



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Eva Nyman

Skydd för personlig integritet vid marknadsföring

– en översyn av rättspraxis enligt
Lag (1978:800) om namn och bild i reklam

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Ulf Maunsbach

Immaterialrätt

Vårterminen 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 ALLMÄNNA UTGÅNGSPUNKTER	7
1.1 Syfte och introduktion till ämne	7
1.1.1 Syfte med framställningen	8
1.1.2 Skydd för personlig integritet	9
1.1.3 Rätt till egen bild	11
1.2 Några avgränsningar	13
1.3 Frågeställningar	15
1.4 Metod och material	15
1.5 Disposition	16
2 LAGENS BAKGRUND OCH SYFTE	17
2.1 Allmän rättsgrundsats?	17
2.2 Utnyttjande och snyltning	18
3 LAGENS TILLÄMPNINGSOMRÅDE	21
3.1 Reklam och yttrandefrihet	21
3.1.1 Allmänt om reklam, yttrandefrihet och kommersiell reklam	21
3.1.2 Lagteknisk lösning	25
3.1.3 Blandade meddelanden	27
3.1.4 Marknadsföring med löpsedlar	32
3.1.5 Bilder på bokomslag och i tidningar	33
3.2 Lagens ansvarssubjekt	34
3.2.1 Näringsidkarbegreppet	34
3.2.2 Arbetsgivares principalansvar	35
3.2.3 Medverkansansvar	37

3.3	Samtycke	38
4	LAGENS SKYDDSOBJEKT	40
4.1	Krav på identifikation – namn och bild	40
4.2	Namnanvändning vid marknadsföring	41
4.3	Bildanvändning vid marknadsföring	43
4.3.1	Allmänt om bildanvändning	43
4.3.2	Bisak till huvudmotiv	47
4.4	Offentliga personer	48
4.5	Avlidna personer	51
5	LAGENS ANSVARSSYSTEM	55
5.1	Straffansvar – Böter	55
5.2	Ersättning för utnyttjande	57
5.3	Ersättning för annan skada	60
5.4	Övriga påföljder	62
5.4.1	Förebyggande åtgärder	62
5.4.2	Publicering av fällande dom	63
6	SAMMANFATTANDE ANALYS	64
6.1	Lagens bakgrund och syfte	64
6.2	Lagens tillämpningsområde	65
6.3	Lagens skyddsobjekt	67
6.4	Lagens ansvarssystem	69
6.5	Övriga frågor	70
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	71
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	74

Summary

In today's high-tech, democratic society where information is spread and retrieved in seconds and where freedom of speech and freedom of the press play a central part, personal integrity becomes vulnerable. Chapter 1 article 2 of the Swedish Constitution (1974:152) prescribes that the public shall defend the private life of the individual. The society has hereby established that the integrity of the individual shall be respected. To date there is no general rule in Swedish law protecting peoples' personal integrity, however there are regulations of such contents in special legal fields. An example of this is the Personal Data Act (1998:204) that protects personal integrity in the treatment of personal records.

It is not uncommon for a company in the marketing practice of their products, services etc. to take advantage of the reputation of public persons such as celebrities. Such a reference brings attention and possibly even generates goodwill to the marketed product or service in question. Since the modern marketing practice is of great extent and has a big impact on the market it is of essential importance that individuals can prevent themselves from being exploited in advertising without consent. The Act (1978:800) on Names and Images in Advertising ("the Act") controls the relation between individuals in an advertising context and constitutes such an abovementioned special legislation for the protection of the individual's personal integrity. In particular, the Act becomes meaningful regarding grants of so called "merchandising rights", i.e. to be granted permission to use an individual in advertising from the holder of the right. In the legislative work that led up to the enactment of the Act it was said to be obvious that individuals should be able to determine for themselves whether or not to participate in advertising. However, before the Act came into force in 1979 there was no such protection provided by law against a persons name or picture being exploited without consent in marketing practice. Nor was there any general legal rule of this meaning.

The Act on Names and Images in Advertising prohibits tradesmen, its employees and others that are carrying out assignments by order of the tradesman to – in the marketing of any goods, service or other commodity – make any representation in which another person's name or image is used without that person's consent. Breach of the provisions herein brings criminal liability (payment of a fine) if the breach was made intentionally or by gross negligence. A person who violates the Act shall always pay reasonable compensation to the person whose name or picture has been exploited. In addition, if the violation is intentional or negligent, the infringer can also be liable to compensate for other damages, financial as well as non-financial. Other legal consequences that may follow according to the Act may include preventive measures against continuous exploitation as well as an obligation to pay the costs for publication of the judgement in one or more newspapers. Furthermore, the employer's (the tradesman's)

vicarious liability by law imply that an employee can only be held liable for negligence at work if there are “particular reasons” to hold him or her liable. Case law following the Act is sparse and the essential function of the Act can be said to be preventive.

The Act has – as the name itself suggests – a limited field of application upon which the question of when the obligation to obtain consent depends. Due to difficulties limiting the concept “reklam” the use of this has been avoided in the Act and instead the concept “framställning” has been used. The range of the field of application is further complicated by the relation between advertising and the freedom of speech and where the line is closer to be drawn. This is thoroughly discussed in the two precedents *Robert Gustafsson* and *Skådespelarkalender* from the Supreme Court following the Act. The essence of the discussion concerns the issue whether the Freedom of the Press Act (1949:105), which is exclusively applicable to printed documents and pictures, also is exclusively applicable to documents and pictures in which such advertising is mostly inserted that the Act on Names and Pictures in Advertising is intended to regulate. However, it has been stated that under certain circumstances commercial advertising – i.e. advertising that takes aim at increasing the turnover of a tradesman’s goods and services – is not comprised by the field where complete protection for freedom of the press exist. For that reason the Act on Names and Pictures in Advertising has been worked out so that only commercial advertising that aim to promote the sale of goods and services can become object of intervention according to the Act. It is therefore not applicable to for example messages that are part of conveying an opinion, that is the marketing of political parties or non-profit-making and non-commercial advertising. As it might involve difficulties to determine whether or not a document is of strictly commercial nature or not, a fundamental principle apply that – when hesitant – precedence should be given to the standpoints of the freedom of the press.

One of the fundamental demands according to the Act on Names and Pictures in Advertising is that another person’s name and/or picture is being exploited and that this certain person can be identified hereby. To be able to hold somebody liable according to the Act there must be such a certain way of identification. As can be seen from the legislative history of the law the prohibition should target references that include fraudulent conduct with individuals’ reputation, credibility and the like. Furthermore, it was said that the demand for the marketing measures to involve the exploitation of another person’s identity, means that the fraudulent conduct in the act comes to the fore. So called “celebrities”, i.e. artists, actors, sportsmen etc. together with other public persons are comprised by the Act in the same way as unknown people. The legislation – which mainly provides a protection against infringement of integrity – is however also of essential economic importance to these categories of people. Finally, a deceased person does not enjoy protection from the provisions of the Act, although it is debatable whether this category of people should be included.

Sammanfattning

I dagens högteknologiska, demokratiska samhälle där information kan spridas och tas fram på ett par sekunder och där yttrande- och tryckfrihetsrätten har en central roll blir den personliga integriteten sårbar. Samhället har genom målsättningsstadgandet i 1 kap. 2 § fjärde stycket Regeringsformen (1974:152) om att det allmänna skall värna den enskildes privatliv slagit fast att den enskildes integritet skall respekteras. Det finns ännu inte i svensk rätt någon allmän regel om skydd för människors personliga integritet, men däremot finns det föreskrifter med sådant innehåll på särskilda rättsområden. Ett exempel härpå är Personuppgiftslag (1998:204) som ger skydd för den personliga integriteten vid behandling av personuppgifter.

Det är inte ovanligt att företag vid marknadsföring av sina produkter, tjänster, etc. vill utnyttja den renommé som tillkommer i första hand kända personer. En sådan referens ger uppmärksamhet och skapar möjligtvis även goodwill för produkten. Eftersom den moderna marknadsföringen har stor omfattning och genomslagskraft är det av väsentlig betydelse för en enskild att kunna hindra att dennes person utnyttjas i reklam utan samtycke. Lag (1978:800) om namn och bild i reklam ("lagen") reglerar förhållandet mellan enskilda i samband med utnyttjande vid marknadsföring och utgör således en viktig sådan speciell lagstiftning till skydd för enskilda individers personliga integritet. Lagen blir i synnerhet betydelsefull vid upplåtelser av s.k. merchandising rights, dvs. tillstånd för att utnyttja viss person i marknadsföringssammanhang som inhämtats från rättighetsinnehavaren. I lagstiftningsarbetet till lagen har uttalats att det framstår som en självklarhet att en enskild person själv får avgöra om den vill förekomma i reklam. Emellertid fanns det före utgången av år 1978 inget sådant skydd i lag mot att en persons namn och bild obehörigen utnyttjades i marknadsföringssammanhang. Inte heller fanns det någon allmän rättsgrundsats av sådan innebörd.

Genom lagen om namn och bild i reklam föreskrivs ett straffsanktionerat förbud (böter vid grov oaktsamhet eller uppsåt) för näringsidkare, dennes anställda eller annan som fullgör uppdrag åt näringsidkaren att vid marknadsföring använda framställning i vilken annans namn eller bild utnyttjas utan samtycke. Vid överträdelse enligt lagen utgår alltid skälig ersättning för utnyttjande och om överträdelsen skett uppsåtligt eller av oaktsamhet kan ersättning även utgå för annan skada, såväl ekonomisk som ideell. Även den som medverkat till att någon uppsåtligt eller av grov oaktsamhet bryter mot lagen kan bli ersättningskyldig. Andra ansvarspåföljder som kan följa av lagen är förebyggande åtgärder mot fortsatt missbruk samt åläggande av skyldighet att bekosta tryckning av dom i målet. Vidare innebär arbetsgivares (näringsidkares) principalansvar att en arbetstagare enligt lagen endast blir skadeståndsskyldig för sin försumlighet

i arbetet om synnerliga skäl därtill föreligger. Rättspraxis enligt lagen är sparsam varför lagens viktigaste funktion kan sägas vara preventiv.

Frågan när samtycke enligt lagen behöver inhämtas är beroende av lagens tillämpningsområde, vilket är högst begränsat. På grund av problem med att avgränsa begreppet "reklam" har användningen härav undvikits i lagen förutom i dess rubrik och istället har begreppet "framställning" kommit att nyttjas. Tillämpningsområdets räckvidd kompliceras ytterligare av förhållandet mellan reklam och yttrandefrihet och hur gränsen häremellan närmare skall dras. Detta förhållande har ingående diskuterats i de båda vägledande rättsfallen *Robert Gustafsson* och *Skådespelarkalender* från Högsta domstolen som rör lagens tillämpning. Kärnan i diskussionen rör frågan huruvida Tryckfrihetsförordningen (1949:105) – som är exklusivt tillämplig på tryckta skrifter vartill bild hänförs – även är exklusivt tillämplig på sådan skrift och bild vari reklam som lagen om namn och bild i reklam avser att reglera oftast införs. Emellertid har det uttalats att under vissa förhållanden anses kommersiell reklam, dvs. reklam som syftar till att öka omsättningen av en näringsidkares varor och tjänster falla utanför det område där fullt tryckfrihetsrättsligt skydd föreligger. Lagen om namn och bild i reklam har därför utformats så att endast kommersiell reklam med avsättningsfrämjande syfte kan bli föremål för ingripande enligt lagens straffrättsliga reglering. Meddelanden som ingår som en del av åsiktpåverkan eller åsiktsförmedling, dvs. marknadsföring av politiska partier, ideell och icke-kommersiell reklam m.m. faller således utanför dess tillämpningsområde. Då bedömningen av om en framställning är av rent kommersiell natur ofta kan vara förenad med svårigheter, tex. vid blandade meddelanden som innefattar både kommersiell och icke-kommersiell reklam gäller som en grundläggande princip att de tryckfrihetsrättsliga synpunkterna vid tveksamhet ges företräde.

Ett grundläggande krav enligt lagen om namn och bild i reklam är att en viss person kan identifieras. De närmare identifieringssätten för skyddsobjektet enligt lagen är att annans namn eller bild utnyttjas vid marknadsföring. För att ansvar enligt lagen ska aktualiseras måste således en sådan säker identifieringsgrund finnas. Ur förarbetena till lagen framgår närmare vad som faller härunder. Häri har också framhållits att lagens förbud mot att annans namn eller bild obehörigen utnyttjas i reklamsammanhang bör rikta in sig på referenser som innefattar snyltning av enskilda personers renommé, trovärdighet eller liknande. Vidare uttalade man att kravet på att reklamåtgärden ska innebära att annans identitet utnyttjas innebär att snyltningmomentet i gärningen skjuts i förgrunden. Så kallade "kändisar", dvs. artister, skådespelare, idrottsutövare etc. samt andra offentliga personer omfattas av lagen på samma sätt som okända personer. Emellertid får lagstiftningen – som i första hand ger ett straffrättsligt skydd mot integritetskränkning – för denna sorts personkategorier även en avsevärd ekonomisk betydelse. Slutligen, omfattas inte avlidna personer av dagens reglering även om det emellertid är diskuterbart huruvida lagens skydd inte borde utvidgas till att omfatta även denna personkategori.

Förord

Jag vill härmed rikta ett stort tack till Advokatfirman Delphis kontor i Malmö för det trivsamma arbetsklimatet jag fick förmånen att ta del av under min tid som uppsatspraktikant våren 2008. Tack för stimulerande och lärrika arbetsuppgifter, uppmuntrande ord under uppsatsskrivandet och inte minst för många trevliga fikastunder!

Tack särskilt till advokat Hanne Mannheimer som i egenskap av min kontaktperson under uppsatspraktiken alltid hade tid för mina frågor och funderingar. Tack också till advokat Henrik Bengtsson på Delphis Stockholmskontor som gjorde mig uppmärksam på behovet av en översyn av rättspraxis på detta spännande område och för givande förslag till intressanta infallsvinklar. Tack till min handledare Ulf Maunsbach på Juridiska fakulteten i Lund för värdefulla anvisningar genom uppsatsarbetet.

Slutligen vill jag tacka min familj, mina vänner och Linus som stöttar mig i allt jag tar mig för.

Nu väntar nya spännande äventyr. Tack Lund!

