål C-70/10 p. 52-53.

²²⁶ Mål C-401/19 *Polen*.

²²⁷ Mål C-401/19 p. 40.

²²⁸ Mål C-401/19 p. 41.

²²⁹ Mål C-401/19 p. 59-84.

fråga om upphovsrättsskyddat material som görs tillgängligt på digitala plattformar. Intressant nog finns det ytterligare regler som idrottsarrangörer kan åberopa för att genomdriva sina rättigheter i den digitala ekonomin, vilket undersöks i nästa avsnitt.

3.3.2.1 Kringgåenden av tekniska skyddsåtgärder

I tidigare avsnitt beskrivs det hur den tekniska utvecklingen dels har resulterat i att rättighetshavare kan tillämpa tekniska åtgärder utformade för att förhindra eller begränsa olovliga handlingar, dels i en utökad reglering av mellanhänders ansvar.²³⁰ Precis som EU-lagstiftaren belyser i skälen till Infosoc-direktivet, kan den tekniska utvecklingen dock på många sätt betraktas som ett tveeggat svärd då den också underlättar bedrivandet av olaglig verksamhet som möjliggör kringgåenden av rättighetshavares tekniska skyddsåtgärder.²³¹ Bland rättighetshavare har det därför höjts röster för att lagstiftare skall införa mekanismer som gör det möjligt att stävja upphovsrättsintrång på ett mer praktiskt och kostnadseffektivt sätt.²³²

På EU-nivå har lagstiftaren svarat på denna utveckling med att i Infosoc-direktivets artikel 6(1) föreskriva att medlemsstaterna skall ge ett tillfredsställande rättsligt skydd mot kringgåenden av effektiva tekniska åtgärder om personen som utför kringgåendet agerar i ond tro. Dessutom skall medlemsstaterna förbjuda vissa former av förberedande aktiviteter som är av kommersiell natur och som gör det praktiskt möjligt att kringgå tekniska åtgärder.²³³ De tekniska åtgärder som avses i bestämmelserna är sådana åtgärder som dels har en reell inverkan på särskilda former av kringgåenden, dels ämnar skydda material som i någon utsträckning är av upphovsrättslig relevans.²³⁴ För arrangörer av idrottsevenemang kan det exempelvis handla om att använda kryptering och dekodrar för att skydda tv-sändningar.²³⁵

I likhet med vad som ofta är fallet med de blockeringsförelägganden som beskrivs i föregående avsnitt är de åtgärder som vidtas i grund och botten ett resultat av rättighetshavares vilja att skydda och återta kontrollen över sitt material.²³⁶ Att detta beslutsutrymme till viss del har förflyttats från lagstiftaren till den berörda rättighetshavaren

²³⁰ Se ovan avsnitt 3.3.1; avsnitt 3.3.2.

²³¹ Infosoc-direktivet skäl 47.

²³² Favale, *Approximation and Drm*, s. 310.

²³³ Artikel 6(2) Infosoc-direktivet.

²³⁴ Schollin, *Digital Rights Management*, s. 219. Den allmänna definitionen av vad som avses med teknisk åtgärd i Infosoc-direktivets mening framgår av direktivets artikel 6(3).

²³⁵ Se Westman s. 232.

²³⁶ Se Longan s. 815 f.

kan ha både för- och nackdelar. Med tanke på den digitala miljöns dynamiska natur är det viktigt att beakta att dagens konsumenter inte kan betraktas som en homogen grupp där alla handlingar styrs av samma intentioner. En del intrång kan paradoxalt nog nämligen ha positiva effekter på den digitala miljön.²³⁷ Ett sätt att hantera denna komplexitet kan därför vara att de tekniska åtgärderna finkalibreras för att de inte skall bli allt för långtgående. Konsumenter kommer då ha möjligheten att ta del av skyddat material till en rimlig kostnad samtidigt som rättighetshavares tekniska åtgärder på ett mer effektivt sätt kommer kunna rikta in sig på olovliga utnyttjanden av upphovsrättsligt material. På så vis kommer rättighetshavares intäkter skyddas utan att det sker på bekostnad av konsumenters intressen och friheter.²³⁸

Samtidigt kan det inte heller garanteras att det ovan framförda är något annat än ett rent teoretiskt önsketänkande. Att rättighetshavare själva skall använda just den teknik som har gjort det så svårt att beivra upphovsrättsintrång må klinga fint men det är knappast riskfritt eller överhuvudtaget säkert att det får önskad effekt i praktiken. I själva verket kan effekten i många fall bli att rättighetshavare missbrukar de möjligheter som lagstiftaren har givit dem utan att ställas till svars och att resultatet i stället blir en oproportionerligt stor inskränkning i konsumenters rättigheter.²³⁹ Denna osäkerhet kring den verkliga effekten av tekniska åtgärder skall tas på allvar och inte underskattas då den riskerar att urholka debatten om rättighetshavares skyddsbehov och göra den till ren spekulatio.²⁴⁰

3.4 Medlemsstaters lösningar för att främja investeringar i idrottsevenemang

3.4.1 Code du Sport i Frankrike

Som framgår av uppsatsen tillåter EU-rätten i många fall att medlemsstaternas nationella reglering är mer långtgående än motsvarande regler inom EU. Vad gäller skyddet för idrottsarrangörer har flera EU-länder valt att gå just denna väg i syfte att försvara arrangörers incitament till att investera i idrottsevenemang. Det land som har valt att gå längst i detta hänseende är Frankrike, där det i landets *Code du Sport* stadgas att ”idrottsförbund och

²³⁷ Se Schollin, *Digital Rights Management*, s. 55 f.

²³⁸ Favale, *Approximation and Drm*, s. 308.

²³⁹ Se Longan s. 807, 816-818.

²⁴⁰ Westman s. 235.

organisatörer av idrottsevenemang ... är ägare av nyttjanderätten till de idrottsevenemang eller tävlingar som de organiserar”.²⁴¹ Lagen erbjuder ingen uttömmande lista över vilka rättigheter det är som arrangörer faktiskt tillerkänns utan detta har till stor del lämnats till de franska domstolarna att avgöra. De franska domstolarna har i detta avseende betonat att det bakomliggande syftet med rättigheten är att belöna arrangörer för deras substantiella och riskfyllda investeringar i idrottsevenemang. Därför har rättigheten ansetts omfatta all ekonomisk aktivitet vars syfte är att generera sådan inkomst som inte hade uppstått utan att idrottsevenemanget äger rum.²⁴² I fransk rättspraxis har denna extensiva tolkning av rättigheten resulterat i att även digital vadslagning på idrottsevenemang har ansetts kräva tillstånd från arrangören och att arrangörer till och med innehar en ensamrätt att publicera böcker som skildrar ett specifikt evenemang.²⁴³

I fråga om rättighetens karaktär bör det med beaktande av rättighetens ändamål som utgångspunkt vara mest rimligt att betrakta den som en närstående rättighet. Precis som är fallet med *direito ao espectáculo* i Portugal och EU:s närstående rättighet för filmproducenter är syftet nämligen att ge kompensation för investeringar och finansiell risk.²⁴⁴ De franska domstolarnas vidsträckta tolkning av rättigheten och det faktum att den till exempel anses innebära att digital vadslagning på idrottsevenemang kräver tillstånd från arrangören, gör det dock svårare att dra en sådan slutsats. I jämförelse med andra närstående rättigheter, såsom rättigheterna för utövande konstnärer och filmproducenter, är det uppenbarligen så att den franska rättigheten sträcker sig längre än de utnyttjanden som omfattas av EU:s upphovsrättsliga regler. Vad gäller rättigheten för arrangörer att kräva tillstånd för vadslagning på idrottsevenemang invände dessutom EU-kommissionen 2009 att den strider mot den fria rörligheten för tjänster inom EU.²⁴⁵ Intressant nog, var den franska lagstiftarens svar på detta att rättighetens egentliga syfte inte är av finansiell natur utan att den i stället rättfärdigas av att den förebygger hot mot ”idrottens etik (och) rättvisa och integritet i samband med tävlingar”.²⁴⁶ Hur detta uttalande skall tolkas mot bakgrund av att franska

²⁴¹ Artikel L. 331-1 Code du Sport, n° 2006-596 du 23 May 2006 relative à la partie législative du code du sport.

²⁴² Margoni s. 411.

²⁴³ A.st.

²⁴⁴ Jfr a.a. s. 410 f; avsnitt 3.1.2; avsnitt 3.2.2.

²⁴⁵ EU-kommissionen gjorde detta uttalande inom ramen för det informationsförfarande som stipuleras i Europaparlamentets och Rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter. Syftet med direktivet är att förslag till nya nationella tekniska föreskrifter skall anmälas av den aktuella medlemsstaten så att EU-kommissionen och andra medlemsstater kan inkomma med synpunkter.

²⁴⁶ Se Margoni & Van Rompuy s. 136 f, 148.

domstolar tidigare har härlett samma rättighet till det ekonomiska intresset av att skydda arrangörers investeringar förblir oklart och försvagar de argument som den franska lagstiftaren framför.

3.4.2 Införandet av en italiensk audiovisuell sporträttighet

Precis som i Frankrike har också lagstiftaren i Italien sett ett behov av att ändra det nationella upphovsrättsliga regelverket. Under 2008 slutfördes därför en lagstiftningsprocess där en ny närstående audiovisuell rättighet infördes till förmån för arrangörer av idrottsevenemang.²⁴⁷ Ett av syftena med processen var att införa ”ett effektivt system med åtgärder för att ge insyn i överföring och kommunikation till allmänheten av rättigheter för radio- och TV-marknaden och på andra elektroniska nätverk av sportevenemang ...”.²⁴⁸

Enligt nuvarande italiensk lagstiftning omfattar den audiovisuella sporträttigheten rätten till upptagning och mångfaldigande av idrottsevenemang i alla dess former, överföring och tillgängliggörande för allmänheten, spridning, uthyrning och utlåning samt upptagning, bearbetning eller mångfaldigande av sändningar av evenemanget.²⁴⁹ Utgångspunkten är att förbund eller liknande organ som organiserar en tävling äger de audiovisuella rättigheterna gemensamt med den aktör som arrangerar ett idrottsevenemang.²⁵⁰ Audiovisuella rättigheter relaterade till en specifik del av en tävling, till exempel en fotbollsmatch i Italiens högsta fotbollsserie, Serie A, tillkommer dock enbart det italienska fotbollsförbundet, inte fotbollsklubbarna som arrangerar de specifika matcherna.²⁵¹

En märkbar skillnad gentemot EU-rätten rör skyddet för den första upptagningen av ett idrottsevenemang. Som bekant tillfaller denna rättighet enligt EU-rätten producenten av upptagningen.²⁵² I Italien är ordningen en annan och i stället är det arrangörer av idrottsevenemang som omfattas av rättigheten.²⁵³ Intressant nog innebär den italienska

²⁴⁷ Ferrari s. 65-67.