Eva Nyman

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
cit.	citeras
DsJu	Departementsserien, justitiedepartementet
Europakonventionen	Europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
HD	Högsta Domstolen
ICC	International Chamber of Commerce, Internationella Handelskammaren
i.e.	d.v.s.
MfL	Marknadsföringslag (1995:450)
NL	Namnlagen (1982:670)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PuL	Personuppgiftslag (1998:204)
RF	Regeringsform (1974:152)
SFS	Svensk författningssamling
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)
UrL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VmL	Varumärkeslagen (1960:644)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

1 Allmänna utgångspunkter

1.1 Syfte och introduktion till ämne

Filmstjärnor, artister och idrottsmän utnyttjas allt oftare i företags marknadsföring av den anledningen att de ger uppmärksamhet och underlättar hågkomsten av den marknadsförda produkten. I viss mån kan personens renommé, berömmelse och popularitet även smitta av sig goodwill på de marknadsförda produkterna. Emellertid är det inte alltid tillåtet att utnyttja objekt vid marknadsföring utan att ha inhämtat samtycke från rättighetsinnehavaren därtill. Sådana tillstånd lämnas normalt i form av licenser och benämns ofta som merchandising rights. Lag (1978:800) om namn och bild i reklam, får – vid sidan av Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, UrL, Varumärkeslagen (1960:644), VmL, och Namnlagen (1982:670), NL – betydelse i samband med upplåtelser av sådana nyttjanderättstillstånd. Det framstår som ett vinnande koncept för näringsidkare om konsumenter förknippar deras varor eller tjänster med de centrala värden som framgångsrika personer ofta representerar i konsumentens tänkande.¹ Av detta kan slutas att det för en näringsidkare således kan vara lockande att använda sig utav välkända personer i sin marknadsföring. Emellertid kan inte frågan om individens rätt till skydd för sitt namn och sin bild vid marknadsföring med nödvändighet enbart sägas angå en liten elit. Istället är det en principiell frågeställning som har att göra med hur långt skyddet för den personliga integriteten bör utsträckas, som försvåras av att den enskildes intressen av att få sitt privatliv skyddat bland annat ställs mot samhällets vilja av att upprätthålla och värna yttrandefriheten.²

Föremålet för den här framställningen, Lag om namn och bild i reklam (fortsättningsvis ”lagen om namn och bild i reklam” eller ”lagen”), föreskriver ett förbud för näringsidkare att vid marknadsföring använda framställning i vilken annans namn eller bild utnyttjas utan dennes samtycke (1 §). Överträdelse av förbudet medför straffansvar i form av böter om uppsåt eller grov oaktsamhet föreligger (2 §). Näringsidkare som bryter mot föreskrifterna ska under alla förutsättningar utge skäligt vederlag till den vars namn eller bild har utnyttjats. Om utnyttjandet har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet ska den utnyttjade också få ersättning för annan skada. Vid bedömning om sådan skada uppstått tas även hänsyn till lidande och andra omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse (3 §). Härutöver kan det följa av lagen att näringsidkare åläggs att bekosta tryckning i en eller flera tidningar av dom i målet. Vägledande praxis avseende lagen är begränsad till två fall, NJA 1999 s 749 *Robert Gustafsson*

¹ L. Pehrson, *Kändisar i reklam. Marilyn gratis – men Kalle kostar kulor*, 1984 [cit. Pehrson], s. 10-12.

² E. Lindell-Frantz, *Skadestånd till följd av kränkning i media, eller rätten till egen bild*, 2006 [Lindell-Frantz], s. 355-356.

och NJA 2003 s 25 *Skådespelarkalender*. Utöver de två prejudikaten finns även ett antal kända hovrättsfall samt tingsrättsdomar som skall studeras närmare i den fortsatta framställningen. Bristande praxis är emellertid inte entydigt med att lagen inte har någon praktisk betydelse. Istället kan dess viktigaste funktion sägas vara preventiv. Dessutom spelar lagen en viktig roll för uppgörelser utom domstol vid uppenbara fall av olovligt utnyttjande av annans namn eller bild i reklam, då framförallt vad gäller kända personer. Vidare tycks det ha utvecklats – som Marianne Levin uttrycker det – ”utomrättsliga standardtaxor” vid rättsöverskridanden som fått ett tillskott och en stabilitet genom det av HD fastställda vederlaget till Robert Gustafsson om 75 000 kronor i NJA 1999 s 749 (mer om detta under 3.1.3).³

Enligt lagen skyddas således annans namn och bild gentemot obehörigt utnyttjande i reklam. Den straff-, upphovs- och näringsrättsliga lagstiftningen kan i vissa fall ge skydd åt den enskilde i sådant hänseende. Rättsreglerna är dock fåtaliga och skyddar inte annat än i speciella situationer, t.ex. när fråga är om användning av annans namn eller bild i varumärke enligt VmL. I övrigt är det främst bestämmelserna i 5 kap. Brottsbalken (1962:700), BrB, som ger visst skydd. Marknadsföringslagen (1995:450), MfL, som är avsedd att ligga till grund för ingripande mot otillbörlig reklam mot konsumenter eller näringsidkare kan endast i undantagsfall ge integritetsskydd för en enskild person. Vidare har det påvisats att den självsanerande verksamhet som förekommer inom näringslivet och som främst bygger på Internationella Handelskammarens (ICC) Grundregler för reklam inte på ett tillfredställande sätt kan komplettera den sparsamma lagstiftningen på området.⁴ Det skydd som lagen föreskriver måste således anses fylla en viktig funktion vad gäller skyddet för den personliga integriteten på detta område.

1.1.1 Syfte med framställningen

I förarbetena till lagen om namn och bild i reklam har bl.a. uttalats hur det nästan framstår som en självklarhet att en enskild person själv måste få bestämma om han över huvud taget vill bli utnyttjad för reklamändamål och i så fall vad densamme vill göra reklam för. Vidare sägs att även om det inte för alla individer är förenat med obehag att förekomma i reklam, kan det naturligtvis vara det. Eftersom den moderna marknadsföringen har en stor omfattning och genomslagskraft är det av central betydelse för den enskilde att kunna förhindra att hans namn eller bild förknippas med produkter och tjänster som han inte gillar.⁵ Det är mot denna bakgrund som

³ M. Levin, *Egen bild och integritetsskydd – har Caroline av Monaco gett en ny rättsgrundsats?*, 2006 [cit. Levin 2006] s. 338; M. Levin, *Rollporträtt på bokomslag, illustrationer och i annonser – tryckfrihet eller reklamregler?*, 1993 [cit. Levin 1993] s. 562-563.

⁴ J. Bökmark, B. Svensson: *Lagen om namn och bild i reklam. En kommentar med praktikfall, illustrationer och lagtext*, 1979 [cit. Bökmark-Svensson], s. 8-9.

⁵ Prop. 1978/79:2, *Med förslag till lag om namn och bild i reklam*, [cit. Prop. 1978/79:2]

lagen i stort ska ses men också på vilken denna framställning vilar. Den aktuella framställningen inriktar sig på att presentera det skydd för den personliga integriteten som lagen om namn och bild i reklam förser en individ samt att ge en överblick av rättspraxis på området. Det är min förhoppning att denna rättsfallsgenomgång ska kunna fastställa de praktiska rättsfrågor som lagen aktualiserar samt illustrera hur tillämpningen av lagen i rättspraxis ser ut.

Rättspraxis och doktrin som behandlar lagen om namn och bild i reklam är som sagt relativt sparsam. Den doktrin som finns på området behandlar inte heller de kända rättsfallen i någon större utsträckning. Möjligtvis har det inte funnits anledning till djupare analys då man betraktat lagens bestämmelser såsom huvudsakligen klara och ostridiga. Åtminstone har det inte gjorts – mig veterligen – någon mer ingående översyn av praxis enligt lagen om namn och bild i reklam, varför det kan sägas föreligga ett visst praktiskt behov av en sådan översyn som nu är för handen. Med anledning av att praxis på området är sparsam har jag valt att inrikta min framställning på en översyn av praxis som sådan med en nära koppling till kommentarer kring lagens uppbyggnad och omfattning. Presentationen kommer att ligga till grund för resonerande tankar kring huruvida det finns ett behov av att utvidga skyddet enligt lagen i framtiden. I nästföljande avsnitt ges en allmän bakgrund utifrån den kontext lagen mest frekvent diskuteras i svensk rätt, dvs. främst utifrån diskussionen om skyddet för den personliga integriteten samt den diskussion som förs om rätten till den egna bilden.

1.1.2 Skydd för personlig integritet

Begreppet *personlig integritet* har inte kunnat ges någon klar avgränsning i svensk rätt varför ett allmänt integritetsskydd i form av en rättsregel i grundlagen har framstått som uteslutet. Därför infördes ett målsättningsstadgande genom 1976 års Regeringsform (1974:152), RF, som nu återfinns i 1 kap. 2 § 4 stycket och som föreskriver att det allmänna skall värna den enskildes privat- och familjeliv. Målsättningsstadgandet har endast delvis fått genomslag i bindande rättsregler. Bestämmelsen följs upp med i 2 kap. RF om grundläggande fri- och rättigheter rättsligt bindande regler som skyddar den enskildes integritet i förhållande till det allmänna. Ett sådant skydd är stadgandet i 2 kap. 3 § 2 stycket som slår fast att det ska finnas ett skydd för personliga integriteten mot kränkande databehandling. Sådant skydd får sökas i vanlig lag, framförallt i personuppgiftslagen (1998:204), PuL.⁶

Det grundlagsfästa skyddet för enskilds integritet som presenterats ovan gäller enbart i förhållande till det allmänna. Skyddet för integritetskränkningar från enskilda ges i vanlig lag. Hit hör främst BrB:s

s. 3 f.

⁶ SOU 2007:22 (Del I-II), *Skyddet för den personliga integriteten. Kartläggning och analys* [cit. SOU 2007:22 Del I, Del II], Del 1 s. 48-51; SOU 2007:22, Del 2 s. 418-419; U. Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2007 [cit. Bernitz m.fl.], s. 116 f.

bestämmelser i 4 kap. om frihet och frid samt 5 kap. samma balk om ärekränkning som reglerar brotten förtal och förolämpning. Vidare slår 2 kap. 3 § Skadeståndslagen (1972:207), SkL, fast en grundläggande skyddsregel om ersättning för allvarlig kränkning genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära. Generellt verkande regler finns också i den här aktuella lagen om rätt till namn och bild i reklam och namnlagen som båda behandlar rättsförhållandet mellan enskilda.⁷ Som vi har sett ovan skyddar RF:s 2 kap. 3 § personlig integritet och skyddslagstiftningen i andra stycket avser främst PuL som skyddar mot kränkningar av den personliga integriteten vid automatiserad behandling av personuppgifter och manuell behandling av personregister från såväl andra enskilda som det allmänna. PuL är inte tillämplig på medias behandling av personuppgifter, inklusive egen bild (7 §). Användningen av egen bild i media skyddas istället av de specifika bestämmelser avseende förtal/ärekränkning som finns i Tryckfrihetsförordningen (1949:105), TF, Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469), YGL, och BrB:s kap. 5 1-5 §§.⁸ Vidare begränsar UrL utövandet av en upphovsmans rätt att utnyttja ett verk för att skydda den personliga integriteten av en däri avbildad individ. 3 kap. 27 § samma lag stadgar att ”I fråga om beställd porträttbild äger upphovsmannen dock icke utöva sin rätt utan tillstånd av beställaren eller, efter dennes död, av hans efterlevande make och arvingar.” Den tidigare gällande Lag (1960:730) om rätt till fotografisk bild upphävdes 1994. I lagens 14 § föreskrevs att i fråga om beställt fotografi äger beställaren rätt till fotografiet, om inte parterna kommit överens om annat.⁹

Som framgått ovan ges i BrB vissa speciella regler om personlig integritet som tar sikte på att skydda rent personliga intressen som att säkra individs självkänsla och sinnesfrid genom att skydda privatlivet mot störning. Samma hänsynstagande till människors integritet kan sägas vara giltiga även när det gäller utnyttjande av annans namn eller bild i reklamsammanhang. Det torde vara lika självklart att vanliga människor har ett ideellt intresse av att själva få avgöra om deras namn eller bild ska få användas i reklamsammanhang som att kända personer (artister, skådespelare m.fl.) dessutom kan ha ett ekonomiskt intresse av att få bestämma i vilka sammanhang de skall framträda offentligt. ICC:s Grundregler för reklam¹⁰ föreskriver ett självständigt skydd för personlig integritet. Häri sägs att det strider mot god affärssed att utan tillstånd avbilda eller åberopa viss person, vare sig såsom privatperson eller i offentlig funktion. Grundreglerna går här längre än 4 §¹¹ MfL som endast skyddar två grupperns intressen, konsumenter och näringsidkare, och som således inte tillgodoser tredje

⁷ SOU 2007:22, Del 1 s. 83-84, Del 2 s. 420- 421.

⁸ SOU 2007:22, Del 1 s. 83-84, Del 2 s. 420- 421; M. Levin, *Own Image Protection*, 2007 [cit. Levin *Own Image* 2007], s. 122-123.

⁹ Levin *Own Image* 2007, s. 123.

¹⁰ ICC International Code of Advertising Practice, ICC:s grundregler för reklam, har utgivits i en i april 1997 godkänd sjunde upplaga [cit. ICC:s Grundregler för reklam].

¹¹ Häri stadgas att: ”Marknadsföringen ska stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Vid marknadsföringen ska näringsidkaren lämna sådan information som är av särskilt betydelse från konsumentens synpunkt”.

mans intresse av skydd för den personliga integriteten. 4 § MfL kan endast användas när en åtgärd är ägnad att vilseleda eller snylta på någons renommé, exempelvis om man får det felaktiga intrycket att den namngivna eller avbildade personen använder eller rekommenderar produkten i fråga.¹²

1.1.3 Rätt till egen bild

I dagens högteknologiska samhälle där nästan allt kan lagras och är tillgängligt i ett digitalt format och där information kan spridas och tas fram på ett par sekunder över hela världen blir den personliga integriteten sårbar. Då yttrande- och tryckfriheten har en central roll i ett demokratiskt samhälle står den personliga integriteten på spel mer än någonsin. Exempelvis ägnas inte den välkända person som utnyttjas för att höja upplagan för en tidning någon större tanke, något som även sänker den allmänna respekten för människors personliga integritet till att även vanliga människor blir offer för samvetslös och tanklös exponering. Härtill kommer att effekterna av ofrivillig publicering oftast är större när det gäller exponering av persons egen bild eftersom bilder oftast får en större påverkan än enbart omnämmandet av ett namn.¹³

Omfattande diskussioner har förts kring vilken egenbildsrätt en person ska tillerkännas utifrån såväl integritetshänsyn som kommersiella hänsyn alltsedan två fotografer år 1899 tagit sig in och fotograferat den just avlidne kanslern Bismarck på sin dödsbädd.¹⁴ Kommersialiseringen och dess ömsesidiga påverkan på moderna massmedier har även spelat en stor roll när det gäller att aktualisera frågorna kring personlighetsskyddet, inte minst vad gäller skyddet för den egna bilden.¹⁵ Rätten till den egna bilden innefattar dels offentlighetsrättsliga element i form av rätten att få bli lämnad ifred, men också den immaterialrätten närliggande rätten att få bestämma över användningen av den egna bilden, med såväl en ekonomisk som en ideell sida. Hittills har det inte givits någon internationell eller enhetlig lösning på dessa frågor. Men att den egna bilden utgör ett utav de viktigaste elementen i den personliga integriteten framgår numera av praxis från den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, Europadomstolen, som 2004 avgjorde målet *von Hannover v. Germany*¹⁶ beträffande bildpublicering rörande privata omständigheter.¹⁷

År 2004 tog således Europadomstolen ett avsevärt kliv mot skyddet av den egna bilden. I fallet *von Hannover v. Germany* övervägde Europadomstolen publiceringen av fotografier och information kring Prinsessan Caroline av Monaco i hennes privata förehavanden, men på vad som kunde uppfattas som allmän plats. Den tyska Constitutional Court har ansett att prinsessan –

¹² C. Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, 2002, [cit. Svensson m.fl.] s. 363-364.

¹³ Levin *Own Image* 2007, s. 3.

¹⁴ Levin 2006, s. 329; Levin 1993, s. 559-560. Se RG 28.11.1899, RGZ 45 s. 170.

¹⁵ M. Levin, *Rätt till egen bild*, 1986 [cit. Levin 1986], s. 12.

¹⁶ Domstolens tredje avd. den 24 juni 2004, mål nr 59320/00.

¹⁷ Levin 2006, s. 329; Levin 1993, s. 559-560.

som en offentlig och välkänd personlighet – måste acceptera publicering där hon och hennes vänner fotograferats tillsammans. Bilder på prinsessan med sina barn har däremot bedömts som rättsstridiga då barn förtjänar en mer ”precluded privacy”. Europadomstolen var av en annan åsikt och menade att det skett en överträdelse av artikel 8 i Europakonventionen. Domstolen fann att även offentliga personer har rätt till en privat sfär. Följaktligen var inte bedömningskriteriet som den tyska inhemska domstolen satt upp tillräckligt för att garantera ett effektivt skydd för sökandens ”berättigade förväntan” för skyddet för hennes privatliv. Domstolen drog slutsatsen att den avgörande avvägningen mellan skyddet för privatlivet och yttrandefriheten måste bestå i de publicerade bildernas och artiklarnas bidrag till den allmänna debatten. Då sökanden inte utövande någon officiell funktion och fotografierna och artiklarna uteslutande behandlade hennes privatliv stod det klart att de publicerade bilderna inte bidrog till den allmänna debatten. Allmänheten har inget ”berättigat intresse” av att veta var sökanden befinner sig och normalt uppför sig i sitt privata liv, även om hon framträder på platser som inte alltid kan beskrivas som avskilda, trots att hon är välkänd för allmänheten. Tidningarnas kommersiella intresse måste ge vika för sökandens rätt till ett effektivt skydd för sitt privatliv.¹⁸

I svensk rätt finns det inte något generellt skydd mot utnyttjande av personbilder utan samtycke från den fotograferade. Individer åtnjuter visserligen rättsligt skydd mot otillåten namn- och bildanvändning i reklamsammanhang enligt lagen om namn och bild i reklam, men lagen har ett mycket begränsat tillämpningsområde. Som vi kommer att se i den fortsatta framställningen råder det dessutom viss oklarhet avseende dess förhållande till tryckfriheten och var den närmare gränsen mellan reklam och tryckfrihet ska dras.¹⁹ Härutöver är kränkande bildanvändning straffbar enligt 5 kap. 1-4 §§ brottsbalken och 7 kap. 4 § punkterna 9-11 TF. Det finns inte heller några allmänna rättsgrundsatser att falla tillbaka på vad gäller skydd för den egna bildens utnyttjande.²⁰ Reformen avseende integritetsskydd har varit svåra att genomföra i Sverige främst på grund av den svenska grundlagsskyddade tryckfriheten. I Sverige har skyddsbehovet för egen bild behandlats som en integrerad del av det allmänna personlighetsskyddet och har bland annat påtalats av upphovsrättsutredningen i samband med 1960 års lagstiftning. På området märks vidare yttrandet *Reklam och integritet* (SOU 1976:48) av 1966 års s.k. integritetsskyddskommitté som ledde fram till att lagen om namn och bild i reklam trädde i kraft 1979.²¹ Trots att skyddsbehovet härför således har diskuterats i olika sammanhang finns det i dagsläget i svensk rätt inte något skydd för den egna bilden utanför det skydd som BrB och lagen om namn och bild i reklam förser. Mot denna bakgrund orsakade von Hannover-fallet en del debatt. Bl.a. har den svenska Justitiekanslern Göran Lambertz krävt att den svenska lagstiftningen måste ändras. År 2004

¹⁸ Domstolens tredje avd. den 24 juni 2004, mål nr 59320/00. Se Levin Own image 2007, s. 18-19.

¹⁹ Levin 2006, s. 329; Levin 1993, s. 559-560.

²⁰ Bökmark-Svensson, s. 54.

²¹ Levin 2006, s. 329; Levin 1993, s. 559-560.

tillsattes en integritetsskyddskommitté (Ju 2004:05) med uppdrag att bl.a. kartlägga och analysera sådan lagstiftning som rör den personliga integriteten och överväga om skyddet för den personliga integriteten är tillfredsställande. Integritetsskyddets förhållande till de grundlagsskyddade massmedierna (tryckfrihetsförordningen) omfattades inte av uppdraget.²² Om det däremot kommer att tilldelas en särskild utredning avseende dessa frågor, som JK föreslagit, är oklart. Vad som emellertid är klart är att den svenska lagstiftningen inte korresponderar mot skyddet som Europadomstolen kräver. Det är vidare uppenbart att avgörandet kommer att få stor effekt på ett flertal europeiska länders domstolsväsende och deras syn på skyddet för den egna bilden.²³

1.2 Några avgränsningar

Som tidigare nämnts inriktar sig framställningen på skydd för personlig integritet vid marknadsföring och på en översyn av rättspraxis enligt lagen om namn och bild i reklam. Med anledning av att praxis på området är sparsam har jag valt att inrikta min framställning på en översyn av praxis som sådan. Ingen särskild avgränsning vad gäller rättsfallen har därför gjorts utan framställningen omfattar samtliga de av mig kända rättsfallen på området.

Även om jag visserligen inser betydelsen av att komparera vår rätt med den av andra rättsordningar – som Marianne Levin i flertalet fall gjort vad gäller skyddet för den egna bilden – har jag av utrymmesskäl valt att enbart fokusera på hur skyddet ser ut i svensk rätt och rättspraxis. Syftet med denna framställning är inte heller att fastställa hur det svenska skyddet står sig internationellt eller hur det skiljer sig från andra rättsordningar utan som presenterats under 1.1. ämnar jag ge en översyn av den *svenska* lagen om namn och bild i reklam och dess tillämpning i rättspraxis.

Lagen om namn och bild i reklam skyddar gentemot obehörigt utnyttjande av den personliga integriteten vid marknadsföring. För att visa på i vilken kontext lagen mest frekvent diskuteras har under 1.1. kortfattat presenterats det integritetsskydd som en individ åtnjuter enligt svensk rätt. Det skydd som tillkommer en individ enligt angränsande lagstiftning såsom personuppgiftslagen, varumärkeslagen, namnlagen, upphovsrättslagen etc. kommer emellertid inte att diskuteras ytterligare i den fortsatta framställningen. Vad gäller användning av någons bild i marknadsföring åtnjuter motivet, dvs. den avbildade personen skydd enligt den aktuella lagen oavsett vem som innehar äganderätten till bilden/fotot, varför det inte finns anledning att närmare diskutera detta bakomliggande förhållande.

Lagen om namn och bild i reklam berör förutom immaterialrätten även ett antal andra rättsområden såsom personlighetsrätt (skyddet för personlig

²² SOU 2007:22 Del II, s. 415.

²³ Levin Own image 2007, s. 3, 26.

integritet i svensk rätt), yttrandefrihetsrätt (gränsdragningen mellan reklam och yttrandefrihet) och skadeståndsrätt (lagens ersättningsfunktion för annan skada). Då det inte finns utrymme att närmare presentera vart och ett av dessa områden för sig kommer enbart de aspekter som aktualiseras av lagen om namn och bild i reklam att tittas närmare på. Exempelvis kommer yttrandefrihetsrätten till viss del beröras vid diskussionen om lagens tillämpningsområde och skadeståndsrätten att aktualiseras vid presentationen av ansvarssystemet. Det förutsätts vidare att läsaren har de grundläggande kunskaper som behövs för att följa med i diskussionen utan vidare klargöranden vad gäller dessa områden. Personlighetsrätten, dvs. skyddet för en individs integritet genom lagar och rättspraxis, i stort kommer inte att mer ingående beröras än vad som nämnts inledningsvis under 1.1.

Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna är en del av vår svenska rättsordning och Sverige har därmed åtagit sig att leva upp till de krav som konventionen ställer på skydd för privat- och familjelivet. Marianne Levin har framhållit hur det är fråga om Sverige inte måste vidga integritetsskyddet sedan von Hannover-domen rörande publicerade bilder av prinsessan Caroline av Monaco. Rättsfallet presenteras endast upplysningsvis och jag ämnar inte gå in på den i och för sig aktuella frågan avseende huruvida det finns ett behov av att utvidga skyddet för den personliga integriteten i enlighet med Europakonventionens bestämmelser. Jag har även tittat på huruvida den inledningsvis nämnda integritetsskyddskommitténs (Ju 2004:05) nyligen presenterade integritetsutredning (SOU 2007:22 och SOU 2008:) inneburit några nyheter för skyddet enligt lagen om namn och bild i reklam. Jag har emellertid kommit till slutsatsen att utredningens resultat inte främjar framställningens syfte varför jag har valt att inte kommentera dess bedömningar.

Av samma anledning som jag inte komparerar den svenska rätten med utländska rättsordningar eller mer ingående beskriver ytterligare skyddsmöjligheter för individs integritet i lagstiftning, kommer jag inte heller beröra den pressetiska granskningsverksamhet som tidningsbranschen själv står bakom och som grundar sig på frivillighet. Inget av det nyssnämnda hjälper mig besvara min frågeställning och tillför således inget till min framställning. Vidare har jag valt att inte mer ingående behandla frågan om rättegångskostnader än att påvisa hur de kan vara en viktig faktor för om ett mål kan komma anhängiggöras vid domstol eller ej.

1.3 Frågeställningar

Mer konkret kan en på detta vis avgränsad kartläggningssuppgift av utredande och sammanställande natur ganska väl fångas in med hjälp av följande frågeställningar:

- i. *Vad är lagens syfte?*
Denna grundläggande frågeställning som besvaras i kap. 2 är nödvändig för att förstå lagens uppbyggnad och dess tillämpning i praxis.
- ii. *Vad faller inom lagens tillämpningsområde och vilka svårigheter aktualiserar lagens tillämpning?*
För att besvara denna frågeställning kommer lagens tillämpningsområde samt vissa gränsdragningsfrågor till tryckfriheten att presenteras i kap. 3.
- iii. *Vem åtnjuter skydd enligt lagen och hur bestäms det skyddsvärda området i praxis?*
Identifieringssätten enligt lagen presenteras och även tillämpningen i praxis i kap. 4.
- iv. *Hur är ansvarssystemet enligt lagen uppbyggt? Hur fastställs ersättningens storlek i praxis?*
För att besvara denna fråga ges en redogörelse i kap. 5 över hur ersättnings- och sanktionssystemet är uppbyggt enligt lagen.
- v. *Finns det anledning att utvidga personlighetskyddet i reklam?*
Denna frågeställning diskuteras i det sjätte och avslutande kapitlet där det är min ambition att framställningens olika delar och frågeställningar i övrigt skall sammanfattas. Här kommer vissa problemområden såsom noterats i framställningens tidigare delar tas upp och diskuteras ytterligare.

1.4 Metod och material

Den metod som har använts i uppsatsen är traditionell juridisk metod. Följaktligen har förarbeten, lagstiftning, doktrin och rättspraxis analyserats. Professor Marianne Levin är en auktoritet på immaterialrättsområdet – inte minst vad gäller personers rätt till sin egen bild – ett rättsområde som delvis berör min framställnings ämne. Jag har därför tagit utgångspunkt i en intressant artikel från 2006 författad av Levin i festskrift till Peter Seipel som översiktligt behandlar de olika sidorna av mitt ämnesval. Det är något förvånande att upptäcka att ämnet inte diskuterats i så många sammanhang efter lagens tillkomst på det sena 1970-talet. Vidare har lagens förarbeten och den kommentar till lagen som upprättats av Jan Bökmark och Bo

Svensson spelat stor roll för efterföljande författare på området och så också för min framställnings upplägg och innehåll.

Den judiciella praxisen på området är sparsam, varför jag har funnit ett värde i att mer ingående behandla domstolarnas överväganden i samtliga de för mig kända rättsfallen för att i någon mån utröna hur den praktiska tillämpningen av lagen sett ut. För att illustrationen av lagens tillämpning ska vara smidig för läsaren att ta till sig har inte ett särskilt avsnitt avsatts för rättsfallsanalys, utan en ingående redogörelse av rättsfallen görs i det sammanhang där det finns störst anledning att diskutera avgörandets sakinnehåll. I vissa fall har avgörandets olika sakbedömningar delats upp på de avsnitt i framställningen där de bäst uppfyller syftet att illustrera tillämpningen av lagens bestämmelser. På grund av uppsatsen utredande och sammanställande natur kommer analysen till viss del att göras löpande i framställningen men i övrigt huvudsakligen i det sista och avslutande kapitel 6 ”sammanfattande analys”.

1.5 Disposition

Inledningsvis har i kapitel 1 bland annat getts en presentation av ämnet och det underliggande syftet med framställningen samt de frågeställningar som ligger till grund för framställningen. I kapitel 2 ges därefter en kort bakgrund till hur skyddet mot utnyttjande i marknadsföring såg ut före lagen om namn och bild i reklams tillkomst samt till det bakomliggande syftet med lagstiftningen. Därefter behandlar kapitel 3 lagens tillämpningsområde, vari vissa grundläggande begrepp utreds samt gränsdragningsproblematiken till tryckfriheten diskuteras. Detta kapitel avser att besvara den andra frågeställningen och peka på de svårigheter som uppkommer i rättstillämpningen med anledning av lagens tillämpningsområde. Här presenteras också den vägledande rättspraxis som finns på området och som det finns anledning att komma tillbaka till ett antal gånger i framställningen. Nästföljande kapitel 4 behandlar frågan om lagens skyddsobjekt och identifieringssätten härför. Kapitel 5 presenterar ansvarssystemet och ämnar titta på hur ersättningen och skadeståndets storlek fastställs i praxis. Slutligen, i det sjätte och avslutande kapitlet sammanfattas framställningens olika delar och frågeställningar samt ytterligare utredande tankar presenteras och diskuteras. Här görs även ett försök till att besvara den fjärde frågeställningen huruvida det finns anledning att utvidga personlighetsskyddet i reklam i framtiden.