²⁴⁸ Den närstående rättigheten är baserad på en lag som trädde i kraft den 19 juli 2007, “Diritti televisivi sugli eventi sportivi nazionali: delega per la revisione della disciplina” Legge 19.07.2007 n° 106. Rättigheten har sedan implementerats genom bland annat dekret ”Sport e diritti audiovisivi” Decreto legislativo 09.01.2008, n.9 (sport-dekretet).

²⁴⁹ Artikel 2 sport-dekretet.

²⁵⁰ Artikel 3 sport-dekretet. I ett svenskt sammanhang skulle det till exempel innebära att Svenska Fotbollsförbundet (den aktör som organiserar Allsvenskan) äger rättigheterna tillsammans med de allsvenska fotbollsklubbarna (arrangörer av fotbollsmatcherna).

²⁵¹ Se artikel 4 sport-dekretet.

²⁵² Se ovan avsnitt 3.2.2.

²⁵³ Artikel 4(6) sport-dekretet.

lösningen därför att arrangörer av idrottsevenemang kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd över den första upptagningen av ett evenemang, även om arrangören inte har skapat eller producerat upptagningen.²⁵⁴ Lösningen har emellertid mötts av skepsis beträffande dess faktiska effekt. Det låga antalet tvister som inletts i italiensk domstol indikerar nämligen att de aktörer som har störst intresse av att förhindra otillåten spridning av upptagningar av idrottsevenemang är aktörer som redan åtnjuter ett starkt kontraktuellt och upphovsrättsligt skydd. Eftersom dessa aktörer i regel också innehar licenserna till de audiovisuella rättigheterna saknar arrangörer av evenemangen – vilka de italienska lagändringarna primärt avser att skydda – incitament till att intervensera i eventuella tvister.²⁵⁵

²⁵⁴ Margoni s. 413.

²⁵⁵ A.a. s. 414.

4 Upphovsrättens hanterande av okonventionella alster

4.1 Hör idrott hemma i upphovsrätten?

EU-domstolens argument att idrottsevenemang inte lämnar tillräckligt stort utrymme åt kreativa prestationer för att evenemangen skall betraktas som verk är intressant utifrån flera olika aspekter. En av dessa aspekter, nämligen att element i exempelvis fotbollsmatcher mycket väl kan anses ge uttryck för fria och kreativa val, har undersökts i föregående kapitel.²⁵⁶ I detta kapitel avser undertecknad i stället att analysera EUD:s argument utifrån ett bredare perspektiv där en jämförelse görs med skyddet för andra fysiska aktiviteter, närmare bestämt cirkus och trolleritrick. Hur upphovsrätten i EU förhåller sig till sådana aktiviteter kan ge oss en bättre förståelse för om EUD:s resonemang i *FAPL* verkligen är till nackdel för idrottsarrangörer och idrottsutövare eller om effektivt skydd kan ges även utanför det upphovsrättsliga regelverket. Vidare kan en analys av upphovsrättens hanterande av andra fysiska och kreativa aktiviteter ge en indikation på om det finns dolda faktorer i EU:s verksbegrepp som sällar bort alster som formellt sett uppfyller kraven för att ses som verk.

4.2 Förhållandet mellan upphovsrätt och konstnärlighet

Som bekant måste en skapelse vara originell och kunna identifieras med tillräcklig precision och objektivitet för att den skall skyddas av upphovsrätt inom EU, vilket idrottsevenemang inte har ansetts göra enligt EUD.²⁵⁷ Utifrån ett strikt lagtekniskt perspektiv skall därför skillnaden mellan olika sorters alster inte ha någon praktisk betydelse så länge kraven på originalitet, konkretion och objektivitet är uppfyllda. Men i verkligheten är så inte fallet. I stället finns det grundläggande skillnader mellan olika typer av alster, vilka grundar sig på att de upplevs och förstås på olika sätt.²⁵⁸

Var denna logik härstammar från blir tydligt vid en jämförelse mellan det konstnärliga och juridiska sättet att förstå verksbegreppet. Precis som i juridiken gör man inom litteratur, konst och musik skillnad mellan skapelser som är konstverk och icke-konstverk. En vacker solnedgång betraktas till exempel inte som ett konstverk eftersom den inte är skapad av människor. Verksbegreppet anses dock också vara beroende av något som går utöver detta

²⁵⁶ Se ovan avsnitt 3.1.1.1.

²⁵⁷ Se ovan avsnitt 3.1.1.

²⁵⁸ Vyrje s. 149.

krav på människoskapande. Precis som EUD konstaterade i *Infopaq* i fråga om upphovsrättsliga verk, måste ett alster för att betraktas som ett verk i konstnärlig mening dessutom uttrycka något individuellt och kreativt, något som kan väcka en särskild sorts upplevelse.²⁵⁹ Att det föreligger ett sådant samband mellan traditionell konst och upphovsrätt är ingen tillfällighet. När upphovsrätten växte fram som en ny juridisk disciplin i Europa på 1800-talet grundades det på den konstuppfattning som då var dominerande i det europeiska kulturlivet, nämligen romantiken. Det var därför inte längre tillräckligt att konstverket var välgjort; verket ansågs även behöva ge uttryck för något individuellt och kreativt och på så vis kunna härledas till sin skapare.²⁶⁰

Frågan är var idrott kan placeras i denna dikotomi mellan sådant som anses vara tillräckligt ”fint” och konstnärligt för att omfattas av upphovsrätt och sådant som inte är det. Idag har stora delar av idrotten kommersialiserats till den grad att inte bara arrangörer utan också utövare kan tjäna stora summor pengar med hjälp av den stora mediebevakningen av många idrottsevenemang.²⁶¹ Så har dock inte alltid varit fallet. I det antika Grekland ansågs de olympiska spelen ha en stor kulturell betydelse för samhället och symbolisera något mer än en fysisk tävling mellan idrottare. Idrottarna tävlade nämligen inte bara mot varandra utan också mot exempelvis poeter och musiker och i tider av krig utlystes det ofta vapenvilor för att deltagare säkert skulle kunna sig till och från tävlingarna. De olympiska spelen sågs därför som ett viktigt bidrag till utveckling och meningsutbyten i områden som filosofi, konst, politik och ekonomi.²⁶² Det är viktigt att ha i åtanke att dessa kommersiella och kulturella aspekter av idrotten inte behöver ställas mot varandra, i vart fall inte ur ett teoretiskt perspektiv. Precis som EUD yttrade i *FAPL* har idrotten nämligen en unik karaktär där den inte bara korar vinnare utan också har viktiga sociala och pedagogiska funktioner.²⁶³ Principiellt finns det därför inte heller några hinder mot att ett idrottsevenemang bibehåller sitt kommersiella värde samtidigt som det också utgör en plattform för konstnärliga och intellektuella prestationer.²⁶⁴

²⁵⁹ A.st.

²⁶⁰ A.a. s. 149 f.

²⁶¹ Se Abromson s. 574 f.

²⁶² A.a. s. 573; Elam p. 48.

²⁶³ De förenade målen C-403/08 och C-429/08 *Football Association Premier League* m.fl p. 100-101.

²⁶⁴ Elam p. 49-51.

4.2.1 EU-domstolens syn på konstnärlighet

Utöver det tidigare nämnda *FAPL* som berörde idrottsevenemang, har EUD uttalat att inte heller sammanställningar av data kan betraktas som verk i den mån arbetsinsatsen präglas av tekniska överväganden, regler eller krav som inte lämnar utrymme för kreativ frihet.²⁶⁵

Samma argument framförs också av EUD i *Cofemel* och *Brompton Bicycle* avseende olika former av brukskonst.²⁶⁶ Just *Cofemel* är av särskilt intresse i detta sammanhang. Den centrala frågan i rättsfallet var huruvida brukskonst, i detta fall kläder, kan ges upphovsrättsligt skydd endast under förutsättning att de har en förhöjd konstnärlig karaktär som går utöver vad som normalt krävs för andra kategorier av verk. I detta avseende anförde både EUD och generaladvokat Szpunar att bruksverk inte behöver ha en förhöjd konstnärlig karaktär utan att det är tillräckligt att tillämpa det allmänna originalitetskravet.²⁶⁷ Vid en första anblick och med beaktande av hur viktig harmoniseringen av EU-rätten är, är denna slutsats inte särskilt anmärkningsvärd.

Vad som är mer intressant framgår först vid en närmare läsning av framför allt generaladvokat Szpunars resonemang.²⁶⁸ I sitt förslag till avgörande framförde Szpunar att: ”... egenskaper såsom den ”särskilda sammansättning som baseras på former, färger, ord och siffror”, ”färgkombinationen”, ”fickornas placering på magen” ..., vilka är egenskaper som *Cofemel* har anklagats för att ha kopierat, måste betraktas som idéer ..., eller till och med som funktionella lösningar, som inte ska omfattas av upphovsrättsligt skydd.”²⁶⁹ Varifrån denna ”regel” kommer är dock oklart och det förefaller som att EUD inte har fört liknande resonemang i fall som rör andra verkstyper. Som exempel nämner Kur *Renckhoff*-avgörandet där ett fotografi av delar av staden Cordoba stod i centrum.²⁷⁰ Fotot visade bland annat den romerska bron och en vy över den kände moskén Córdoba Mezquita och var i grund och botten inte ett särskilt spektakulärt foto. Trots att samma vy dagligen registreras av ett mycket stort antal kameror och telefoner förhindrade detta inte EU-domstolen från att dra slutsatsen att det aktuella fotot var ett resultat av fotografens kreativa val. Enligt Kur kan det dock ifrågasättas varför logiken i Szpunars resonemang enbart bör anses gälla för bruksverk och

²⁶⁵ Mål C-604/10 *Football Dataco* m.fl. p. 39.

²⁶⁶ Mål C-683/17 *Cofemel* p. 31; mål C-833/18 *Brompton Bicycle* p. 22-24.

²⁶⁷ Mål C-683/17 p. 54-56; generaladvokat Szpunars förslag till avgörande i samma mål p. 57.

²⁶⁸ EUD höll med generaladvokat Szpunar på samtliga centrala punkter men generaladvokatens resonemang var i många avseenden mer utförliga.

²⁶⁹ Generaladvokat Szpunars förslag till avgörande p. 60.