2 Lagens bakgrund och syfte

I den kommentar till lagen om namn och bild i reklam som Jan Bökmark och Bo Svensson (fortsättningsvis Bökmark-Svensson) givit ut samma år som lagen trädde i kraft framgår hur det var någorlunda vanligt att enskilda utnyttjades i reklamsammanhang. Det framgår också att det i det övervägande antalet fall skedde med vederbörandes samtycke och att ekonomisk ersättning oftast utgick. Före utgången av 1978 saknade svensk rätt emellertid ett uttryckligt förbud mot att utan samtycke publicera enskild persons bild eller namn. Till skillnad från våra nordiska grannländer kan det inte heller påvisas någon allmän rättsgrundsats av sådan innebörd. Det sagda gäller även när det är fråga om reklam.²⁴ I detta kapitel ska bakgrunden till lagen – särskilt hur diskussionen kring den allmänna rättsgrundsatsen sett ut – och syftet med lagen presenteras. Syftet bakom lagen är viktigt då det kan sägas ange ramarna för lagens tillämpningsområde i stort.

2.1 Allmän rättsgrundsats?

Frågan om någon sådan allmän rättsgrundsats som nämnts ovan avseende publikation av en persons namn eller bild existerade i svensk rätt aktualiserades för första gången i ett rättsfall genom regissören Vilgot Sjömans film år 1967 ”Jag är nyfiken gul”²⁵. Ett senare sådant skadeståndsmål, NJA 1976 s 282²⁶ *Hem till byn*, som aktualiserade rätten till skådespelares egen bild är också av intresse i förevarande sammanhang.²⁷ I det sistnämnda målet hade domstolen bland annat att bedöma huruvida ersättningsskyldighet för utnyttjande av en bild på en känd skådespelare utan samtycke kunde anses följa av s.k. allmänna rättsgrundsatser av den innebörden att en bild inte får utnyttjas i reklam utan den avbildades tillstånd.

Den aktuella bilden hade tagits under inspelningen av TV-filmen ”Hem till byn” och därefter kommit till användning i tidningen Året Runts marknadsföring som illustration till den romanversion av TV-filmen de publicerade som följetong. En del av bilden hade återgivits på en affisch som sattes upp i bussar i ett flertal svenska städer, i tunnelbanestationer i Stockholm och även i tidningsannonser för Året Runt. Tingsrätten – vars dom ändrades av hovrätten men fastställdes av HD – ansåg inte att någon sådan allmän rättsgrundsats om rätt till egen bild förelåg, varför talan ogillades. Justitierådet Knutsson i HD uttalade särskilt att goda skäl kunde anföras för att en enskilds bild – och än mer vad gäller skådespelares och andra artisters – inte utan samtycke bör få användas i reklam. Mot bakgrund av den pågående utredningen om rätt till egen bild fann han det dock inte lämpligt att införa skadeståndsansvar genom rättspraxis på det som han uttryckte det ”speciella område som den kommersiella reklamen utgör”.

²⁴ Bökmark-Svensson, s. 8-9; Levin 1986, s. 69.

²⁵ Svea HovR DT 242/1968, T 59/1968, *Nyfiken gul*. Se Levin 1986, s. 69-70; Bökmark-Svensson, s. 54.

²⁶ NIR 1976 s 335 (”Hem till byn”)

²⁷ Bökmark-Svensson, s. 52-54.

Av det ovan anförda anser både Bökmark-Svensson och Levin att man torde kunna slå fast att det i Sverige inte kan påvisas någon sådan allmän rättsgrundsats om personlighetsskydd och ersättningsskyldighet vid kommersiell användning av någons bild utan samtycke som skådespelaren sökte alternativt stöd i. Inte heller innebär lagen om namn och bild i reklam att någon sådan allmän rättsgrundsats har införts. Förarbetena till lagen betonar emellertid att densamma kan tjäna som en utgångspunkt för fortsatt utbyggnad av personlighetsskyddet på angränsande områden. I anslutning till *Hem till byn* har påpekats att eftersom det i fallet rörde sig om marknadsföring av en tryckt skrift genom reklamåtgärder i tryckt skrift, affischer m.m. torde de tryckfrihetsrättsliga hänsynen väga tyngre än de immaterialrättsliga eller integritetsskyddande aspekterna, detta även efter införandet av lagen om namn och bild i reklam (mer om reklamens förhållande till tryckfriheten under kap. 3 nedan).²⁸ Med detta påstående torde vilja påvisas hur det är sannolikt att rättsfallet skulle ha fått samma utgång även om lagen om namn och bild i reklam varit ikraft vid tillfället för lagens bedömning på grund av dess konflikt med tryckfriheten (jmf rättsfallet *Skådespelarkalender* under 3.1.3 där de tryckfrihetsrättsliga hänsynen gavs företräde).

Levin framhåller att ett bildskydd således måste baseras på uttryckliga lagbestämmelser eller avtal, någon allmän personlighetsrätt tycks inte vara erkänd i svensk rätt. Levin framhåller vidare att mot bakgrund av påpekandet om att tryckfrihetsrättsliga hänsyn ges företräde blir justitieråd Knutssons uttalande speciellt intressant. Det är beaktansvärt av den anledningen att det framstår som han menade att om inte integritetsskyddsutredningen varit tillsatt vid tiden för avgörandet kunde utgången i det aktuella fallet ha blivit en annan än den blev. Således skulle rätten till ersättning för ren förmögenhetsskada ha kunnat utvidgas genom rättspraxis.²⁹ Levin gör en intressant iakttagelse här. Det kan tyckas något besynnerligt att varken tingsrätten eller HD tar upp och diskuterar frågan om det finns någon sådan allmän rättsgrundsats för individs egen bild som görs gällande i målet. HD fastställde istället tingsrättens dom vari det endast kort konstateras att någon sådan allmän rättsgrundsats av sådant innehåll inte kunde anses föreligga.

2.2 Utnyttjande och snyltning

På grund av avsaknaden av rättsliga garantier låg fältet fritt för mindre nogräknade marknadsförare att utnyttja enskilda namn eller bild i reklamsammanhang. Detta ingav oro med hänsyn till riskerna för missbruk.³⁰ På grundval av förslag från 1966 års integritetsskyddskommitté, *Reklam och Integritet* (SOU 1976:48), infördes år 1979 lagen om namn och

²⁸ Bökmark-Svensson, s. 54; Levin 1993, s. 564; Levin 1986, s.70-71, P. Danowsky m.fl. *Bildrätt. Fotografier och teckningar i lagar och avtal*, 1980 [cit. Danowsky m.fl.], s. 96-98.

²⁹ Levin 1986, s. 72.

³⁰ Bökmark-Svensson, s. 9.

bild i reklam. Vid lagens tillkomst anförde föredragande statsrådet bl.a. att: ”Även om det inte alltid behöver vara förenat med obehag för den enskilde att förekomma i reklam, kan det naturligtvis vara det. Det framstår nästan som en självklarhet att den enskilde själv måste få bestämma om han överhuvud taget vill bli utnyttjad för reklamändamål och vad han i så fall vill göra reklam för. Med den omfattning och genomslagskraft som den moderna marknadsföringen har är det av central betydelse för den enskilde att kunna förhindra att hans bild eller namn förknippas med produkter eller tjänster som han inte gillar.”³¹

Det är mot denna bakgrund lagen om namn och bild i reklam skall ses. Annans namn och bild skyddas nu enligt lagen gentemot obehörigt *utnyttjande* i reklam. Lagen, som främst är tänkt att innefatta ett straffsanktionerat skydd mot integritetskränkning i reklamsammanhang, får för vissa personkategorier såsom exempelvis artister, skådespelare och professionella idrottsutövare även en avsevärd ekonomisk betydelse. För dessa personkategorier är det naturligt att dra ekonomisk nytta av den image vederbörande har skapat genom sin konstnärliga respektive idrottsliga verksamhet genom att frivilligt medverka i olika former av marknadsaktiviteter mot ersättning. Skyddsreglerna får här då ett markerat immaterialrättsligt inslag då dess främsta betydelse för dessa personer är att de markerar individens självbestämmanderätt i fråga om villkoren för sådan medverkan i exempelvis reklamkampanjer eller genom försäljning av kläder och andra artiklar.³² Vidare medför lagen om namn och bild i reklam ett motsvarande skydd som det som tillkommer skådespelare, musiker och andra *utövande konstnärer* för sin prestation enligt 45 § UrL för personer som inte kan åberopa upphovsrättslagens bestämmelser, t.ex. idrottsstjärnor. Förhållandet illustrerar ytterligare sambandet mellan skyddet för eget namn och/eller bild och den immaterialrättsliga regleringen. Bökmark-Svensson framhåller att anledningen till att bestämmelserna om namn och bild i reklam placerats i en särskild lag – och inte i t.ex. brottsbalken – beror bland annat på att man därigenom får en naturlig utgångspunkt för en fortsatt utbyggnad av personskyddet på angränsande områden.³³

Vad gäller lagens syfte sägs bland annat i lagens förarbeten att bestämmelsen i första hand bör rikta in sig på referenser som innefattar snyltning på enskilda personers renommé, trovärdighet eller liknande. Om en sådan avsikt kan visas bör förfarandet vara otillåtet även om den avbildade eller namngivna personen i och för sig intar en blygsam plats i den annons eller liknande som det är fråga om. Vidare sägs det här att kravet på att reklamåtgärden skall innebära att annans identitet utnyttjas innebär att

³¹ Prop. 1978/79:2 s. 3 f.

³² Bökmark-Svensson, s 9; K. Malmsten, *Idrottsutövares namn och bild i reklam*, 2001 [cit. Malmsten], s. 156; Bernitz, s. 118, 120. Det sistnämnda utgör en form av s.k. ”character merchandising” och innebär att marknadsföring sker ”med utnyttjande av kända personer eller figurer såsom artister eller idrottsstjärnor eller seriefigurer och andra litterära figurer. Här brukar framför allt skydd för namn och bild respektive upphovsrättsligt skydd för figuren kombineras med varumärkesskydd.”, Bernitz, s. 353.

³³ Bökmark-Svensson, s 9-10; Malmsten, s. 156.

snyltningmomentet i gärningen skjuts i förgrunden. Det klandervärda ligger i att näringsidkaren så att säga åberopar den andra som argument för den nyttighet han marknadsför och därmed söker dra vinning av dennes utseende, anseende eller liknande.³⁴ Resonemanget kommer att utvecklas vidare i kapitel 4.2.1 (jmf även med *Kjell-Olof Feldt I* under 4.4 och *Hälsomedelsfallet* under 5.1).

Att syftet bakom lagen dels är att förse skydd mot obehörigt utnyttjande av persons namn eller bild i reklam (integritetskränkningen), dels att tillgodose ett ekonomiskt intresse hos den som nämns belyses i ett rättsfall från Uddevalla tingsrätt (2007)³⁵, *Fastighetsmäklarfallet*. Omständigheterna i fallet var sådana att en fastighetsmäklare hade vid försäljning av en fastighet i reklam angett försäljningsobjektet som ”Regans tomt”. Fråga i målet var därför om fastighetsmäklaren uppsåtligen eller av grov oaktsamhet utan samtycke använt sig utav målsägandes förnamn Regan vid marknadsföring och därmed gjort sig skyldig till brott enligt 2 § lagen om namn och bild i reklam.

Tingsrätten uttalade att det i lagstiftningsarbetet har angivits att lagen avser att skydda personer mot obehörigt utnyttjande av deras namn eller bild i reklam och att departementschefen använde begreppet ”hänsynslös snyltning” för att närmare ange lagens syfte. Tingsrätten konstaterar att redan av det faktum att orden ”Regans tomt” i förevarande fall har angetts på första sidan av en objektsbeskrivning, vilken på nästa sida anger Dan Regan Karlsson som ägare till tomten, följer att det inte är ett brott i lagens mening. Avsikten med lagen är också att tillgodose ett ekonomiskt intresse hos den som nämns, dvs. reklam i eget vinningsintresse. Tingsrätten gick på fastighetsmäklarens linje och fann att vad fastighetsmäklaren gjort således klart föll utanför lagens tillämpningsområde, varför det aldrig fanns anledning att gå in på huruvida fastighetsmäklaren uppsåtligen eller av grov oaktsamhet brutit mot lagen.

Av rättsfallet framgår således att det grundläggande rekvisitet för lagens tillämpning är huruvida ett obehörigt utnyttjande av annans namn eller bild i reklam som innefattar en ”hänsynslös snyltning” av den åberopade personens renommé, anseende eller liknande har förelegat. Av tingsrättens kortfattade domskäl måste anses följa att åtalet ogillades på den grund att användningen av namnet inte hade någon som helst snyltningsskarakter och det inte heller var något ekonomiskt intresse hos den utnyttjande som gick förlorat. Sammanfattningsvis kan utifrån vad som lyfts fram i detta kapitel konstateras att ikraftträdandet av lagen om namn och bild i reklam innebär inte att det införts någon sådan allmän rättsgrundsats avseende rätten till egen bild. Däremot har i förarbetena till lagen betonats att lagen kan tjäna som en naturlig utgångspunkt för en fortsatt utbyggnad av personlighetsskyddet på angränsande områden. Vidare har framkommit att lagens skydd mot obehörigt utnyttjande av enskilda namn eller bild i reklamsammanhang bör rikta in sig på referenser som innefattar snyltning på enskilda personers renommé, trovärdighet eller liknande. Kravet på att annans identitet utnyttjas innebär att gärningens snyltningmoment skjuts i förgrunden. Härutöver har sambandet mellan lagens bestämmelser och immaterialrätten påpekats.

³⁴ Prop. 1978/79:2, s 56; specialmotiveringen, s. 62.

³⁵ Mål nr B 2195-07.

3 Lagens tillämpningsområde

Som namnet antyder har lagen om namn och bild i reklam ett begränsat tillämpningsområde. Vad som komplicerar tillämpningen av lagen ytterligare är förhållandet mellan reklam och tryckfrihet och hur gränsen däremellan närmare skall dras.³⁶ Den fortsatta framställningen kommer bland annat att behandla denna gränsdragningsproblematik, men också lagens tillämpningsområde i stort. Belysande exemplifiering kommer att ske med hjälp utav relevant rättspraxis på området.