²⁷⁰ Mål C-161/17 *Renckhoff*.

inte klassiska fotografiska verk.²⁷¹ Hade samma krav ställts på fotografiet i *Renckhoff* kan det nämligen argumenteras att det inte hade betraktats som ett verk överhuvudtaget eftersom fotografiet inte skiljer sig särskilt mycket från den faktiska vyn över staden Cordoba. Att göra så vore emellertid motsägelsefullt och ologiskt när detta inte på något vis utesluter att det specifika fotot är ett resultat av kreativa överväganden av fotografen.²⁷²

För att motivera skyddet av verk av brukskonst framhöll generaladvokat Szpunar vidare att ”vissa brukskonstföremål uppvisar en hög grad av originalitet” och att ”Haute couture-artiklar [i klädbranschen] är lika mycket konstverk som klädesplagg, om inte mer”.²⁷³ I litteraturen har uttalandet tolkats som att i den mån ett alster anses vara av mer konstnärlig natur skall detta beaktas i bedömningen om upphovsrättsligt skydd skall beviljas eller ej. Denna logik kan dock inte anses vara annat än unik i upphovsrätten och det går knappast att hitta något liknande vad gäller andra former av verk. Huruvida ett fotografiskt verk skall uppfattas som en målning är till exempel inte en omständighet som motiverar upphovsrättsligt skydd.²⁷⁴

Även om såväl generaladvokat Szpunar som EUD alltså fastslog i *Cofemel* att samma originalitetskrav skall gälla för alla typer av alster, oavsett hur traditionella de anses vara, verkar de också ha varit måna om att upphovsrättsligt skydd inte skall beviljas för lättvindigt. För bruksverk, en verksform som inte betraktas som särskilt traditionell inom upphovsrätten, förefaller det som att avgörandet i *Cofemel* medför ett ytterligare, om än dolt, krav som måste uppfyllas för att upphovsrättsligt skydd skall uppstå. Den rimliga slutsatsen av generaladvokat Szpunars resonemang är nämligen att ett bruksverk ger uttryck för personlig kreativitet endast i den mån det uppvisar klart märkbara skillnader i förhållande till det prototypiska utseendet av det aktuella alstret.²⁷⁵ Det finns således en diskrepans mellan vad generaladvokat Szpunar och EUD uttrycker formellt sett och de normer som de i realiteten anser bör tillämpas.²⁷⁶

Precis som brukskonst är idrottsevenemang något som normalt inte brukar förknippas med upphovsrätt. Av intresse för denna uppsats är om den diskrepans som beskrivs ovan inte bara kan utläsas från *Cofemel* utan om resonemangen därifrån också ger uttryck för en generell skepsis mot att ge upphovsrättsligt skydd till fysiska aktiviteter. Eller är det helt enkelt så att sådana aktiviteter faktiskt inte hör hemma inom upphovsrätten? Om detta handlar nästa avsnitt.

²⁷¹ Se Kur s. 293.

²⁷² Se a.st.

²⁷³ Generaladvokat Szpunars förslag till avgörande i mål C-683/17 *Cofemel* p. 4.

²⁷⁴ Güven s. 221.

²⁷⁵ I *Cofemel*: jeans och en t-shirt.

²⁷⁶ Kur s. 293 f.

4.3 Upphovsrättens ”negativa utrymmen”

Begreppet ”negativt utrymme” inom upphovsrätten, och immaterialrätten i stort, tar sikte på områden där kreativitet och innovation utvecklas trots svagt eller inget upphovsrättsligt skydd.²⁷⁷ Under senare år har de negativa utrymmena fått en allt större ekonomisk och social roll i samhället. I musikbranschen, en bransch som traditionellt sett förknippas med starkt immaterialrättsligt skydd, har det exempelvis experimenterats med affärsmodeller byggda på frivilla betalningssystem i hopp om att detta skall ge nya lyssnare. Samtidigt har upphovsrättens negativa utrymmen också stått i centrum för debatter om hur det upphovsrättsliga regelverket bör utformas på områden som tidigare inte har varit föremål för lagstiftning. EU:s införande av en specifik rättighet för databaser och diskussionen om vilka för- och nackdelar denna rättighet medför är ett av flera exempel på detta.²⁷⁸

Det ökade intresset för det negativa upphovsrättsliga utrymmet kan på sätt och vis anses utgöra en motvikt till de intressen som vill se en utökning av det rättsliga skyddet för idrottsarrangörer. Trots allt innebär upphovsrätter en ensamrätt på kunskap som annars skulle vara fritt tillgänglig för allmänheten. Denna exklusivitet ökar i sin tur kostnaderna för både innovation och nyttjandet av de resultat som följer med innovation.²⁷⁹ I detta sammanhang kan en analys av områden där skydd för intellektuella prestationer anses föreligga trots frånvaron av lagstiftning bidra till en ökad förståelse för den formella lagstiftningen och dess styrkor och svagheter.²⁸⁰

4.3.1 Cirkus

En aktivitet inom det negativa utrymmet som kan jämföras med idrott är cirkus. Precis som vad som gäller för idrottsevenemang betraktas cirkus i regel inte som något som bör omfattas av upphovsrättsligt skydd inom EU. Detta då cirkustillställningar ofta inte anses ha tillräcklig dramatisk eller konstnärlig utformning.²⁸¹ I ett svenskt rättsfall från 2011 uttalade Hovrätten det som att det är ”tveksamt om t.ex. ett trapetsnummer, även om det skulle innehålla unika akrobatiska moment och vara mycket skickligt utfört, ... [skall] anses ha det konstnärliga

²⁷⁷ Rosenblatt s. 442.

²⁷⁸ A.a. s. 448-450.

²⁷⁹ Se Dreyfuss s. 1438.

²⁸⁰ Se Rosenblatt s. 450.

²⁸¹ Alén-Savikko s. 33.

syfte som motiverar att det är upphovsrättsskyddat”.²⁸² Dock betonade Hovrätten samtidigt att det i nyare former av cirkus ibland kan finnas en handling eller ”röd tråd” där de enskilda numren inte sällan är inordnade handlingen. I dessa fall kan föreställningen därför anses ha ett konstnärligt syfte. Till skillnad från idrottsevenemang är det således inte fråga om spelregler som utgör hinder för att ett upphovsrättsligt verk skall anses föreligga. För cirkusföreställningar är det snarare graden av teknisk skicklighet hos dem som deltar i föreställningen som är den avgörande faktorn. Eftersom den tekniska skickligheten i regel korrelerar med det utrymme som finns för kreativa uttryck, anses mer akrobatiska moment i en cirkus, precis som i idrott, ofta inte ge uttryck för personliga och kreativa insatser. Detta oaktat den tekniska svårigheten i att utföra ett specifikt moment.²⁸³

I en upphovsrättslig kontext kan det emellertid ifrågasättas om cirkus och dess karakteristiska drag inte bör förstås på ett mer nyanserat vis. Faktum är att cirkus är mer än trick och teknisk skicklighet. I praktiken ger cirkus också en möjlighet för individer att förmedla konstnärliga uttryck och element av drama och manus, även om det görs på ett subtilt sätt som kanske inte alltid uppfattas av ett otränat öga. Till exempel går clowneri mer ut på att underhålla åskådarna än att visa prov på teknisk skicklighet.²⁸⁴ Ytterst handlar det om att den kreativitet och personliga prägel som krävs enligt EUD:s praxis i många situationer är svårare att identifiera i cirkusakter än i den traditionella konst som upphovsrätten ursprungligen är anpassad för.²⁸⁵ Förutsatt att upphovsrättsligt skydd är det primära målet kan det därmed argumenteras att originalitetskravet, med dess traditionella innebörd, inte är särskilt välanpassat för att hantera cirkusens särdrag. Samtidigt bör det hållas i åtanke att cirkus i stor utsträckning är baserat på bearbetning av redan tillgänglig kunskap och att upphovsrättsligt skydd skulle ge etablerade aktörer med stora resurser än mer kontroll. Det kan därför invändas att cirkus i själva verket inte bidrar till kreativitet i samhället på ett sätt som rättfärdigar att cirkustillställningar skall omfattas av upphovsrätt.²⁸⁶ Det faktum att cirkusakter ofta bygger på bearbetning innebär vidare att även om akten vore ett verk och de som deltar i akten följaktligen betraktas som utövande konstnärer, skulle den närstående rättighetens reella inverkan vara begränsad. Som bekant omfattar den närstående rättigheten för utövande konstnärer nämligen inte skydd mot

²⁸² Hovrätten för Västra Sverige Dom 2011-12-23, B 4278-10.

²⁸³ Alén-Savikko s. 35 f.

²⁸⁴ A.a. s. 39.

²⁸⁵ Se ovan avsnitt 4.1.

²⁸⁶ Alén-Savikko s. 44.

kopiering och imitationer²⁸⁷, vilket är det skydd konstnärerna i en cirkus hade haft störst nytta av.²⁸⁸

4.3.2 Trollkonstnärer

Även bland trollkonstnärer har innovation kunnat frodas trots frånvaron av upphovsrättsliga lagregler. I flera århundraden har magiker delat och inhämtat idéer sinsemellan på ett sådant sätt att många trick gradvis har kunnat förfinas och förbättras. Även om en trollkonstnär initialt hemlighåller en idé för sig själv, delar han eller hon i regel sedan med sig av hemligheten efter en period. På så vis har ambitiösa trollkonstnärer över tid kunnat hämta inspiration från branschkollegor för att utveckla den egna repertoaren och därmed också bidra till att branschen som helhet fortsätter att utvecklas.²⁸⁹

Vid en första anblick kan det framstå som att detta nära samspel mellan trollkonstnärer reducerar det kreativa bidraget i de trick som utförs. Det är dock viktigt att ha i åtanke att det finns en stor variation i hur inspiration kan hämtas och utnyttjas av trollkonstnärer. En gammal effekt kan åstadkommas genom en ny metod, ett specifikt moment i ett trick kan utföras enklare samt bli svårare att upptäcka för åskådarna och upplägget för hur tricket presenteras kan också förbättras. I detta avseende har magin likheter med vetenskapen där innovation ofta är beroende av tidigare forskning, men kreativitet likväl anses föreligga.²⁹⁰

Utifrån ett upphovsrättsligt perspektiv anses trollkonstnärer inte kunna åtnjuta skydd för hela akter eller för specifika trick. I stället är det normer, vilka inte har kodifierats i bindande rättsakter, som reglerar hur magikers hemligheter, tekniker och presentationer skall hanteras.²⁹¹ Normer om att den första personen som publicerar eller på ett framträdande sätt utför ett trick skall få äran för att ha uppfunnit det eller att omarbetningar av tidigare trick bör erkänna originalet, är exempelvis tänkta att främja både innovation och gemensamt utnyttjande av idéer. Att ett hemligt trick som har delats, publicerats eller sålts i stor omfattning får användas fritt av andra trollkonstnärer, är vidare ett exempel på en norm som är avsedd att bidra till kreativitet.²⁹² Intressant nog ger dessa normer i vissa avseenden ett starkare skydd för trollkonstnärer än vad upphovsrättsliga regler hade gjort. Medan

²⁸⁷ Se ovan avsnitt 3.1.2.

²⁸⁸ Jfr Eidsvold-Tøien s. 144 f.

²⁸⁹ Loshin s. 7.

²⁹⁰ A.a. s. 8.

²⁹¹ A.a. s. 29.

²⁹² A.a. s. 29 f.

upphovsrätten inte hindrar någon från att använda idéer eller metoder som kan härledas till ett skyddat verk, innebär till exempel de normer magiker använder sig av en rätt till att omnämnas och bli erkänd när någon vill dra nytta av tidigare trick.²⁹³ Och även om normerna, till skillnad från vad upphovsrätten skulle kunna erbjuda, inte ger trollkonstnärer en exklusiv rätt att utföra magiska trick så uppmuntrar de i stället magiker till att dela med sig av sina idéer.²⁹⁴

Sådana normsystem har både sina för- och nackdelar. Det kan bland annat framföras att det i regel är billigare och mindre tidskrävande för parter att göra upp inom ramen för de sociala normer som finns än att påbörja en juridisk process i domstol.²⁹⁵ Loshin menar också på att exemplet med trollkonstnärer illustrerar hur normer har en unik förmåga att bidra till kreativitet genom att skapa rättigheter som är särskilt anpassade till en viss bransch.²⁹⁶ Samtidigt är det så att normbaserade system främst tar sikte på att kontrollera handlingar som ses som oönskade inom den aktuella branschen, inte att finansiellt bestraffa den aktör som bryter mot normerna. Det kan därför hävdas att upphovsrätten har ett större och mer kraftfullt tillämpningsområde än de system som är baserade på normer då upphovsrätten omfattar ett större antal aktörer.²⁹⁷

²⁹³ Som exempel kan nämnas att en upphovsrättsligt skyddad ritning av en stol inte förhindrar en person från att bygga en stol med hjälp av samma ritning, se Vyrje s. 151. Detta är ett resultat av det faktum att upphovsrätten enbart skyddar alster som kan identifieras med tillräcklig precision och kan härledas till skaparen, se ovan avsnitt 3.1.1; avsnitt 4.1.

²⁹⁴ Loshin s. 31.

²⁹⁵ Fauchart & von Hippel s. 197.

²⁹⁶ Loshin s. 35.

²⁹⁷ Se Fauchart & von Hippel s. 198.

5 Diskussion

5.1 En EU-rättslig strategi där både balans och logik kan ifrågasättas

Utifrån undersökningen i uppsatsen kan det fastslås att arrangörer av idrottsevenemang åtnjuter ett robust formellt skydd för videoupptagningar och videosändningar. Vad gäller videoupptagningar finns det med beaktande av EUD:s praxis goda förutsättningar för arrangörer av större idrottsevenemang att tillföra en tillräcklig grad av kreativitet för att upptagningarna skall betraktas som filmverk. Detta skydd gäller i 70 år och ger arrangörerna en ensamrätt att bland annat mångfaldiga upptagningarna och göra dem tillgängliga för allmänheten. I den mån en arrangör för ett mindre evenemang inte uppfyller kreativitetskravet kommer arrangören fortfarande åtnjuta ett liknande skydd enligt den närstående rättigheten för filmproducenter. Båda dessa variationer tar sikte på att skydda arrangörernas investeringar och förhindra att ekonomiska förluster uppstår på grund av digital piratverksamhet.

Sådana marknadsmisslyckanden blir särskilt problematiska i fråga om videosändningar eftersom konsumenter främst är intresserade av att betala för tjänster som gör det möjligt för dem att ta del av sändningar i realtid. Om det finns internetplattformar som olovligen erbjuder samma tjänster kostnadsfritt riskerar detta att omfördela intäkter från de som har lagt ned mest resurser vid sändningar av evenemang till aktörer som bedriver olaglig verksamhet. Sådan snyltning av idrottsarrangörers arbete och investeringar måste givetvis motarbetas då den riskerar att undanröja de incitament för investeringar och kreativitet som upphovsrätten bygger på. I linje med detta innehar arrangörer inom EU också en rad exklusiva rättigheter relaterade till själva sändningen av ett evenemang. Det är dock uppenbart att EU-lagstiftaren ansett att detta inte har varit tillräckligt och att strategin har varit att expandera det upphovsrättsliga regelverket. Undersökningen visar nämligen att arrangörer även kan använda sig av blockeringsmekanismer för att stävja intrång, att de har rätt till rättsligt skydd mot kringgåenden av tekniska skyddsåtgärder och att mellanhänder på internet numera har ett strikt ansvar för upphovsrättsliga intrång som sker på deras plattformar.

Utvecklingen kan framför allt rättfärdigas genom klassisk ekonomisk teori där reglerna utgör en del i ett försök att hantera marknadsmisslyckanden, såsom piratverksamhet, i den digitala ekonomin. Investeringar och det i grunden ganska oklara målet ”hög skyddsnivå” förefaller således ha varit drivande faktorer bakom EU:s strategi även på detta område. Att grunda en strategi på ekonomiska överväganden behöver i och för sig inte vara fel. Tvärtom, med hänsyn till hur kommersialiserad idrottsbranschen är idag är det enligt min mening ganska naturligt att detta även får genomslag på utformningen av det upphovsrättsliga

regelverket. Den ventil som EUD öppnade i *FAPL* där domstolen anförde att det är möjligt för medlemsstaterna att införa regler som ger evenemangen ett skydd jämförbart med det som ges för verk är ett bra exempel på detta. Problem uppstår dock när upphovsrätten expanderar i en sådan utsträckning att balansen mellan arrangörernas exklusiva rättigheter och det allmännas intressen rubbas. Det faktum att blockeringsmekanismer och åtgärder som tillämpas med stöd av DSM-direktivets regler kan användas för att ta ned lagliga citeringar, parodier eller nyhetsrapporteringar bland supportrar och skribenter illustrerar tydligt denna problematik.²⁹⁸ Detta kan dessutom ske trots att dessa konsumenter överhuvudtaget inte är ute efter att skada arrangörernas ekonomiska intressen, vilket ju är det reglerna ämnar skydda. Effekten av sådana åtgärder riskerar därför, paradoxalt nog, att resultera i ett marknadsmisslyckande i sig. För varken EU eller arrangörerna själva har visat hur ett ökat utnyttjande av skyddsåtgärder på internet skall mynna ut i mer innovation och mer kvalitativ produktion av sändningar av idrottsevenemang. Detta är nämligen den underliggande tanken med ekonomisk teori i en upphovsrättslig kontext; även konsumenterna och samhället i övrigt skall ju ha nytta av upphovsrätten. Det ter sig därför som att utvidgningen av idrottsarrangörers skydd för videosändningar av idrottsevenemang inte bara ger upphov till frågor om balans mellan rättighetshavare och konsumenter utan också är inkonsekvent med det teoretiska tankesätt som drev utvecklingen från första början.

Utöver de formella EU-regler som nämns ovan har arrangörer av idrottsevenemang även en fastighetsrättsligt baserad möjlighet att bestämma villkoren som skall gälla för tillträdet till ett specifikt idrottsevenemang. Villkoren kan exempelvis stipulera att åskådare inte får filma evenemang och sprida upptagningarna på sociala medier. Den stora svagheten med denna avtalsrättsliga möjlighet är dock att den är just avtalsrättslig. Villkoren kan därför inte göras gällande mot de aktörer som kan orsaka störst ekonomisk skada, nämligen mellanhänder som kontrollerar digitala streamingplattformar eller andra aktörer som inte har ingått avtal med idrottsarrangören. I dagsläget är det följaktligen de formella upphovsrättsliga reglerna i EU:s olika direktiv som ger arrangörer de mest effektiva verktygen för att förhindra upphovsrättsliga intrång i fråga om upptagningar och sändningar av evenemang.

Huruvida dessa regler tillsammans formar ett rättsligt utrymme som kan anses vara välavvägt är givetvis en fråga där svaret kommer variera beroende på vem som tillfrågas. Att arrangörer av idrottsevenemang kräver ett mer omfattande upphovsrättsligt skydd står klart, men det behöver inte heller betyda att EU:s upphovsrättsliga regler inte tar hänsyn till denna

²⁹⁸ Se artiklarna 5.3(c-d) Infosoc-direktivet.

grupps intressen. Vid en analys av hur regelverket faktiskt ser ut och hur upphovsrätten kan placeras i en kapitalistisk kontext där intressenter prioriterar ekonomisk vinst högst av allt, är det förmodligen mer troligt att det rättsliga skyddet har nått en punkt där det inte längre bör utvidgas. Detta är inte att påstå att idrottsarrangörer inte möts av utmaningar i den digitala ekonomin eller att snyltning av deras investeringar inte existerar. Vad det däremot ger uttryck för är ett ifrågasättande om det verkligen behövs fler lagregler på området. Det är nämligen viktigt att ha i åtanke att olagliga sändningsplattformar fortsätter att omsätta stora summor pengar²⁹⁹, trots införandet av exempelvis DSM-direktivet och att det har riktats välgrundad kritik mot att reglerna inskränker på andra rättigheter inom EU-rätten. EU befinner sig således i en position där det kan argumenteras för att det stora orosmolnet inte längre är om arrangörers ekonomiska intressen skyddas i en tillräcklig grad utan snarare om dessa intressen har fått ett allt för stort inflytande på lagstiftningen.

5.2 Nya tankesätt behövs för att göra det rättsliga utrymmet mer balanserat

En central aspekt av det ekonomiska synsätt som genomsyrar EU:s strategi på området, men som lätt kan glömmas bort i skuggan av det stora fokus som läggs på arrangörers rättigheter, är de olika samhällseliga intressen som upphovsrätten är tänkt att främja. I en tid där det kan konstateras att utvecklingen i EU går mot en utökning av idrottsarrangörers rättigheter och möjligheter att beivra upphovsrättsintrång på internet, blir denna aspekt särskilt viktig.

Att konstatera och erkänna existensen av denna problematik är i och för sig en viktig insikt och utgör också grunden för att en nyanserad diskussion om det upphovsrättsliga utrymmet för arrangörer skall kunna föras. I en uppsats som är tänkt att vara pragmatisk och konstruktiv är det dock av större intresse att diskutera normativa frågor om hur EU bör agera i framtiden. Som beskrivs i uppsatsen kantas den upphovsrättsliga diskursen i detta avseende av motsättningar där skepsis mot upphovsrättslig expansion har mötts av förespråkande av tekniska åtgärder, vilka är tänkta att återskapa den balans som har förlorats i den digitala ekonomin.³⁰⁰ Det kan dock ifrågasättas hur dynamisk och balanserad upphovsrätten kan bli ens i teorin med två så pass motstående synsätt. Att upphovsrätten i någon mån behöver anpassas till den digitala ekonomin bör visserligen vara ganska självklart. Utifrån denna

²⁹⁹ Se ovan avsnitt 1.1.2.