Utgångspunkten för den fortsatta framställningen är lagens första paragraf som föreskriver ett förbud för *näringsidkare* att vid *marknadsföring av vara, tjänst eller annan nyttinghet* använda *framställning* i vilken annans namn eller bild utnyttjas utan dennes *samtycke* (min kursivering). Vad som här sägs om näringsidkare gäller även anställd hos näringsidkare och annan som handlar på näringsidkares vägnar.

3.1 Reklam och yttrandefrihet

3.1.1 Allmänt om reklam, yttrandefrihet och kommersiell reklam

Som tidigare redogjorts finns det i svensk rätt inget generellt förbud mot att utan tillstånd utnyttja personbilder, namn eller andra personidentifikatorer. Att individer skall åtnjuta skydd mot utnyttjade i reklamsammanhang markeras i Internationella handelskammarens (ICC) Grundregler för reklam artikel 9 (integritetsskydd) som föreskriver att reklam inte utan att tillstånd inhämtats i förväg får avbilda eller åberopa viss person, vare sig som privatperson eller i offentlig funktion. Sedan den 1 januari 1979 krävs det enligt lagen om namn och bild i reklam tillstånd från den som omnämns eller avbildas i *reklamsammanhang*. Lagens rubrik talar om ”reklam”, ett begrepp som i många sammanhang konstaterats vara varken entydigt eller särskilt lätt att avgränsa.³⁷ Enligt ICC:s Grundregler för reklam skall uttrycket tolkas i dess vidaste betydelse så att det innefattar ”varje yttring av reklam för varor, tjänster och andra nyttingheter, oavsett medium”.³⁸ Såsom termen reklam vanligen används torde det ingå att det ska vara fråga om någon form av masskommunikation eller åtminstone aktiviteter som vänder sig till en större personkrets.³⁹ I praktiken torde det enligt Bökmark-Svensson vara vanligast med missbruk av annans namn och bild i samband

³⁶ Levin 2006, s. 330.

³⁷ Levin 2006, s. 334; Levin 1993, s. 560-561. Jmf SOU 1976:48, *Reklam och integritet. Betänkande av integritetskommittén*, [cit. SOU 1976:48] s. 19 ff.

³⁸ ICC:s Grundregler för reklam, definitioner, s 2.

³⁹ Malmsten, s. 158.

med annonsering, filmreklam, trafik- och annan utomhusreklam, trycksaker och direktreklam, mässor och utställningar, demonstrationer, varuprov, gåvor och presentreklam m.m. Emellertid är inte lagen begränsad till att gälla endast meddelanden som genom massmedia riktar sig till grupper av mottagare, utan gäller för alla slags medier och oavsett om framställningen vänder sig till en eller ett fåtal mottagare. Däremot kan spridningens omfattning motivera en mildare brottspåföljd och lägre skadestånd. Bökmark-Svensson uppmärksammar att det i praktiken emellertid kan vara svårt att upptäcka reklam som inte sprids via massmedierna.⁴⁰

Sedan lång tid tillbaka har vi i Sverige värnat rätten att fritt få uttrycka olika åsikter såväl i tal som i tryckta skrifter. Att yttrandefriheten i dess olika former anses som samhällsviktig framgår bland annat av att den åtnjuter grundlagsskydd genom Tryckfrihetsförordningen, Yttrandefrihetsgrundlagen och Regeringsformen.⁴¹ Av Regeringsformens 2 kap. 12 och 13 §§ följer att yttrandefriheten i näringsverksamhet får begränsas genom lag. Av samma kapitels första paragraf sista stycket RF följer dock att TF är exklusivt tillämplig på tryckta skrifter, varför de nyssnämnda bestämmelserna i RF inte är tillämpliga på tryckta skrifter⁴². Enligt 1 kap. 5 § TF hänförs bild – även då den inte åtföljs av text – till skrift och åtnjuter således tryckfrihetsrättsligt skydd. Den helt övervägande delen av alla marknadsföringsåtgärder i Sverige sker med utnyttjande av sådant alster som framställts i tryckpress och som enligt ovan omfattas av TF:s grundlagsskyddade exklusivitet och som numera även faller inom YGL:s tillämpningsområde. Om TF vore exklusivt tillämplig också på all reklam som sker i tryckt skrift skulle lagen om namn och bild i reklam vara helt verkningslös. En mycket viktig fråga avseende lagens tillämpningsområde är därför i vilken utsträckning det är möjligt att genom lag begränsa yttrandefriheten i tryckt skrift. Gränsdragningen till tryckfriheten blev därför en särskilt omdebatterad fråga i samband med införandet av lagen. En av Lagrådets ledamöter fann att lagen om namn och bild i reklam stod i strid med grundlag på grund av TF:s uteslutande exklusivitet och generella censurförbud i 1 kap. 2 §. Övriga ledamöter var visserligen av en annan åsikt men påpekade också att den föreslagna lagstiftningen innehöll en del oklarheter som kunde skapa gränsdragningsproblem i förhållande till bl.a. tryckfriheten.⁴³ I 1 kap. 9 § sägs om reklam endast att ”utan hinder av TF gäller vad i lag är stadgat om förbud mot kommersiell annons i den mån annonsen används vid marknadsföring av alkoholhaltiga drycker eller tobaksvaror”. Bökmark-Svensson framhåller att det emellertid kan sägas ha varit en allmän om än i viss mån debatterad uppfattning att ingripande mot kommersiell reklam i avsevärd omfattning har kunnat ske utan hinder av TF också tidigare, dock inte i form av totalförbud.⁴⁴

⁴⁰ Bökmark-Svensson, s. 11, 17.

⁴¹ Lindell-Frantz, s. 357.

⁴² I 1 kap. 3 § TF sägs att ”för missbruk av tryckfriheten eller medverkan däri må ej någon i annan ordning eller i annat fall än denna förordning bestämmer kunna tilltalas eller dömas till ansvar eller ersättningsskyldighet eller skriften konfiskeras eller läggas under beslag”.

⁴³ Prop. 1978/79:2, s. 71 f., 78 ff. Se Levin 1993, s 561.

⁴⁴ Bökmark-Svensson, s 35-36.

Frågan om den kommersiella reklamens förhållande till tryckfriheten har även behandlats i samband med tillkomsten av 1970 års lag mot otillbörlig marknadsföring (1970:412) samt utförligt av massmedieutredningen i betänkandena *Tryckfriheten och reklamen* (SOU 1972:49) och *Massmediegrundlag* (SOU 1975:49). Även i samband med tillkomsten av vår yttrandefrihetsgrundlag diskuterades gränsdragningen mellan kommersiellt och tryckfrihetsrättsligt skyddat material och departementschefen framhöll bland annat:

”Mitt förslag – att den ordning som nu gäller för förhållandet mellan reklam och tryckta skrifter skall bestå – innebär att det inte heller i fortsättningen kommer att vara reglerat i TF i vilken mån ingripande kan ske enligt vanlig lag, främst marknadsföringslagen, med anledning av kommersiella yttranden i redaktionell text...” ”... För att ingripande skall kunna ske vid sidan av TF krävs enligt rådande rättsuppfattning att meddelandet lämnas i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte och har rent kommersiella förhållanden till föremål (prop. 1978/79:2 s 72). Att detta skulle kunna anses vara fallet beträffande redaktionell text i en periodisk skrift – om man bortser från det fall där ägaren eller utgivaren gör reklam för egna produkter – bedömer jag det som uteslutet...”⁴⁵.

Marianne Levin framhåller hur det av dessa diskussioner kan slutas att TF:s syfte begränsar räckvidden av förordningens straff- och processrättsliga exklusivitet, och hur det är budskapets innebörd som avgör i vilken omfattning ingripande kan ske utanför TF:s ram. I viss utsträckning har därför kommersiell reklam ansetts kunna regleras i särskild ordning i MfL och lagen om namn och bild i reklam. Dessa lagar kan endast tillämpas på reklam som är av rent kommersiell natur och har ett kommersiellt syfte och kan inte ingripa mot sådant som ingår som ett led i åsiktsförmedling eller åsiktspåverkan, dvs. marknadsföring av politiska partier, ideell och icke-kommersiell reklam m.m. Sådan sistnämnd marknadsföring kan enbart angripas med hjälp av TF:s särskilda ansvarssystem (jmf 5 kap. TF). Det kan vara illustrativt att här nämna att talan om tryckfrihetsbrott i NJA 2003 s. 25, *Skådespelarkalender*, avvisades.⁴⁶

Under vissa förhållanden anses sålunda kommersiell reklam falla utanför det område där fullt tryckfrihetsrättsligt skydd föreligger, varför endast kommersiell reklam kan bli föremål för ingripande enligt dagens straffrättsliga reglering. *Kommersiell reklam* syftar till att öka omsättningen av en näringsidkares varor och tjänster medan *icke-kommersiell reklam* – ideell reklam – innefattar information, åsiktsannonsering och propaganda från politiska partier och religiösa eller andra ideella sammanslutningar. Det sades i förarbetena att trots att det för den enskilde torde vara förenat med lika stort obehag att ofrivilligt göras till föremål för ideell reklam som kommersiell reklam – skulle en sådan reglering vara i vägen för den fria opinionsbildningen. Dessutom skulle en straffrättslig reglering av missbruk av namn och bild i ideell reklam få konsekvenser i tryckfrihetsrättsligt hänseende då endast delar av den kommersiella men inte den ideella reklamen anses falla utanför delar av den tryckfrihetsrättsliga regleringen⁴⁷.

⁴⁵ Prop. 1986/87:151 om ändringar i tryckfrihetsförordningen m.m. s. 53-54.

⁴⁶ Levin 2006, s. 337-338; Levin 1993, s. 561-562; Bökmark-Svensson, s. 39.

⁴⁷ Prop. 1978/79:2, s. 59 f.

Härutöver framstår snyltningsmomentet som mera uttalat vid kommersiell reklam då sådan reklam syftar till att näringsidkaren berikar sig. I lagstiftningsärendet uttalade departementschefen en förhoppning att de värderingar som kommer till uttryck i lagstiftningen beträffande den kommersiella reklamen skall färga av sig också på andra områden. Bökmark-Svensson menar att utvecklingen får visa om förhoppningen infrias eller om det blir nödvändigt att gå vidare och låta den lagfästa integritetsskyddet omfatta även den ideella reklamen.⁴⁸

Vissa oklarheter avseende bedömningen om en framställning är av rent kommersiell natur eller ej kvarstår dock. Exempelvis kan gränsen mellan kommersiell och icke-kommersiell reklam vara svår att dra vid s.k. blandande meddelanden som karaktäriseras av att de innehåller både åsikter och kommersiella meddelanden på samma gång. Likaså kan svårigheter vid s.k. textreklam, dvs. reklam i redaktionell text förutses. Mot bakgrund härav är det – i enlighet med förarbetena till marknadsföringslagen och senare praxis – en grundläggande princip att vid tveksamhet avseende de nya reglernas tillämplighet ge de tryckfrihetsrättsliga synpunkterna företräde, dvs. utgå ifrån att TF är tillämplig och inte utkräva något straffrättsligt ansvar.⁴⁹

Sammanfattningsvis kan sägas att vid publicering av kommersiell reklam i tryckt skrift uppkommer fråga om TF:s⁵⁰ bestämmelser är tillämpliga eller ej. Då TF endast talar om reklamförbud avseende tobak och alkohol (1 kap. 9 §) torde således TF i princip skydda annan reklam. Som har framgått ansåg dock lagstiftaren att ingripanden kan ske enligt lagstiftning utanför TF om reklamåtgärderna är av utpräglat kommersiell natur.⁵¹ Lagen om namn och bild i reklam omfattar därför endast kommersiell reklam, dvs. avsättningsfrämjande åtgärder som vidtas av näringsidkare. Lagen är således tillämplig enbart på reklam av kommersiell natur och kommersiellt syfte. Annan marknadsföring faller utanför såväl lagen om namn och bild i reklam som MfL och ingripande kan då enbart ske med stöd av TF:s särskilda ansvarssystem. Då bedömningen om en framställning är av rent kommersiell natur eller ej inte sällan är förenad med svårigheter är det en grundläggande princip att vid oklarhet ge de tryckfrihetsrättsliga synpunkterna företräde.⁵²

⁴⁸ Bökmark-Svensson, s. 12-14, 17, 35-36.

⁴⁹ Bökmark-Svensson, s. 35-36; Levin 1993, s. 561-562. Jmf Prop. 1978/79:2 s 57 f.

⁵⁰ Då YGL har tillkommit efter lagen om namn och bild i reklam uppehöll sig lagstiftaren ur grundlagssynpunkt endast vid TF. De uttalanden som gjordes här avseende TF torde dock äga motsvarande tillämpning på YGL. Malmsten, s 159.

⁵¹ Malmsten, s. 159.

⁵² Levin 1993, s. 561-562.

3.1.2 Lagteknisk lösning

Mot den ovan givna bakgrunden valde departementschefen att utforma lagens räckvidd i enlighet med den dåvarande Marknadsföringslagen (1975:1418). För det första skulle näringsidkares reklamåtgärder omfattas av lagen och för det andra skulle det vara fråga om avsättningsfrämjande reklam.⁵³ Levin framhåller hur detta inte stämmer överens med nuvarande Marknadsföringslag (1995:450) vilket möjligen kan skapa frågetecken avseende lagens exakta räckvidd. Lagrådet fann härutöver att det vore lämpligast att helt undvika begreppet ”reklam” (förutom i lagens rubrik) och istället – i enlighet med dåvarande marknadsföringslags ordbruk – använda ordet ”framställning”, se t.ex. 6 § MfL där begreppet används. Lagens begrepp kan i övrigt tolkas i enlighet med de definitioner som numera finns angivna i 3 § MfL.⁵⁴ Enligt Malmsten har uttrycket *framställning* en vidsträckt innebörd och omfattar ”varje form genom vilken man meddelar sig med andra, oavsett om det sker i skrift eller tal, genom bild eller annan särskild anordning”. Han framhåller vidare hur det i lagens förarbeten uttryckts att paragrafen förbjuder näringsidkare att i sin marknadsföring tillämpa reklamförfaranden som innebär att namn eller bild på viss person utnyttjas utan att denna har lämnat sitt samtycke till detta.⁵⁵

Att MfL kom att utgöra grundvalen för den lagtekniska lösningen medför att termen *marknadsföring* således torde ha samma räckvidd som här och innefattar då all reklam och andra *avsättningsfrämjande åtgärder i näringsverksamhet* som vidtas i kommersiellt syfte och har rent kommersiella förhållanden till föremål. Den omfattar alla slag av varor, tjänster och nyttigheter och alla distributions- och säljformer. Marknadsföringslagen gäller även för kommersiell reklam på Internet riktad mot den svenska marknaden. Däremot – som följer av tidigare avsnitt – omfattas inte framställningar som inte rör rent kommersiella förhållanden som t.ex. opinionsskapande reklammeddelanden.⁵⁶ Således gäller lagen alla marknadsföringsåtgärder som en näringsidkare vidtar, t.ex. tidningsannonser och skyltar – även om dessa bara finns i det egna skyltfönstret. Förarbetena anger att reklambegreppet omfattar alla kommersiella reklammeddelanden oavsett i vilket medium de förs fram. Det har vidare ingen betydelse om meddelandet riktar sig till konsumenter eller till andra.⁵⁷

Vidare talar lagen om *vara, tjänst eller annan nyttighet*. För att förtydliga vad som menas härmed torde – i enlighet med det ovan anförda – den senare marknadsföringslagen kunna användas, vilken är tillämplig på marknadsföring av ”produkter”, varmed avses varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter (1 och 3 §§).⁵⁸ Hovrätten över Skåne

⁵³ Prop. 78/79:2, s. 60.