³⁰⁰ Se ovan avsnitt 2.2.1; avsnitt 2.2.2.

uppsats bör det emellertid samtidigt vara tydligt för en läsare hur de tekniska mekanismer som idrottsarrangörer har till sitt förfogande även riskerar att åsidosätta viktiga allmänintressen. Men längre än så verkar det vara svårt att komma i balansgången. Att konstatera att det behöver råda balans inom upphovsrätten är en sak, men att ta det ett steg längre och på ett övertygande sätt förklara hur balansen faktiskt skall uppnås i praktiken är betydligt svårare. När det exempelvis gäller arrangörers möjligheter att vidta rättsliga åtgärder visar undersökningen att även EUD har problem med att hitta en sammanhängande strategi där upphovsrätten balanseras med grundläggande intressen som informations- och näringsfrihet.

Den knäckfråga som uppkommer i sammanhanget är därmed om det finns alternativ till de tankesätt som nämns ovan. Som förslag framför Oker-Blom att ”man inte i första hand borde utgå från själva rättigheten eller skyddet, utan från affärsmodellen, dvs närmast intjäningen”.³⁰¹ Detta grundar han på att starkt upphovsrättsligt skydd visserligen kan generera goda intäkter till en början, men att det på längre sikt kan hämma intjäningen. För att företag skall fortsätta tjäna pengar över tid måste de därför kontinuerligt satsa på produkt- och serviceutveckling.³⁰²

Vad gäller idrottsarrangörers affärsmodeller har dessa successivt utvecklats och anpassats för att möta konsumenternas förväntningar och behov i den digitala miljön. Bland annat har publiktävlingar och olika interaktioner med spelare blivit allt vanligare inslag i produktionen av sändningar av idrottsevenemang. I kombination med att allt fler aktörer försöker etablera sig i branschen, vilket har lett till ökad konkurrens, har den generella kvaliteten på sändningar av idrottsevenemang därför blivit allt bättre.³⁰³ Samtidigt har resonemang om arrangörernas affärsmodeller fått ett förhållandevis litet utrymme i den nu aktuella debatten om det upphovsrättsliga skyddet för idrottsevenemang och idrottsarrangörer.³⁰⁴ Utifrån Oke-Bloms ekonomiska tankesätt, där en affärsidés livscykel kan sägas bestå av olika faser, verkar det som att idrottsarrangörer idag befinner sig i en nedgångsfas där det inte längre satsas lika mycket på att utveckla idrottssändningarna.³⁰⁵ För deras del verkar det i stället vara mer intressant med en utvidgning av det upphovsrättsliga regelverket i EU. I ett ”idrottskapitalistiskt” hänseende är detta inte heller särskilt förvånande. Eftersom idrottsarrangörernas fokus ligger på att maximera den ekonomiska vinsten är det givetvis mer

³⁰¹ Oker-Blom s. 26.

³⁰² A.st.

³⁰³ Se Yu & Zhou s. 3.

³⁰⁴ I till exempel Europaparlamentets resolution av den 19 maj 2021, i not 6 a.a., nämns begreppet ”business models” endast vid ett tillfälle.

³⁰⁵ Oker-Blom s. 26.

fördelaktigt för dem att vända sig till EU och kräva att förändringar sker i lagstiftningen, snarare än i deras egna affärsmodeller. Detta spås dessutom på av det faktum att stora intäkter går förlorade varje år till följd av de piratsändningar som görs tillgängliga på digitala plattformar.

Det kan således återigen argumenteras för att det föreligger ett marknadsmisslyckande som upphovsrätten i EU har som uppgift att korrigera. Incitamenten till att utveckla affärsmodeller har nämligen försvagats samtidigt som en betydande andel av idrottsarrangörernas investeringar går förlorade. Att finna något teoretiskt stöd för att, likt idrottsarrangörer och EU, förlita sig på upphovsrättslig expansion när detta inte hittills inte har gett några större ekonomiska resultat, är emellertid svårt. Även om det i framtiden skulle visa sig att de förhållandevis nya reglerna i DSM-direktivet är effektiva mot piratsändningar av idrottsevenemang, kommer det fortfarande vara oklart hur dessa regler kan rättfärdigas ens med hjälp av ekonomisk teori. Så som det förklaras i uppsatsen är upphovsrättens roll enligt ekonomisk teori nämligen inte bara att värna om idrottsarrangörernas ekonomiska intressen utan också att främja allmänintressen.

Ett större fokus på idrottsarrangörernas affärsmodeller skulle kunna vara en lösning som inte ger upphov till lika stora problem beträffande intressen som exempelvis informations- och näringsfrihet. I detta avseende har uppsatsen visat att det också har höjts röster för att idrottsarrangörer bör fokusera mer på att utveckla och förbättra konsumentupplevelsen för användarna. Rent konkret kan det exempelvis handla om att implementera funktioner som gör det möjligt för användare att föra diskussioner om vad som sker under idrottsevenemang i realtid. Detta är en funktion som intressant nog är vanligt förekommande på digitala plattformar där piratsändningar görs tillgängliga medan lagliga streamingtjänster sällan erbjuder sådana funktioner. En annan åtgärd skulle kunna vara att lagliga internetplattformar som sänder idrottsevenemang kombinerar idrottssändningar med ett större utbud av exempelvis filmer. Eftersom både idrottssändningar och filmer har sina stora värden i att de underhåller tittaren har det i litteraturen hävdats att konsumenter som primärt är intresserade av filmer även kommer välja att ta del av idrottssändningar. Tanken är då att fler konsumenter kommer betala för att se på lagliga idrottssändningar.³⁰⁶ Huruvida så faktiskt är fallet faller utanför ramen för denna framställning. Däremot visar det ovan sagda att det kan finnas fog för

³⁰⁶ För mer djupgående resonemang om hur digitala affärsmodeller kan anpassas för att få fler konsumenter att betala för att ta del av idrottssändningar, se Sun & Zhang, *What Motivates People to Pay for Online Sports Streaming?*.

att arrangörerna själva bör anpassa sig i större utsträckning till den tekniska utvecklingen och att detta ansvar inte enbart bör ligga hos EU som lagstiftare.

5.3 Idrott som verk – en fin men svårmotiverad tanke

I fråga om möjligheten att betrakta idrottsevenemang eller element i evenemang som verk har det konstaterats att EU-domstolens argument att idrotter som fotboll, vilka påstås styras av spelregler som inte lämnar utrymme för fria och kreativa val, inte är särskilt övertygande. Som uppsatsen illustrerar är dessa regler nämligen inte alls så avancerade som EU-domstolen försöker ge sken av och i många fotbollsmatcher kan det mycket väl uppstå situationer där spelare ger uttryck för både kreativitet och personlighet. Utifrån Lockes och Hegels teorier, där upphovsrätten är tänkt att belöna arbete eller främja individers vilja och personlighet, finns det som utgångspunkt därför inget skäl att göra skillnad mellan sådana fysiska prestationer och målningar av konstnärer.

Det finns dock andra starkare argument som kan framföras mot idén om att moment i idrottsevenemang skall ses som verk. I linje med Nozicks resonemang om Lockes förvärvsvillkor för egendom finns det en risk att allmänhetens situation försämras om idrottare blir skapare av upphovsrättsligt material när de tävlar. Det skulle till exempel innebära att åskådare gör sig skyldiga till upphovsrättsintrång om de olovligen filmar en sekvens i en fotbollsmatch som uppfyller kraven för att betraktas som verk. I detta sammanhang framför Bently visserligen en intressant poäng i sitt föredrag. Följden av att upphovsrätten inte skyddar idéer är nämligen att idrottsutövare sällan kommer hamna i en position där deras utföranden utgör intrång i tidigare rörelser från andra utövare. Om fotbollsspelare genom att hämta inspiration från andra lag utför ett kombinationsspel kommer detta således inte utgöra upphovsrättsintrång i liknande spelkombinationer som utförts tidigare. Detta då det senare kombinationsspelet i praktiken inte kommer kunna ses som en form av återanvändning av ett tidigare verk (kombinationsspel).³⁰⁷ Men även i en sådan ordning, där skyddet konstrueras som en närstående rättighet, kommer åskådares upptagningar av de kreativa prestationer som utförs under idrottsevenemang fortfarande utgöra upphovsrättsintrång. Detta klingar inte särskilt väl med idrottens sociala och

³⁰⁷ Detta följer av antalet faktorer i en fotbollsmatch som spelarna i det aktuella scenariot inte kan styra över men som har en avgörande inverkan på utformningen av det specifika kombinationsspelet. Bland dessa faktorer kan nämnas planens skick, motståndarnas skicklighet och domarbeslut.

pedagogiska värden. Det får dessutom sägas vara oförenligt med den tolkning av Lockes teori som menar att upphovsrätten skall belöna den sociala nytta som arbete genererar och Nozicks tankesätt där allmänhetens situation inte får försämrats när en individ förvärvar intellektuell egendom.

Vidare innebär systematiken i Bentlys resonemang att det är idrottsutövarna som blir rättighetshavare, inte idrottsarrangörerna. Mot bakgrund av att det är idrottsarrangörerna som har lidit störst ekonomisk i den digitala ekonomin och är drivande i diskussionen om att utvidga det upphovsrättsliga regelverket kan det ifrågasättas hur detta synsätt egentligen skall rättfärdigas. Utifrån Hegels teori har Abromson i och för sig helt rätt i att exempelvis målgester ger uttryck för idrottsutövares karisma och personlighet och att detta kan rättfärdiga upphovsrättsligt skydd. Men om detta skall förankras i hur saker och ting fungerar i praktiken kan man fråga sig hur många utövare som faktiskt skulle ha intresse av att stämma motståndare för att de använder samma målgest. Att agera på det sättet skulle av många åskådare förmodligen betraktas som ganska löjligt och därför ha fler negativa än positiva konsekvenser för den utövare som var först med målgesten.

Det lagstiftaren i Portugal och Frankrike har gjort i stället är att rättfärdiga den närstående rättigheten till det som utspelar sig på idrottsevenemang med hjälp av ekonomiska argument. I dessa länder är det därför idrottsarrangören och inte utövarna som är rättighetshavare. Teoretiskt sett får denna linje även anses stå närmare den problematik som beskrivs i uppsatsens inledande kapitel. Vad den praktiska skillnaden blir i förhållande till Bentlys och Abromsons tankesätt är dock inte helt självklart. Precis som i det nyss nämnda exemplet skulle nog många även uppfatta det som uppseendeväckande om en arrangör stämmer idrottsutövare för kopiering av en tidigare utförd prestation, vare sig den tidigare prestationen är ett verk eller inte.³⁰⁸ Det vore också ologiskt utifrån syftet med rättigheten, så som det beskrivs i Portugal och Frankrike, och det faktum att det är piratsändningar på internet, inte idrottsutövare som utgör det stora hotet mot arrangörers ekonomiska intressen. Inte heller de åskådare som är på plats på evenemangen och som gör sig skyldiga till intrång i arrangörens närstående rättighet kan påstås vara en grupp som skadar dessa intressen i någon större utsträckning. Detta innebär dessutom att upplägg där jurister och skiljemän är tänkta att avgöra upphovsrättsliga tvister på plats kommer ha en tämligen begränsad effekt. Det nyss anförda talar nämligen för att de tvister som uppstår på de aktuella arenorna och som kan

³⁰⁸ Utifrån systematiken i Portugals *direito ao espectáculo* finns det inga rättsliga hinder mot att en sådan situation uppstår.

lösas av dessa jurister och skiljemän kommer vara få till antalet.³⁰⁹ Vare sig grunden för att ge upphovsrättsligt skydd för specifika element i idrottsevenemang är främjande av nedlagt arbete, personlighet eller finansiella investeringar förblir det således oklart hur skyddet skall lösa problem i praktiken, och inte bara i teorin.

I grund och botten är det nog trots allt så att det inte föreligger något större reellt behov av att skydda element i idrottsevenemang med upphovsrätt. Även om EUD:s resonemang i *FAPL* och *Cofemel* leder oss till slutsatsen att domstolen är beredd att beakta andra aspekter än de som framgår av domstolens eget originalitetskrav, innebär detta inte per automatik att slutsatsen som sådan blir orimlig. I fråga om brukskonst och andra okonventionella alster kan det förvisso vara problematiskt om det uppställs högre krav för att dessa alster skall ses som verk. För de företag som till exempel designar och tillverkar kläder finns det nämligen ett stort kommersiellt värde i att försöka få en specifik klädmodell att omfattas av upphovsrätt. Framför allt öppnar detta upp för möjligheten att stämma andra aktörer som genererar intäkter genom att kopiera upphovsrättsligt skyddade klädmodeller.

Liknande incitament är emellertid svåra att finna hos idrottsutövare. Precis som uppsatsens fjärde kapitel belyser finns det flera exempel på fysiska aktiviteter där kreativiteten bland utövarna fortsätter att utvecklas trots frånvaron av upphovsrättsliga regler. Undertecknad har svårt att finna goda argument som talar för att så inte är fallet även för idrottsevenemang. I likhet med cirkus är mycket av det som sker under exempelvis en fotbollsmatch, bearbetningar av tidigare utföranden och att komplicera idrottsupplevelsen med att införa upphovsrättsliga ensamrätter är det nog få inblandade som har intresse av. Att bli omnämnd och erkänd när någon drar nytta av ett tidigare utförande får också sägas vara relativt vanligt i populära idrotter som fotboll och basket, trots att detta inte finns stipulerat i någon norm på samma sätt som i trolleribranschen. Utföranden som påminner om Johan Cruyffs 180-graders pivot från fotbolls-VM 1974 eller Kareem Abdul-Jabbars *skyhook* förknippas till exempel än idag med dessa idrottare. I den mån en idrottare utför något kreativt och spektakulärt under ett stort idrottsevenemang kommer idrottaren i många fall således få ett sådant erkännande som denne förtjänar enligt Hegels teori. I de fall en idrottsutövare upplever att så inte är fallet, är det dock fortfarande svårt att hävda att kreativiteten inom idrotten kommer hämmas eller att utövarns eller arrangörers ekonomiska intressen kommer påverkas negativt av avsaknaden av upphovsrättsligt skydd.

³⁰⁹ Detta skulle för övrigt ha likheter med den tidigare beskrivna situationen i Italien där lagstiftningen inte anses vara anpassad till verkliga förhållanden och därför inte heller utnyttjas av lagstiftningens intressenter så som det är tänkt, se ovan avsnitt 3.4.2.

6 Slutsatser och avslutande reflektioner

Ett av syftena med uppsatsen var att utreda huruvida det EU-rättsliga skyddet för idrottsevenemang och idrottsarrangörer kan anses vara välavvägt. Det har i detta avseende konstaterats att den upphovsrättsliga lagstiftningen i EU ger ett starkt skydd för idrottsarrangörer när det gäller videoupptagningar och videosändningar av idrottsevenemang. Detta skydd stärks dessutom ytterligare av reglerna i DSM-direktivet, vilka i praktiken ger mellanhänder ett strikt ansvar för olovliga vidareändringar av idrottsevenemang som görs tillgängliga på deras digitala plattformar. Därutöver kan arrangörer också genom avtal erhålla skydd mot att åskådare olovligen filmar evenemang och gör innehållet tillgängligt på internet. När det gäller idrottsevenemangen som sådana har EU-domstolen varit tydlig med att evenemangen, eller element i dessa evenemang, inte kan betraktas som verk. I länder som Frankrike, Portugal och Italien har detta dock inte hindrat lagstiftare och domstolar från att ge idrottsarrangörer rättigheter som är mer långtgående än de närstående rättigheterna för utövande konstnärer och filmproducenter som följer av EU-rätten. Svaret på frågeställning (i) är följaktligen att utrymmet för idrottsarrangörer att erhålla upphovsrättsligt skydd för videoupptagningar och videosändningar är stort, men att det i princip är obefintligt när det gäller idrottsevenemang som sådana. Det skall dock betonas att EU-domstolen inte har tagit ställning i frågan mer än i *FAPL*. Mot bakgrund av EUD:s syn på förhållandet mellan upphovsrätt och konstnärlighet skulle svaret därför kunna bli annorlunda om den fysiska aktiviteten inte är fotboll som i *FAPL*, utan något som ses betraktas som ”finare” och mer konstnärligt.

Frågan är då om det nyss beskrivna utrymmet kan anses vara välavvägt och om frågeställning (ii) därmed kan besvaras jakande. En stor del av de upphovsrättsliga regler som är till förmån för idrottsarrangörer har ett ekonomiskt syfte, vilket ofta beskrivs som att reglerna skall skydda finansiella investeringar. Detta följer logiken i ekonomisk teori där idrottsarrangörers ekonomiska intressen skall skyddas av ett starkt upphovsrättsligt skydd som är tänkt att ge stora samhällsfördelar. Mycket riktigt får DSM-direktivet, reglerna om blockeringsmekanismer och skyddet mot kringgåenden av tekniska skyddsåtgärder även sägas utgöra ett på pappret starkt upphovsrättsligt regelverk. Problemet är att EU förefaller ha åsidosatt de samhällseliga och allmännyttiga aspekter som också är helt centrala i ekonomisk teori. Uppsatsen har nämligen illustrerat hur intressen som informations- och näringsfrihet har fått ge vika för en expansiv upphovsrättslig strategi vars effektivitet fortfarande kan ifrågasättas. Några större ekonomiska vinster för arrangörer har inte kunnat påvisas i detta

sammanhang och det finns inte heller tecken på att konsumenters utnyttjande av digitala piratsändningar är på väg att avta. Vad gäller videoupptagningar och videosändningar anser undertecknad följaktligen att det rättsliga utrymmet inte är välavvägt enligt traditionell ekonomisk teori.

För de prestationer som utförs under idrottsevenemang har uppsatsen visat att det med beaktande av EU-domstolens originalitetskrav inte föreligger några egentliga hinder mot att många av dessa prestationer omfattas av upphovsrättsligt skydd. Trots detta har EU-domstolen bestämt fastslagit att idrottsevenemang inte är verk då de styrs av regler som inte lämnar utrymme åt fria och kreativa val. Detta kan tyckas märkligt och motsägelsefullt, men att skydda sådana prestationer, vare sig det är med upphovsrätt eller närstående rättigheter, är svårt att rättfärdiga utifrån teoretiska perspektiv. I det lockeanska tankesättet är det framför allt problematiskt att ett sådant skydd skulle innebära att åskådare inte längre kan ta fotografier av stora idrottsstjärnor utan att göra sig skyldiga till upphovsrättsintrång. Inom ramen för Hegels teori uppstår en annan problematik; idrottsutövare kan nämligen ge uttryck för sin personlighet och uppnå erkännande även utan upphovsrättsliga regler. Detta i kombination med att arrangörer redan åtnjuter ett omfattande upphovsrättsligt skydd för upptagningar och sändningar gör det svårt att argumentera för en utvidgning av skyddet till att också omfatta idrottsevenemangen som sådana. Enligt min mening är EU-rätten därför välavvägd i detta avseende.

Uppsatsens andra syfte var att utforska hur upphovsrätten i EU bör hantera några av de komplexa frågor som har uppstått till följd av den växande digitala ekonomin kring idrottsevenemang. Det främsta problemet som idrottsarrangörer möter är att avkastningen på deras investeringar påverkas negativt av de piratsändningar av idrottsevenemang som tillgängliggörs på internet. Med hänsyn till idrottens sociala och kulturella betydelse inom EU är detta ett problem som skall tas på allvar. Samtidigt behöver EU balansera detta med andra grundläggande intressen och utifrån svaren på frågeställningarna (i) och (ii) finns det fog för oron om att EU i utformningen av upphovsrättsliga regler fokuserar allt för mycket på arrangörernas intressen. Skall vi på allvar kunna fortsätta prata om balans i upphovsrätten bör diskussionen snart handla mer om begränsningar av till exempel mellanhänders ansvar enligt DSM-direktivet, snarare än en utvidgning av arrangörers rättigheter. Grundproblemet är nämligen inte att idrottsarrangörer saknar rättigheter utan att den digitala ekonomin har gjort det svårt att genomdriva rättigheterna i praktiken. Hittills har EU:s försök att lösa detta genom att införa starkare rättigheter för arrangörer visat sig vara fruktlösa, vilket kan vara en indikation på att lösningarna inte heller finns att finna i den upphovsrättsliga lagstiftningen.

En alternativ infallsvinkel skulle kunna vara att i stället utgå från arrangörernas affärsmodeller och undersöka hur dessa kan anpassas till den digitala ekonomin. Om idrottsarrangörerna skulle välkomna detta låter undertecknad vara osagt, men det är definitivt en aspekt som bör analyseras och diskuteras närmare i framtiden. I denna uppsats blir i vart fall svaret på frågeställning (iii) att förändringar i det upphovsrättsliga regelverket i EU kommer behöva fortsätta göras, dock inte första hand i form av en utvidgning av det rättsliga skyddet för idrottsarrangörer.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

A. Europeiska kommissionen

Europeiska kommissionen, *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action*, KOM(88) 172 slutlig av den 7 juni 1988.

– *Vitbok – Vitbok om idrott*, KOM(2007) 391 slutlig av den 11 juli 2007.

– *Europeisk rapport om digital konkurrenskraft: De största landvinningarna för strategin i2010 under 2005-2009*, KOM(2009) 390 slutlig av den 4 augusti 2009.