⁵⁴ Levin 2006, s 334; Levin 1993, s. 560-561; Karnov, lagkommentarer fotnot 1. Jmf Prop. 1978/79:2 s. 72.

⁵⁵ Malmsten, s. 158

⁵⁶ Bernitz, s. 288-289.

⁵⁷ Danowsky, s. 101. Jmf Prop. 1978/79:2, s 60.

⁵⁸ Malmsten, s. 158

och Blekinge har diskuterat innebörden av uttrycket ”vara, tjänst eller annan nyttighet” i ett rättsfall från 2004⁵⁹, *Journalistfallet*. I fallet hade en invandrarfientlig partiman låtit en av journalist författad artikel om honom medfölja ett kampanjutskick. Fråga var i målet bland annat om lagen om namn och bild i reklam var tillämplig på marknadsföringen, om skadestånd skulle utgå och hur stor en eventuell ersättning skulle vara.

Journalisten Anna Hejdenberg Stoltz skrev år 1994 en artikel med rubriken ”Kenneth Sandgren valets storsegrare” som publicerades i Sydsvenska Dagbladet. Sex år senare användes denna artikel i ett utskick i anslutning till ”Sverigekampanjen för det goda folkhemmet” i vilket partimannen Sandgren var engagerad. Journalisten yrkade ersättning med 25 000 kr såsom skäligt vederlag för nyttjande, ideell skada och kränkning enligt upphovsrättslagen samt såsom skäligt vederlag avseende nyttjande av verk och ersättning för annan skada enligt lagen om namn och bild i reklam. Till stöd för sin talan anförde journalisten att Sandgren utan tillstånd hade låtit mångfaldiga och distribuera artikeln i ett sammanhang som innehöll såväl reklam som politisk propaganda. Sandgren hade gjort intrång i hennes ekonomiska förfoganderätt och vållat henne lidande eller annan skada enligt upphovsrättslagen och lagen om namn och bild i reklam, varför hon var berättigad till ersättning enligt yrkandena.

Tingsrätten konstaterade att enligt förarbetena till lagen om namn och bild i reklam bestäms begreppet ”marknadsföring” av de förarbeten som föregått (den tidigare) marknadsföringslagen. Av propositionen till den sistnämnda lagen framgår att begreppet ”annan nyttighet” i och för sig är vidsträckt och kan omfatta t.ex. elektrisk kraft, aktier och värdepapper, krediter samt rättigheter av olika slag. Att den skulle innefatta spridande av politisk propaganda förefaller emellertid inte vara avsett. Enligt tingsrättens mening krävs det också att åtgärden har ett avsättningsfrämjande syfte för att anses som en marknadsföringsåtgärd. Tingsrätten konstaterade att det aktuella utskicket hade till syfte att sprida politisk propaganda och inte att marknadsföra ”vara, tjänst eller annan nyttighet”. Detta gällde alldeles oavsett om något utskick må ha innehållit en erbjudan om att prenumerera på Sverigedemokraternas tidning ”SD-kuriren”. Då lagen om namn och bild i reklam inte var tillämplig utgick skadestånd följaktligen inte på denna grund. Tingsrätten fann däremot att upphovsrättsintrång förelåg och förpliktade Sandgren att utge skadestånd enligt upphovsrättslagen med 2 200 kr.

Lagen om namn och bild i reklam bedömdes således inte tillämplig i målet då spridande av politisk propaganda inte ansågs innefattas av uttrycket marknadsföring av ”vara tjänst eller annan nyttighet”. Dessutom hade det aktuella utskicket inget avsättningsfrämjande syfte, det syftade till att sprida politisk propaganda och inte till att marknadsföra vara tjänst eller annan nyttighet. Det förefaller anmärkningsvärt att inte tingsrätten direkt ogillade talan enligt lagen om namn och bild i reklam på den grund att användningen inte hade ett sådant avsättningsfrämjande – kommersiellt – syfte som är en grundläggande förutsättning för lagens tillämpning. Istället gick tingsrätten in på en diskussion huruvida politisk propaganda kan utgöra del av ”marknadsföring av vara, tjänst eller annan nyttighet”. Förvisso kom rätten fram till att så inte var fallet men enligt min mening hade det varit tillräckligt att – i enlighet med de uttalanden som presenterats från lagens förarbeten tidigare – konstatera att lagen om namn och bild i reklam inte omfattar sådan ideell reklam som här var för handen. Att tingsrätten diskuterade kring utskicket syfte att sprida politisk propaganda visar på att hänsyn tagits till framställningens karaktär av s.k. ”blandat meddelande”,

⁵⁹ Mål nr Ö 484-04.

som i det här fallet utgjordes av en framställning som innehåller både ett politiskt och avsättningsfrämjande budskap. Tingsrätten gjorde inte någon avvägning av hur stor del av utskicket som utgjordes av det kommersiella meddelandet utan nöjde sig med att konstatera att det politiska syftet gäller ”alldeles oavsett om något utskick må ha innehållit en erbjudan om att prenumerera på Sverigedemokraternas tidning ”SD-kuriren”, dvs. alldeles oavsett om utskicket därmed haft ett uppenbart kommersiellt syfte att värva nya prenumeranter. Med detta uttalande måste tingsrätten ha menat att utskickets politiska budskap var så starkt att huruvida utskicket även innehållit ett prenumerationserbjudande för det politiska partiets tidning eller ej inte skulle medföra att utskicket fått ett rent avsättningsfrämjande syfte. Journalisten vann principfrågan om upphovsrättsbrott men eftersom talan endast bifölls i så liten del utgick endast en tiondel av det yrkade beloppet i ersättning för utnyttjandet. Härutöver förpliktades journalisten av hovrätten till att ersätta hälften av mannens rättegångskostnader i tingsrätten (18 500 kr) och hela det yrkade beloppet för rättegångskostnaderna i hovrätten (5 625 kr). Det kan vara illustrativt att här konstatera att det blev dyrt för journalisten att vinna målet om upphovsrätt.

3.1.3 Blandade meddelanden

Vad gäller den under 3.1.1 presenterade gränsdragningsproblematiken avseende reklamens förhållande till tryckfriheten kan den sägas ha i viss mån preciserats genom de två prejudicerande avgörandena från högsta domstolen NJA 1999 s 749, *Robert Gustafsson*, och NJA 2003 s 25, *Skådespelarkalender*. Som vi ska se påpekade HD i 2003 års fall att gränsdragningen mellan de fall som skyddas av tryckfriheten och de som faller utanför är delvis oklar.

I NJA 1999 s 749, *Robert Gustafsson*⁶⁰, hade på baksidan av ett tidningsnummer av den pornografiska tidskriften *Aktuell Rapport* utan tillstånd en bild av den kände skådespelaren Robert Gustafsson återgivits i förening med texten ”BÄTTRE ÄN BJÖRNES MAGASIN!”, tidningens logotyp samt prisuppgift. Den aktuella baksidan visar hur Robert G håller ett exemplar av tidningen och med förtjusning studerar dess mittuppslag, som vanligtvis innehåller en så kallad utvikiningsbild. Vid tidpunkten då tidningen utgavs var Robert G redan en känd skådespelare och Björnes Magasin ett känt barnprogram i TV som Robert G hade medverkat i både som idégivare och skådespelare. Det framgick vidare tydligt av framställningen att det är denna tidning som Robert G tittar i. Fråga i målet var om framställningen var av sådan utpräglad kommersiell natur och därmed utgörande reklam för tidskriften att lagen om namn och bild i reklam blev tillämplig samt om utnyttjandet av Robert G:s bild skulle medföra ansvar och ersättningsskyldighet enligt samma lag. Åtal med yrkande om ansvar enligt 2 § lagen om namn och bild i reklam väcktes mot

⁶⁰ Se också NIR 2000 s 108 (”Robert Gustafsson”). Jfr NJA 2001 s 319 vari fråga var i resningsärendet om tillämpningen av 1 kap. 9 § tryckfrihetsförordningen på en annons som utgör ett s.k. blandat meddelande.

tidningens ansvarige utgivare för att – genom utformningen av sista sidan – vid marknadsföring av tidskriften uppsåtligt eller av grov oaktsamhet ha använt framställning i vilken Robert G:s bild utnyttjats utan dennes samtycke. Robert G yrkade under åberopande av den av åklagaren angivna gärningen och 3 § lagen om namn och bild i reklam förpliktande för ansvarig utgivare Jon K och hans arbetsgivare TRE-MAG Sweden AB att till honom utge ett belopp om 150 000 kr avseende dels vederlag för utnyttjande av bilden med 75 000 kr dels ideellt skadestånd för det lidande han åsamkats genom publiceringen av bilden med 75 000 kr. Härutöver yrkade Robert G – med stöd av 6 § lagen om namn och bild i reklam – åläggande för Jon K och hans arbetsgivare att solidariskt bekosta tryckning av tingsrättens dom.

Inledningsvis diskuterade tingsrätten huruvida den aktuella baksidan anses vara av sådan rent kommersiell natur så att lagen om namn och bild i reklam var tillämplig på framställningen. Tingsrätten gjorde bedömningen att texten ”BÄTTRE ÄN BJÖRNES MAGASIN!” fick anses vara ett sådant omdöme som i och för sig skyddas av TF. Det enda syftet med framförandet av åsikten torde dock vara att uppmana till att köpa tidningen, varför omdömet måste anses ingå som ett led i ett rent kommersiellt budskap. Framställningen måste anses ha en rent kommersiell karaktär och utgöra kommersiell reklam för och således även marknadsföring av tidskriften varför TF inte hindrar tillämpning av lagen om namn och bild i reklam. Tidningens ansvarige utgivare – med vetskap om bilden och textens införande – borde ha insett att framställningen skulle uppfattas som marknadsföring, varför det har varit grovt oaktsamt att likväl olovligen använda bilden på Robert G. Tingsrätten dömde – som senare fastställdes av hovrätten och HD – ansvarige utgivare Jon K enligt 2 § lagen om namn och bild i reklam till 80 dagsböter å 110 kronor. Vad därefter gällde Robert G:s ersättningsyrkande mot ansvarig utgivare Jon K fann tingsrätten inte att sådana synnerliga skäl som kan göra arbetstagare ersättningskyldig för handling i tjänsten enligt 3 § 2 st lagen förelåg (mer om tingsrättens bedömning i denna fråga följer under 3.2.1). Istället förpliktades dennes arbetsgivare TRE-MAG att utge ersättning till Robert G dels avseende vederlag för utnyttjande av bilden uppgående till 75 000 kr, dels avseende det lidande som publiceringen åsamkat Robert G med 50 000 kr. (Se 5.2 och 5.3 för en mer ingående diskussion kring det av domstolarna bestämda vederlaget samt avseende sådan annan skada). Tingsrätten fann vidare att något beslut om åläggande att bekosta tryckning av domen inte borde meddelas eftersom domen kunde förväntas få erforderlig publicitet även utan sådant åläggande.

HD framhöll i sina domskäl att tryckfrihetsförordningen bland annat skyddar rätten att i tryckt skrift yttra tankar och åsikter samt att ingripanden mot innehållet i tryckt skrift skall ske i den ordning som anges i tryckfrihetsförordningen. Domstolen menade att det torde råda allmän enighet att ingripanden mot reklamåtgärder kan ske utanför TF:s regelverk för det fall att åtgärderna är av utpräglat kommersiell natur – trots att reklam i tryckt skrift i och för sig faller under tryckfrihetsförordningen. Med uttrycket *utpräglat kommersiell natur* menas att åtgärderna ska ha vidtagits i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte samt har rent kommersiella förhållanden till föremål. Domstolen uttalade vidare att då gränsdragningen mellan reklam av utpräglat kommersiell natur och annan framställning kan vara svår, får – i oklara eller tveksamma fall – med hänsyn till tryckfrihetsförordningens ställning och de viktiga intressen den avser att skydda, tryckfrihetsförordningen ges företräde. Mot denna bakgrund blir det avgörande för huruvida lagen om namn och bild i reklam ska tillämpas på den aktuella baksidan på tidskriften Aktuell Rapport om framställningen kan anses vara av utpräglat kommersiell natur.

HD uttalade att Jon K och TRE-MAG har gjort gällande att framställningen har utgjort en del av tidningens redaktionella material och skyddas därför av tryckfrihetsförordningens regler. HD konstaterade att även om man vid den aktuella baksidan har använt sig utav samma idémässiga uppbyggnad som annars brukades för tidningens baksidor, kan inte sidan uppfattas som annat än marknadsföring av tidningen. Att det är fråga om en

framställning av utpräglat kommersiell natur framkommer ytterligare av att texten och bilden har försetts med uppgift om tidningens pris och att den utkommer varje vecka. HD fann således att utnyttjandet av Robert G:s bild skulle bedömas enligt de regler som finns i lagen om namn och bild i reklam och ansvarige utgivare skulle – som domstolarna funnit – fällas till ansvar enligt samma lag.

Justitieråd Gregow var av skiljaktig mening och fann att tryckfrihetsförordningen var tillämplig på tidningsbaksidan och ogillade därför den förda ersättningstalan. Han uttalade inledningsvis att det var tydligt att framställningen utgjorde ett lovprisande av tidningens innehåll och att den därmed – trots att det inte är en annons i vanlig mening – anses innebära ett slags reklam för tidskriften. Framställningen anknyter dock nära till det huvudsakliga innehållet i tidskriften varigenom reklambudskapet blir mindre tydligt. Enligt Gregows mening gav framställningens jämförelse mellan pornografiska bilder och barnprogrammet Björnes magasin den ett särskilt, för läsarna slagkraftigt och på ett sätt dråpligt, innehåll vid sidan av reklaminslaget. Gregow framhåller vidare hur ett sådant innehåll också ligger i linje med tidigare baksidors utformning. Vidare uppmärksammar Gregow att bilden inte har tagits i reklamsyfte och att inte heller utredningen i målet ger stöd för att det främsta ändamålet med införandet i tidskriften var att göra reklam för densamma. Lagen om namn och bild i reklam kunde inte tillämpas på framställningen eftersom den innehöll redaktionellt material, vilket omfattas av tryckfrihetsförordningen, och det inte var möjligt att göra någon uppdelning mellan detta inslag och reklaminslaget.