– *På väg mot en inre marknadsakt: Att skapa en verkligt konkurrenskraftig social marknadsekonomi - Femtio förslag för att arbeta, driva företagsverksamhet och handel bättre tillsammans*, KOM(2010) 608 slutlig av den 27 oktober 2010.

– *Impact Assessment - Developing the European Dimension in Sport*, SEC(2011) 67 slutlig av den 18 januari 2011.

– *MEMO – Sport keeps not only you, but also industry fit*, MEMO/14/35 av den 21 januari 2014.

– *TEXT OF THE COMMISSION'S DECLARATION ON SPORT EVENT ORGANISERS*, uttalande av den 20 mars 2019, A8-0245/272.

B. Europaparlamentet

Europaparlamentet, *Upphovsrätt på den digitala inre marknaden - Europaparlamentets ändringar antagna den 12 september 2018 av förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden*, P8_TA(2018)0337.

– *Utmaningar för idrottsorganisatörer i den digitala miljön - Europaparlamentets resolution av den 19 maj 2021 med rekommendationer till kommissionen om utmaningar för organisatörer av idrottsevenemang i den digitala miljön*, P9_TA(2021)0236.

Litteratur

A. Böcker och samlingsvolym

Bently, Lionel & Sherman, Brad, *Intellectual Property Law*, 4 u., Oxford University Press, 2014 [cit. Bently & Sherman].

Dreier, Thomas, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?*, Dreyfuss Cooper, Rochelle, Zimmermann Leenheer, Diane & First, Harry (red.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation policy for the Knowledge Society*, Oxford University Press, 2001, s. 295-316 [cit. Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests*].

Gardiner, Simon, Welch, Roger, Boyes, Simon & Naidoo, Urvasi, *Sports Law*, 4 u., Routledge, 2011 [cit. Gardiner m.fl.].

Glavå, Mats & Petrusson, Ulf, *Illusionen om rätten – Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*, Askeland, Bjarte & Bernt, Jan Fridthjof (red.), *Erkjennelse og engasjement: minneseminar for David Roland Doublet [1954-2000]*, Fagbokforlaget, 2002, s. 1-34 [cit. Glavå & Petrusson].

Hua, Jerry Jie, *Toward A More Balanced Approach Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era*, Springer Berlin, 2014 [cit. Hua].

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 u., Studentlitteratur AB, 2018, s. 21-46 [cit. Kleineman].

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2 u., Oxford University Press, 1994 [cit. MacCormick].

Quintais, João Pedro, *Do We Need More Copyright Protection for Sports Events?*, Senftleben, Martin, Poort, Joost, van Eechoud, Mireille, van Gompel, Stef & Helberger, Natalie (red.), *Intellectual Property and Sports: Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz*, Wolters Kluwer, 2021, s. 143-156 [cit. Quintais].

Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 u., Studentlitteratur AB, 2018, s. 109-142 [cit. Reichel].

Schütze, Robert, *European Union Law*, 3 u., Oxford University Press, 2021 [cit. Schütze].

Sganga, Caterina, *EU Copyright Law Between Property and Fundamental Rights: A Proposal to Connect the Dots*, Caso, Roberto & Giovanella, Federica (red.), *Balancing Copyright Law in the Digital Age - Comparative Perspectives*, Springer Berlin, 2015, s. 1-26 [cit. Sganga].

Strömholm, Stig, Lyles, Max & Valguarnera, Filippo, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: En lärobok i allmän rättslära*, 6 u., Norstedts Juridik AB, 2020 [cit. Strömholm m.fl.].

B. Tidskriftsartiklar

Abromson, Henry M., *The Copyrightability of Sports Celebration Moves: Dance Fever or Just Plain Sick*, *Marquette Sports Law Review*, volym 14, 2004, s. 571-602 [cit. Abromson].

Alén-Savikko, Anette, *Copyright and Circus*, *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2018, s. 22-46 [cit. Alén-Savikko].

Björkenfeldt, Mats, *Juridik, teknik, och idéernas framtid*, *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2002, s. 251-264 [cit. Björkenfeldt].

Bracha, Oren, *The History of Intellectual Property as the History of Capitalism*, *Case Western Reserve Law Review*, volym 71, 2020, s. 547-584 [cit. Bracha].

Burchardt, Dana, *The relationship between the law of the European Union and the law of its Member States – a norm-based conceptual framework*, *European Constitutional Law Review*, volym 15, 2019, s. 73-103 [cit. Burchardt].

Chavez, J. Carolina, *Copyright's "elephant in the room": a realistic look at the role of moral rights in modern American copyright*, *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, volym 36, 2008, s. 125-146 [cit. Chavez].

Cronlund, Petter, *Locke och intellektuell äganderätt*, *Filosofisk tidskrift*, 2012, s. 39-47 [cit. Cronlund].

Curry, Josephine, *'Communication to the public' and online retransmission of programmes*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, volym 8, 2013, s. 594-596 [cit. Curry].

Curto, Natalia E., *EU Directive on Copyright in the Digital Single Market and ISP Liability: What's Next at International Level?*, Case Western Reserve Journal of Law, Technology and the Internet, volym 11, 2019-2020, s. 84-110 [cit. Curto].

Das, Proloy K., *Offensive Protection: The Potential Application of Intellectual Property Law to Scripted Sports Plays*, Indiana Law Journal, volym 75, 2000, s. 1073-1101 [cit. Das].

Davies, Gillian, *The 50th anniversary of the Rome Convention for the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations: reflections on the background and importance of the Convention*, Queen Mary Journal of Intellectual Property, volym 2, 2012, s. 206-224 [cit. Davies].

De Gregorio, Giovanni, *Expressions on Platforms: Freedom of Expression and ISP Liability in the European Digital Single Market*, European Competition and Regulatory Law Review, volym 2, 2018, s. 203-215 [cit. De Gregorio].

Dias Pereira, Alexandre L., *Media rights and online betting in football matches under Portuguese law*, International Sports Law Journal, volym 14, 2014, s. 167-178 [cit. Dias Pereira].

Dreier, Thomas, *GERMANY: Creating New Property Rights on the Basis of General Legal Concepts – Without Limits?*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, volym 2, 2011, s. 152-156 [cit. Dreier, *Creating New Property Rights*].

Dreyfuss, Rochelle Cooper, *Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm*, Cardozo Law Review, volym 31, 2010, s. 1437-1473 [cit. Dreyfuss].

Edelman, Marc, *From Meerkat to Periscope: Does Intellectual Property Law Prohibit the Live Streaming of Commercial Sporting Events?*, Columbia Journal of Law & the Arts, volym 39, 2016, s. 469-496 [cit. Edelman].

Eidsvold-Tøien, Irina, *Creative, Performing Artists – Copyright for performers*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 2017, s. 130-146 [cit. Eidsvold-Tøien].

Elam, Viola, *Sporting events as dramatic works in the UK copyright system*, Entertainment and Sports Law Journal, volym 13, 2015, p. 1-90 [cit. Elam].

Fauchart, Emmanuelle & von Hippel, Eric, *Norms-Based Intellectual Property Systems. The Case of French Chefs*, *Organization Science*, volym 19, 2008, s. 187-201 [cit. Fauchart & von Hippel].

Favale, Marcella, *Approximation and Dm: Can Digital Locks Respect Copyright Exceptions?*, *International Journal of Law and Information Technology*, volym 19, 2011, s. 306-323 [cit. Favale, *Approximation and Dm*].

– *Death and resurrection of copyright between law and technology*, *Information & Communications Technology Law*, volym 23, 2014, s. 117-135 [cit. Favale, *Death and resurrection*].

Ferrari, Luca, *Rights to broadcast sporting events under Italian law*, *International Sports Law Journal*, volym 1, 2010, s. 65-74 [cit. Ferrari].

Ferri, Federico, *The dark side(s) of the EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market*, *China-EU Law Journal*, volym 7, 2021, s. 21-38 [cit. Ferri].

Frändberg, Åke, *Vad sker inom den rättsdogmatiska forskningen?*, *Svensk Juristtidning*, 2023, s. 31-49 [cit. Frändberg].

Güven, Koray, *Eliminating 'Aesthetics' from Copyright Law: The Aftermath of Cofemel*, *GRUR International*, volym 71, 2022, s. 213-225 [cit. Güven].

Gwartz, Evan & Spence, Kirsty, *Conscious capitalism and sport: Exploring higher purpose in a professional sport organization*, *Sport Management Review*, volym 23, 2020, s. 750-763 [cit. Gwartz & Spence].

Hugenholtz, P. Bernt, *Neighbouring Rights are Obsolete*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, volym 50, 2019, s. 1006-1011 [cit. Hugenholtz].

Hughes, Justin, *The Philosophy of Intellectual Property*, *Georgetown Law Journal*, volym 77, 1988, s. 287-366 [cit. Hughes].

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, *Svensk Juristtidning*, 2004, s. 1-10 [cit. Jareborg].

Kett, Jacqueline, *In a League of Its Own: Should Intellectual Property Law Protect Sports Moves?*, Case Western Law Review, volym 72, 2022, s. 1015-1056 [cit. Kett].

Khair, Muhamad Helmi Muhamad & Hashim, Mohamad Nor Haswira, *Justifications of Intellectual Property Rights: A Discussion on Locke and Hegel's Theories*, Jurnal Hukum Novelty, volym 11, 2020, s. 114-123 [cit. Khair & Hashim].

Kur, Annette, *Unité de l'art is here to stay – Cofemel and its consequences*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, volym 15, 2020, s. 290-300 [cit. Kur].

Lelyukhin, Alexander, *The impact of EU on sport broadcasting: what does the line of recent ECJ cases signal about?*, The International Sports Law Journal, volym 13, 2013, s. 104-131 [cit. Lelyukhin].

Lim, Saw Cheng & Chik, Warren B., *Whither the future of internet streaming and time-shifting? Revisiting the rights of reproduction and communication to the public in copyright law after Aereo*, International Journal of Law and Information Technology, volym 23, 2015, s. 53-88 [cit. Cheng Lim & Chik].

Lindholm, Johan, *Idrotten behöver bättre skydd för tv-rättigheter*, Svensk Idrottsforskning, vol. 23, 2014, s. 14-17.

– *The Netflix-ication of sports broadcasting*, The International Sports Law Journal, volym 18, 2019, s. 99-101 [cit. Lindholm, *The Netflix-ication of sports broadcasting*].

Longan, Mitchell, *A System out of Balance: A Critical Analysis of Philosophical Justifications for Copyright Law through the Lens of Users' Rights*, University of Michigan Journal of Law Reform, volym 56, 2023, s. 779-826 [cit. Longan].

Margoni, Thomas, *The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, volym 47, 2016, s. 386-417 [cit. Margoni].

Mellqvist, Mikael, *Litteratur*, Svensk Juristtidning, 2019, s. 979-1000 [cit. Mellqvist].

Newman, Joshua I., *Sport without management*, Journal of Sport Management, volym 28, 2014, s. 603-615 [cit. Newman].

Norwood, Puanani E., *Consumer v. Copyright: Balance in an Era of Digital Rights Management*, UMKC Law Review, volym 83, 2014, s. 257-285 [cit. Norwood].

Oker-Blom, Max, *Affärsmodeller, "Internet of Things" och immaterialrättsreglernas eventuella förändringsbehov – några reflektioner*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 2017, s. 23-28 [cit. Oker-Blom].

de Oliveira Ascensão, José, *O Direito ao espectáculo*, Separata do Boletim do Ministério Público, n. 366, 1987, citerat efter Moniz Dias [cit. de Oliveira Ascensão].

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga Perspektiv*, Svensk Juristtidning, 2004, s. 105-145 [cit. Olsen].

Peczenik, Alexander, *Juridikens allmänna läror*, Svensk Juristtidning, 2005, s. 249-272 [cit. Peczenik].

Petri, Gunnar, *Upphovsrätten och dess intressenter*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 2004, s. 428-442 [cit. Petri, *Upphovsrätten och dess intressenter*].

Pihlajarinne, Taina & Vesala, Juha, *Proposed right of press publishers: a workable solution?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, volym 13, 2018, s. 220-228 [cit. Pihlajarinne & Vesala].

Rodhe, Knut, *Beskrivning – prognos – rekommendation: en trosbekännelse*, Juridisk Tidskrift, 1996–97, s. 1-4 [cit. Rodhe].

Rosenblatt, Elisabeth L., *Intellectual Property's Negative Space: Beyond the Utilitarian*, Florida State University Law Review, volym 40, 2013, s. 441-486 [cit. Rosenblatt].

Samuelson, Pamela, *Legally Speaking: Europe's Controversial Digital Copyright Directive Finalized*, Communications of the ACM, volym 62, 2019, s. 24-27 [cit. Samuelson].

Sandgren, Claes, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, Juridisk Tidskrift, 2004-2005, s. 297-333 [cit. Sandgren].

Schollin, Kristoffer, *Pirater och rättighetshavare*, Svensk Juristtidning, 2010, s. 251-258 [cit. Schollin, *Pirater och rättighetshavare*].

Schroff, Simone, *The purpose of copyright – moving beyond the theory*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, volym 16, 2021, s. 1262-1272 [cit. Schroff].

Seaman, Christopher B. & Tran, Thuan, *Intellectual Property and Tabletop Games*, Iowa Law Review, volym 107, 2022, s. 1615-1684 [cit. Seaman & Tran].

Solberg, Harry Arne, *The Economics of Television Sports Rights: Europe and the US – A Comparative Analysis*, Norsk medietidsskrift, volym 9, 2002, s. 57-79 [cit. Solberg].

Spector, Horacio Mario, *An outline of a theory justifying intellectual and industrial property rights*, European Intellectual Property Review, volym 11, 1989, s. 270-273 [cit. Spector].

Still, Viveca, *Upphovsrättens expansion*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 2003, s. 44-56 [cit. Still].

Sun, Ye & Zhang, Huifeng, *What Motivates People to Pay for Online Sports Streaming? An Empirical Evaluation of the Revised Technology Acceptance Model*, Frontiers in Psychology, volym 12, 2021, s. 1-11 [cit. Sun & Zhang, *What Motivates People to Pay for Online Sports Streaming?*].

Synodinou Eleni, Tatiana, *Sports events organisers' neighbouring right: making sport of copyright law?*, European Intellectual Property Review, volym 45, 2023, s. 207-214 [cit. Synodinou].

Vyrje, Magnus Stray, *Copyright and Aesthetic Experience*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 2017, s. 147-169 [cit. Vyrje].

Walker, Neil, *Legal Theory and the European Union: A 25th Anniversary Essay*, Oxford Journal of Legal Studies, volym 25, 2005, s. 581-600 [cit. Walker].

Westman, Daniel, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 2002, s. 226-250 [cit. Westman].

Wong, Donna, *The EPL drama – paving the way for more illegal streaming? Digital piracy of live sports broadcasts in Singapore*, Leisure Studies, volym 35, 2016, s. 534-548 [cit. Wong].

Yu, Shanshan & Zhou, Zhide, *The Business Model and Protection of Broadcasting Rights of Sports Events Under the Internet Environment*, E3S Web of Conferences, volym 251, 2021, s. 1-4 [cit. Yu & Zhou].

C. Avhandlingar

Angelopoulos, Christina Joanna, *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*. Doktorsavhandling vid Amsterdams universitet, Institute for Information Law, 2016 [cit. Angelopoulos].

Axhamn, Johan, *Databasskydd*. Doktorsavhandling vid Stockholms universitet, Juridiska institutionen, 2017 [cit. Axhamn].

Schollin, Kristoffer, *Digital Rights Management – the New Copyright*. Doktorsavhandling vid Göteborgs Universitet, Juridiska institutionen, 2008 [cit. Schollin, *Digital Rights Management*].

D. Studier/rapporter

Margoni, Thomas & Van Rompuy, Ben, *Study on sports organizers' rights in the European Union*, T.M.C Asser Instituut (Asser International Sports Law Centre) och Institute for Information Law (Amsterdams universitet), 2014 [cit. Margoni & Van Rompuy].

Panella, Lauro, Firrito, Matteo, Marzano, Paulo, Rubino, Gabriella, Cordova, Francesca & Monteleone, Andrea Giulia, *Challenges facing sports event organisers in the digital environment*, Europaparlamentets interna utredningstjänst och tankesmedja, 2020 [cit. Panella m.fl.].

de Werra, Jacques, *Reference Guide to Sustaining Sport and its Development through Intellectual Property Rights*, World Intellectual Property Organization, 2022 [cit. de Werra].

E. Material som har offentliggjorts men inte publicerats

Crawford, Joshua A., *Trademark Rights for Signature Touchdown Dances*, 2014 (opublicerat arbete i Virginia State Bars "Law Student Writing Competition", maj 2014), "<https://studylib.net/doc/8442813/trademark-rights-for-signature-touchdown>", lydelse 2023-12-13 [cit. Crawford, *Trademark Rights for Signature Touchdown Dances*].

Loshin, Jacob, *Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property Without Law*, SSRN Electronic Journal, 2007 (arbetspapper publicerat på SSRN, 9 augusti 2007), "<https://papers.ssrn.com>", lydelse 2023-12-11 [cit. Loshin].

Moniz Dias, Maria Canas Botelho, *O DIREITO AO ESPECTÁCULO – Em Especial, direito ao espectáculo desportivo*. Examensarbete vid Portugals katolska universitet i Lissabon, Juridiska fakulteten, 2015 [cit. Moniz Dias].

Rydberg, Amanda, *När försvann konsten från konstsimm och konståkning? En undersökning om koreograferade idrotters möjlighet till upphovsrättsligt skydd*. Kandidatuppsats vid Lunds universitet, Juridiska institutionen, 2022.

Övriga källor

A. Muntliga utsagor

Bently, Lionel, *Owning the World Cup: The Exclusion of Football from Copyright*, otryckt föredrag i paneldebatt, Institute for Information Law (Amsterdams universitet), 2014-07-04. YouTube-video, 13:09-38:58. "<https://www.youtube.com/watch?v=bm86FavgKxg>".

B. Internetkällor

Sports Rights Owners Coalition, *Green Paper: 'Preparing for a Fully Converged Audiovisual World: Growth, Creation and Value'*, SROC juli 2013 (lydelse 2023-12-11), "https://www.sroc.info/wp-content/uploads/2018/04/SROC_Response_-_Connected_TV_Green_Paper.pdf".

Lipson, David, *Green v Mundine: How two blokes outsmarted Foxtel and why it should get on board*, ABC News den 4 februari 2017 (lydelse 2023-12-11), "<https://www.abc.net.au/news>".

Sports Rights Owners Coalition, *SROC expresses concerns of Live Sports Industry on DSA*, SROC den 9 februari 2022 (lydelse 2023-12-11), "<https://www.sroc.info/2022/02/09/sroc-expresses-concerns-of-live-sports-industry-on-dsa/>".

Sports Rights Owners Coalition, *SROC Supports Call to End Live Piracy Now*, SROC den 5 oktober 2022 (lydelse 2023-12-11), "<https://www.sroc.info/2022/10/05/sroc-supports-pledge-to-end-live-piracy-now/>".

Rättsfallsregister

Svenska domstolar	<i>sida i uppsatsen</i>
<i>A. Hovrätterna</i>	
Hovrätten för Västra Sverige Dom 2011-12-23, B 4278-10	58
Internationella domstolar	
<i>A. EU-domstolen</i>	
Mål C-341/87, EMI Electrola, EU:C:1989:30	14
Mål 215/88, Casa Fleischhandel, EU:C:1989:331	17
Mål C-5/08, Infopaq International, EU:C:2009:465	31, 54
Mål C-325/08, Olympique Lyonnais, EU:C:2010:143	32
De förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl, EU:C:2011:631	32, 40, 54
Mål C-70/10, Scarlet Extended, EU:C:2011:771	47
Mål C-145/10, Painer, EU:C:2011:798	40
Mål C-604/10, Football Dataco m.fl., EU:C:2012:115	34, 55
Mål C-607/11, ITV Broadcasting m.fl., EU:C:2013:147	43
Mål C-204/11 P, FIFA I, EU:C:2013:477	37
Mål C-205/11 P, FIFA II, EU:C:2013:478	37
Mål C-201/11 P, UEFA, EU:C:2013:519	37
Mål C-161/17, Renckhoff, EU:C:2018:634	55
Mål C-310/17, Levola Hengelo, EU:C:2018:899	31
Mål C-469/17, Funke Medien, EU:C:2019:623	31
Mål C-683/17, Cofemel, EU:C:2019:721	31, 55
Mål C-833/18, Brompton Bicycle, EU:C:2020:461	31, 55
Mål C-401/19, Polen, EU:C:2022:297	47

B. EU-domstolens tribunal

Mål T-385/07, FIFA, EU:T:2011:42 37

Mål T-55/08, UEFA, EU:T:2011:43 37

C. Generaladvokatens förslag till avgörande

Förslag till avgörande av generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer
föredraget den 13 juni 2002, mål C-206/01 Arsenal Football Club,
EU:C:2002:373 25

Förslag till avgörande av generaladvokat Niilo Jääskinen
föredraget den 12 december 2012, målen C-201/11 P, C-204/11 P,
och C-205/11 P, EU:C:2012:786 38

Förslag till avgörande av generaladvokat Maciej Szpunar
föredraget den 2 maj 2019, mål 683/17 Cofemel, EU:C:2019:363 55-56

D. Federala högsta domstolen i Tyskland

Bundesgerichtshof, Urteil vom 17. Dezember 2010 - V ZR 45/10
Stiftung - Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg 38