Samtliga domstolsinstanser fann således att den aktuella bilden och texten inte omfattades av det tryckfrihetsrättsliga skyddet med hänvisning till att framställningen var av utpräglat kommersiell natur och utgjorde marknadsföring av tidningen. Ansvar och ersättningsskyldighet ansågs föreligga enligt lagen om namn och bild i reklam.

I ett senare sådant gränsdragningsmål avseende reklamens förhållande gentemot tryckfriheten NJA 2003 s 25, *Skådespelarkalender*⁶¹, har HD gjort en annorlunda bedömning. I målet hade ett förlag på framsidan av ungdomstidningen OKEJ angivit att tidningen innehöll en poster med skådespelare från TV-serien ”Tre Kronor” samt att det som bilaga till tidningen medföljde en almanacka med bilder på skådespelarna från TV-serien. Förlaget hade vidare marknadsfört tidningen i radio och då bl.a. angett att som bilaga till tidningen medföljde ”Tre kronor-kalendern”. Fråga i målet var delvis om förlagets användning utan tillstånd av varumärket ”Tre Kronor” i marknadsföring i tidningen OKEJ och i radiokanalen NRJ, hade inneburit en sådan otillåten användning av TV-bolagens varumärke i enlighet med 4 § varumärkeslagen (1966:644) som medför ersättningsskyldighet för förlaget. Av störst relevans för föreliggande framställning är frågan om förlagets användning av bilderna på skådespelarna i almanackan utan samtycke inneburit sådant brott mot lagen om namn och bild i reklam som skulle medföra ersättningsskyldighet för företaget även för detta utnyttjande. Skådespelarna hade överlåtit sina anspråk på grund av publiceringen till de båda TV-bolagen som gemensamt innehade rättigheterna till varumärket ”Tre Kronor” och som yrkade ersättning med 80 000 kr för utnyttjande. Frågorna i målet hänförde sig dels till problematiken kring gränserna för tryck- och yttrandefrihetens grundlagsgivna exklusivitet gentemot bestämmelser i allmän lag, dels betydelsen av att ett anspråk grundar sig på en immaterialrättighet samt

⁶¹ Se NIR 2003 s. 402 ff.

processrättsliga egenheter om huruvida domstolarna rätteligen skulle ha avvisat talan eller prövat målet i sak. Diskussionen kring bildanvändningen i reklam är naturligtvis det som är mest intressant för denna framställnings syfte. Gränsdragningen gentemot tryck- och yttrandefriheten är dock grundläggande för båda anspråken, eftersom det får betydelse för om ansvar ska grundas på TF och YGL eller enligt varumärkeslagen respektive lagen om namn och bild i reklam.

Förlaget yrkade avvisning av käromålet med hänvisning till att den aktuella användningen på tidningens framsida samt almanackan är en del av tidningens redaktionella innehåll varför utnyttjandet skall bedömas enligt tryckfrihetsförordningen. Missbruk av yttrandefriheten i ett radioprogram skall på samma sätt bedömas enligt yttrandefrihetsgrundlagen. Tingsrätten fann att angivandet av "Tre Kronor" på omslaget och användningen härav i radioreklamen inte kunde vara annat än sådana upplysningar om tidningens redaktionella innehåll som inte kan anses innebära varumärkesanvändning. Vad gällde de i almanackan intagna bilderna blir syftet avgörande. Enligt tingsrätten stod det klart att bilderna på skådespelarna intagits för att bidra till tidningens attraktionskraft hos målgruppen, vilket inte strider mot lagen om namn och bild i reklam. Med hänvisning till de bedömningar som gjorts och de av förlaget återopade föreskrifterna i TF och YGL avvisade tingsrätten käromålet.

Det framgår av hovrättens domskäl att TF:s regler är exklusivt tillämpliga vid missbruk av tryckfriheten (1 kap. 3 §). Högsta domstolen konstaterade emellertid inledningsvis att det i det föreliggande målet inte rör en talan som – i enlighet med 12 kap. 1 § 2 st. – skall handläggas som ett tryckfrihetsmål. Härefter uttalade HD att gränsdragningen mellan de fall som skyddas av tryckfriheten och de som inte ryms inom TF:s tillämpningsområde inte är helt klar. Både hovrätten och HD framhöll vad gäller gränsen mellan tryckt skrift och reklam att den rådande rättsuppfattningen anses vara att en framställning (åtgärd i tryckt skrift) som har ett kommersiellt syfte och som samtidigt har rent kommersiella förhållanden till föremål inte har skydd av TF. I tveksamma gränsfall skall en åtgärd anses falla inom TF:s tillämpningsområde. Motsvarande kan sägas gälla även för det yttrandefrihetsrättsliga skyddet enligt YGL som är uppbyggt som det tryckfrihetsrättsliga.

HD fann – i likhet med hovrätten – att användningen av "Tre Kronor" i tidningen OKEJ och av bilderna på skådespelare från TV-serien med samma namn, inte var av utpräglat kommersiell natur utan ansågs utgöra information om tidningens redaktionella innehåll och omfattades således av TF:s skydd. Detta utgjorde inget skäl för avvisning men har inneburit att den i denna del förda skadeståndstalan inte mot exklusivitetsgrundsatsen i 1 kap. 3 § lagligen kunnat bifallas. Emellertid fann HD – till skillnad från hovrätten – att användningen av orden Tre Kronor i radiosändningen uppenbart har ingått som ett led i marknadsföringen av det nyssnämnda numret av tidningen och därigenom haft ett utpräglat kommersiellt syfte. HD konstaterade att då det inte förelegat något skydd i YGL för denna användning borde domstolarna ha prövat yrkandet om skadestånd i sak i den del som grundade sig på reklaminslaget. Hovrätten å sin sida gjorde samma bedömning vad gällde användningen av orden i reklaminslaget i radio och lämnade överklagandet utan bifall med hänvisning till att förlagets användning av ordet "Tre Kronor" och bilderna föll under TF:s och YGL:s tillämpningsområden.⁶² HD uttalade att med hänsyn till att den ogillande dom som bort meddelas grundar sig på samma prövning som den som har legat till grund för

⁶² Hovrättsrådet *Mellqvist* anförde emellertid som skiljaktig att tingsrätten – enligt hans mening – gjort sig skyldig till rättegångsfel när den, istället för att pröva målet i sak, avvisade käromålet. Oavsett om målet skulle anses som ett vanligt tvistemål eller som ett tryck- och yttrandefrihetsmål var tingsrätten rätt forum och borde därför självant ha valt i vilken form målet skulle ha handlagts. *Mellqvist* menar vidare att det inte i detta fall kan uteslutas att handlägningsformen får en inverkan som går långt utöver rubriceringen av avgörandet, att det kan antas att felet kan ha inverkat på utgången i sak och att felet inte utan väsentlig olägenhet kan avhjälpas i HovR:n. Enligt *Mellqvist* skall tingsrättens beslut därför undanröjas och målet visas åter till TR:n för ny handläggning.

domstolarnas avvisningsbeslut saknades det anledning att visa målet åter för ny prövning i tingsrätten, istället avtog HD överklagandet vad gäller användningen av Tre Kronor i tidningen och vad avsåg bilderna på skådespelarna. HD undanröjde tingsrättens beslut såvitt gällde radiosändningen och visade målet åter till tingsrätten för ny prövning i den delen.

HD fann således att användningen av varumärket i tidningen samt bilderna på skådespelarna utgjorde information om tidningens redaktionella innehåll och var inte av sådan utpräglat kommersiell natur så att det föll utanför tryckfrihetsförordningens skydd. Rätt till skadestånd för användningen enligt de yrkade lagarna förelåg därför inte. Marknadsföringen i radio av kalendern under TV-seriens benämning har däremot ansetts uppenbart ingå som ett led i marknadsföringen av tidningen och därigenom haft ett utpräglat kommersiellt syfte, varför den inte ansågs skyddad av yttrandefrihetsgrundlagen. Av fallet måste anses följa att det står fritt att låta en idol/skådespelare inta en framträdande plats på en tidnings framsida när man vid marknadsföring upplyser om tidningens redaktionella innehåll. Men om idolen/skådespelaren däremot inte förekommer i tidningen så torde samtycke för utnyttjande krävas (jmf. med *Robert Gustafsson*).

Per Jonas Nordell har diskuterat varumärkesanvändning och yttrandefrihet i en kommentar till NJA 2003 s 25. Nordell framhåller här att avgörandet i *Skådespelarkalender* är intressant på flera sätt, dels med tanke på att det preciserar gränserna för återopande av annans varumärke, dels – vilket också är fokus för denna framställning – gränserna för återopande av annans namn eller bild i ett marknadsrättsligt perspektiv. Nordell påpekar här att det inte finns något generellt skydd mot användning av persons namn eller bild i svensk rätt utan att skyddet endast omfattar reklam. Vidare konstaterar Nordell att det är självklart att det på grund av allmänna yttrandefrihetsrättsliga principer bör finnas ett krav på frihållning att använda annans namn och bild i redaktionellt syfte.⁶³ Jan Rosén har med anledning av domen uttalat att det många gånger uppkommer fråga om grundlagsskyddets exklusivitet när reklamåtgärder och annan marknadsföring förekommer i det potentiellt TF- eller YGL-skyddade mediet. Marknadsföringslagens och lagen om namn och bild i reklams tillämplighet följer av om ett reklambudskap i tillräcklig mån framträder i det som annars potentiellt rymms inom det grundlagsskyddade området. Rosén framhåller vidare att TF-skyddade skrifter inte sällan utformas för att utgöra effektiva medel vid marknadsföringen, detta gäller inte minst omslagen. Högsta domstolen påpekade i *Skådespelarkalender* att TF:s tillämpningsområde i detta avseende måste uppfattas som oklart. Rosén har uttalat att: ”Emellertid har domstolarna sedan länge stött sig på principen att TF:s tillämpningsområde i vart fall inte skall ha avseende på framställningar som har ett kommersiellt syfte och som samtidigt har rent kommersiella förhållanden till föremål...”. Blandade meddelanden hänförs därmed typiskt sett till det TF-skyddade området (däremot NJA 1999 s 749). Rosén menar vidare att ”domstolarna får nog sägas ha kraftfullt värnat det TF-skyddade

⁶³ P.J. Nordell, *Varumärkesanvändning och yttrandefrihet. Kommentarer till NJA 2003 s. 25 (Tre Kronor)*, NIR 2003 s. 408-414 [cit. NIR 2003 s 408-414], s 408.

området och således varit ganska ovilliga att frångå TF om fråga varit om något som framträder på tidskrifts omslag och som härvid åtminstone i någon mån anknytit till redaktionellt innehåll i inlagan. Tidningsomslag, liksom löpsedlar, omtalas därför normalt som TF-skyddade även om de har en dubbel funktion såtillvida som de kan vara utformade för att effektivt marknadsföra publikationen som sådan samtidigt som där exponeras vad som kan anses vara hänförligt till redaktionellt material. Som framgått kan avvägningen vara svår att generalisera”. Rosén menar vidare att det mot denna bakgrund kanske inte är ägnat att förvåna att Högsta domstolen fann att sändningen i radiokanalen NRJ uppenbarligen ingick som ett led i marknadsföring av tidningen och därmed hade ett utpräglat kommersiellt syfte. Det kan vidare uppmärksammas att innehållet i radioreklamen väl hänförde sig till det redaktionella innehållet i tidningen, åtminstone i samma mån som uppgifterna på omslaget till tidningen OKEJ varför det främst tycks vara själva framställningsformen som placerade radioreklamen på andra sidan gränslinjen, relativt uppgifterna på tidningsomslaget.⁶⁴

3.1.4 Marknadsföring med löpsedlar

En annan sådan gränsdragningsproblematik som Rosén kort berört i föregående avsnitt är hur man skall betrakta förhållandet då innehållet i en löpsedel – som åtnjuter tryckfrihetsrättsligt skydd enligt 1 kap. 7 § TF – införs som annons i en annan tidning. Ett exempel härpå är då en veckotidning låter införa sina löpsedlar som annonser i dagstidningar.⁶⁵ HD har i resningsärende NJA 1975 s 589, *Helg-Extra*, vid tillämpningen av marknadsföringslagen prövat frågan om TF gäller löpsedlar avsedda för anslagstavlor. HD uttalade i sina domskäl att ”En tidnings löpsedel anger eller antyder regelmässigt tidningens innehåll eller vissa delar därav. Den har samtidigt till syfte att väcka intresse för tidningen. Att löpsedeln därmed utgör ett viktigt led i marknadsföringen av tidningen medför emellertid inte, att den utan vidare kan jämföras med en sedvanlig annons eller eljest kan sägas vara av utpräglat kommersiell natur med rent kommersiella förhållanden till föremål.” Vidare sades här att en löpsedel typiskt sett är att uppfatta som ett led i den nyhets- och åsiktsförmedling som TF avser att värna och att det är grunden till varför den omnämns särskilt i TF. HD uttalade också att endast i vissa särskilda fall – då löpsedeln har ett innehåll jämförligt med en annons – kan den sägas angå rent kommersiella förhållanden. HD konstaterade vad gällde den aktuella löpsedeln att det tryckfrihetsrättsliga skyddet tog över då löpsedeln utgjorde ett led i tidningens nyhetsförmedling och det fanns faktisk täckning för de på löpsedeln angivna artiklarna.

Bökmark-Svensson har framhållit att det knappast kan anföras några bärande skäl för att man ska finna att en löpsedel som förs in i en annan tidning har en annan ställning än en som anslås särskilt. Så länge löpsedeln

⁶⁴ Jan Rosén, *Varumärkesanvändning eller TF-skydd?*, 2003-02-18 [cit. Rosén], s. 2.

⁶⁵ Bökmark-Svensson, s. 37; Malmsten, s. 159.

knyter an till tidningens innehåll kan den inte – trots att den utgör ett viktigt led i marknadsföringen av tidningen – fränkännas egenskaper av att dessutom utgöra ett led i den nyhets- och åsiktsförmedling som TF vill skydda. För att en löpsedel ska falla utanför det tryckfrihetsskyddade området krävs att den är av utpräglad kommersiell natur och således har rent kommersiella förhållanden till föremål, vilket sällan är fallet.⁶⁶

3.1.5 Bilder på bokomslag och i tidningar

Marianne Levin har framhållit det inte ovanliga förhållandet att rollbilder från filmer eller TV-serier används som omslagsbilder på böcker, som illustration till noveller eller följetonger i tidskrifter då de grundar sig på samma litterära verk som filmen eller TV-serien, och kanske även används som reklam för boken och tidskriften i förekommande fall. På samma sätt som löpsedeln kan bokomslagets främsta syfte sägas vara att stimulera försäljningen av tidningen eller boken och därför anses i första hand vara av kommersiell natur, samtidigt som den berättar något om det tryckta alstrets innehåll. Fråga uppkommer då om förlaget genom att på detta sätt olovligen använda skådespelares bilder i kommersiella sammanhang överträder lagen om namn och bild i reklams bestämmelser. Eftersom bildanvändningen sker på ett alster som omfattas av TF:s grundlagsskyddade exklusivitet kommer man särskilt in på lagens begränsningar i förhållande till tryckfriheten. Hur man ska se på frågan om personbilder på bokomslag och i tidningar är – enligt förarbetena – ett löpsedlar näraliggande problem. Under remissbehandlingen ställdes frågan om det t.ex. skulle vara förbjudet att använda en viss persons bild som blickfång på omslaget till en bok – som handlar om honom – eller bilder ur boken som reklam för boken. Emellertid torde – enligt lagstiftaren – i det övervägande antalet fall bokomslag i så hög grad anknyta till bokens innehåll att man inte kan säga att omslaget är jämförligt med en annons. Uttalandet gäller både bokomslaget som sådant och för det fall att omslaget återges i en tidning. Att de grundlagsskyddade, tryckfrihetsrättsliga hänsynen – i oklara situationer som rör marknadsföring av tryckt skrift – måste ges övervikt har framgått av rättsfallet *Helg-Extra* som presenterats i avsnittet ovan.⁶⁷ Löpsedeln utgör – precis som förstasidor och bokomslag – en viktig del av den tryckta skriftens marknadsföring men skiljer sig på så sätt att den är fristående och sätts upp på särskilda anslagstavlor. Som har kunnat slutas ur HD:s dom i *Helg-Extra* och Marknadsdomstolens senare praxis kan en så pass integrerad del av ett tryckalster endast ha rent kommersiella förhållanden till föremål om den är av utpräglad kommersiell natur, dvs. att det inte skulle finnas täckning för det som förekommer på löpsedeln, omslaget etc. i tidningens eller bokens innehåll. Det har ansetts som bäst förenligt med TF:s grundsatser att – så länge löpsedeln, annonsen etc. knyter an till tidningens, bokens innehåll – inte utkräva förbud enligt marknadsföringslagen eller något straff- eller

⁶⁶ Bökmark, s. 37; Malmsten, s. 159.

⁶⁷ Levin 1993, s. 559, 562-563; Bökmark-Svensson, s. 38, 54; Malmsten, s. 159-160. Jmf Prop. 1978/79:2, s. 34, 54.

skadeståndsrättsligt ansvar enligt lagen om namn och bild i reklam.⁶⁸ Bökmark-Svensson har i denna fråga uttalat att det exempelvis har framhållits att det står fritt för en serietidning – som i en bilaga tagit in en s.k. idolbild – att vid annonsering för tidningen i dagspress o.d. i syfte att upplysa om dess innehåll låta idolen inta en framträdande plats. Samtycke torde endast krävas för det fall att idolen överhuvudtaget inte förekommer i tidningen.⁶⁹

Levin poängterar att det av det ovan anförda följer att man måste ta särskilda hänsyn vid marknadsföring av tryckfrihetsrättsligt skyddade alster, varvid kopplingen mellan illustration och innehåll blir utslagsgivande. Skådespelare i rollporträtt identifieras av de flesta människor med sin rollfigur och därför är kopplingen mellan en omslagsbild av en sådan person och innehållet i boken som utgjorde underlaget för filmen oftast uppenbar. Då det torde vara tydligt att det är bokens hjälte/hjältinna som bilden avser medför det att bokomslagets utformning bedöms enligt tryckfrihetsrättsliga regler och inte reklamrättsliga. Först om en sådan koppling skulle saknas aktualiseras de reklamrättsliga reglerna. Detta torde medföra att dess tryckfrihetsrättsliga status inte förändras om en återgivning av det tryckfrihetsskyddade alstret (t.ex. boken och dess omslag) ingår i fönsterskyltning, annonsering etc. Marianne Levin framhåller att då det här inte är fråga om ett intrång i en viss persons integritet, utan snarare roll- eller romanfigurens integritet som (som med rätt eller orätt) exploateras, skulle med visst fog kunna hävdas att en utvidgning av egenbildsskyddet ”knappast inte borde slå i den här diskuterade situationen”.⁷⁰

3.2 Lagens ansvarssubjekt

3.2.1 Näringsidkarbegreppet

Som vi har sett i föregående kapitel är tanken att lagens bestämmelser endast ska omfatta kommersiell reklam. Detta är anledningen till att lagen har begränsats till att endast avse marknadsföringsåtgärder som företas av *näringsidkare*. Näringsidkarbegreppet ska tolkas i vidsträckt mening, vilket innebär att varje fysisk och juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art är att anses som näringsidkare. Härtill hör bland annat den som driver värdepappersrörelse eller yrkesmässigt sysslar med förmögenhetsförvaltning men också fria yrkesutövare såsom advokater, arkitekter, fotografer m.fl. Vid bedömningen av om viss verksamhet är att anse som näring läggs stor vikt vid om verksamheten drivs yrkesmässigt. Däremot spelar den ekonomiska verksamhetens omfattning i princip inte någon roll för näringsidkarbegreppet. I begreppet ligger inte att verksamheten drivs i vinstsyfte. Således kan en organisation som uppfyller

⁶⁸ Levin 1993, s. 559, 562-563.

⁶⁹ Bökmark-Svensson, s. 38.

⁷⁰ Levin 1993, s. 559, 562-563.

ett ideellt/välgörande syfte genom ekonomisk verksamhet vara att anses som näringsidkare. Om det vidare i ett produktionsled vid exempelvis tillverkning av broschyrer, skyltar eller dylikt som används i marknadsföring av vissa produkter inte kan avgöras vilken näringsidkare som företagit en viss reklamåtgärd, torde förbudet omfatta såväl t.ex. tillverkare, importör och grossist såväl som detaljist.⁷¹ Att lagen endast omfattar näringsidkare medför att det inte finns någon möjlighet att beivra utnyttjandet av namn och bild i reklam utan samtycke i information från myndigheter eller i politisk propaganda etc.⁷² I det ovan presenterade *Journalistfallet* (under 3.1.2.) fann domstolen att lagen om namn och bild i reklam inte var tillämplig då det aktuella utskicket från ett politiskt parti ansågs syfta till att sprida politisk propaganda och inte marknadsföra ”vara, tjänst eller annan nytthet”. I fallet var emellertid inte fråga om huruvida näringsidkarbegreppet var uppfyllt eller ej.

Förutom näringsidkare omfattar ansvar enligt lagens 1 § även *anställda hos näringsidkaren* och *annan som handlar på näringsidkarens vägnar*, dvs. den som fullgör uppdrag för näringsidkare. I praktiken avser det sistnämnda huvudsakligen reklambyrå som fått i uppdrag att bedriva marknadsföring åt näringsidkare. Enligt 2 § andra stycket kan härutöver den som *medverkar* till att någon uppsåtligt eller av grov oaktsamhet bryter mot 1 § bli ersättningsskyldig. Detta kan exempelvis vara en reklambyrå som utarbetat en lagstridig reklamkampanj som sedan genomförts av någon annan.⁷³ Skillnaden mellan de båda situationerna förefaller då vara att i den förstnämnda har reklambyrån självt utfört den lagstridiga handlingen på uppdrag av annan, medan i den sistnämnda situationen så har visserligen reklambyrån utarbetat en lagstridig framställning men ej själv genomfört den. I följande avsnitt presenteras när sådant medverkansansvar inträder närmare samt under vilka förutsättningar en arbetsgivare kan hållas ansvarig för arbetstagares försumlighet i tjänsten.

3.2.2 Arbetsgivares principalansvar

Av lagen om namn och bild i reklam 3 § andra stycket följer att den som har arbetstagare i sin tjänst är skyldig att utge skäligt vederlag och eventuellt även ersättning för annan skada (vid uppsåt eller oaktsamhet) för ersättningsgrundande handling som arbetstagaren företar i tjänsten. Arbetstagaren själv är ersättningsskyldig för sådan handling endast i den mån *synnerliga skäl* föreligger. Paragrafen stadgar ett s.k. principalansvar för arbetsgivaren som innebär att skadeståndstalan kan riktas både mot den enskilde arbetstagaren och mot dennes arbetsgivare. Arbetsgivarens skadeståndsskyldighet är primär och endast för det fall att synnerliga skäl föreligger blir arbetstagaren själv skyldig att betala ett eventuellt skadestånd.⁷⁴ Enligt motsvarande bestämmelse i Skadeståndslagen 4 kap. 1

⁷¹ Bökmark-Svensson, s. 15-16; Malmsten, s. 157.

⁷² Danowsky, s. 101

⁷³ Bökmark-Svensson, s. 16-17, 28-29; Malmsten, s. 157.

⁷⁴ Danowsky, s. 104

§ gäller att för skada som arbetstagare vållar genom fel eller försummelse i tjänsten, är han ansvarig endast i den mån synnerliga skäl föreligger med hänsyn till handlingens beskaffenhet, arbetstagarens ställning, den skadelidandes intressen och övriga omständigheter.

Ett exempel på en situation där 3 § lagen om namn och bild i reklam aktualiseras är då en anställd reklamförfattare på reklambyrå försummar att inhämta samtycke och vidtar åtgärder i strid med 1 §. Den anställdes ansvar för fel eller försummelse i tjänsten begränsas dock enligt ovan och istället får arbetsgivaren – i detta fall reklambyrån – bära ansvaret för arbetstagarens fel eller försummelse i tjänsten om synnerliga skäl inte föreligger. För att klargöra att fel eller försummelse måste föreligga för att arbetstagare ska bli skadeståndsskyldig enligt 3 § (3 § första stycket första meningen ställer inte krav på fel eller försummelse på samma sätt som 4 kap. 1 § SkL) uppställer lagtexten i andra stycket krav på *synnerliga skäl*. Det följer således av regelns lydelse att arbetsgivarens principalansvar för ersättningsskyldighet enligt 3 § andra stycket andra meningen är beroende av att arbetstagaren vållat skadan uppsåtligt eller av oaktsamhet. Bedömningen av uttrycket ”synnerliga skäl” skall ske enligt de principer som gäller för tillämpningen av 4 kap. 1 § SkL. Sammanfattningsvis kan sägas att i nyssnämnda exempel så bär reklambyrån i egenskap av arbetsgivare skadeståndsansvaret för reklamåtgärderna. Endast om synnerliga skäl föreligger med hänsyn till handlingens beskaffenhet, reklamförfattarens ställning, den skadelidandes intresse och övriga omständigheter kan reklamförfattaren åläggas ansvar för skada som han vållat genom sin försummelse.⁷⁵

I NJA 1999 s 749, *Robert Gustafsson*, uttalade tingsrätten vad gällde Robert G:s ersättningsyrkande mot ansvarig utgivare Jon K att vid avgörande av om synnerliga skäl föreligger får – i enlighet med vad som anges i anslutning till den motsvarande bestämmelsen i 4 kap. 1 § skadeståndslagen – hänsyn tagas till handlingens beskaffenhet, arbetsstagarens ställning, den skadelidandes intresse och övriga omständigheter. I sin bedömning tog tingsrätten hänsyn till att det fick antas att arbetsgivaren TRE-MAG hade ekonomiska möjligheter att utge den ersättning som kunde komma att bestämmas av publiceringen samt att Robert G:s ekonomiska intressen skulle komma att tillgodoses utan att Jon K ålades ersättningsskyldighet. Med anledning härav ansåg tingsrätten att sådana synnerliga skäl som föreskrivs för att ålägga Jon K ersättningsskyldighet inte förelåg. Tingsrätten synes således ha lagt störst vikt vid arbetsgivarens betalningsförmåga samt den skadelidandes – Robert G:s – intresse.

Slutligen ska uppmärksammas att skadeståndstalan kan väckas utan att åtal väcks för brott varigenom skadan vållats. Frågan om skada vållats genom brott prövas då i skadeståndsmålet.⁷⁶

⁷⁵ Bökmark-Svensson, s. 30-31.

⁷⁶ Bökmark-Svensson, s. 29.

3.2.3 Medverkansansvar

Bestämmelsen i 1 § andra stycket om att även anställd hos näringsidkare samt annan som handlar på näringsidkares vägnar omfattas av ansvarsbestämmelsen i 1 § innebär inte att straffbestämmelsen i 2 § första stycket blir tillämplig på en reklambyrå som exempelvis utarbetar reklammaterial och biträder vid uppläggningsen av en kampanj men inte medverkar på sådant sätt att byrån kan sägas bedriva marknadsföring på näringsidkarens vägnar. Emellertid har det ansetts önskvärt med straff för sådan medverkan, varför det i enlighet härmed anges uttryckligen i 2 § andra stycket att medverkansbestämmelserna i 23 kap. 4 och 5 §§ BrB äger motsvarande tillämpning. Detta får till innebörd att om reklamförfattare m.fl. på den nyssnämnda reklambyrån utarbetat en lagstridig reklamkampanj som kommit till utförande kan dömas till böter såsom medverkande. För det fall att kampanjen kommit till utförande huvudsakligen på grund av reklambyråns åtgärder, skall de ansvariga där dömas såsom gärningsmän. Detsamma gäller dem som utfört gärningen, dvs. vidtagit marknadsföringsåtgärderna medan övriga medverkande dömes för medhjälp. Varje medverkande till brottet bedöms efter det uppsåt eller den oaktsamhet som legat honom till last.⁷⁷ Om således en annonsredaktör accepterat en kommersiell tidningsannons för annan produkt än tryckt skrift – för vilken lagen om namn och bild i reklam torde gälla fullt ut – som strider mot 1 § kan han dömas för medverkan till brottet, om han kände till eller bort känna till att den namngivna eller avbildade inte hade lämnat sitt samtycke till annonsen. I så fall skall åtalet inte riktas mot den ansvarige utgivaren utan mot den som i det enskilda fallet bär ansvaret för att annonsen kom att införas i tidningen.⁷⁸

Bökmark-Svensson framhåller att många bilder som används i reklamsammanhang har köpts från bildbyråer och att bilderna då regelmässigt är tagna utan samtycke från den avbildade. Då bildbyrån i regel inte torde känna till köparens syfte med bilden är det mest naturligt att ansvaret att inhämta den avbildades samtycke i första hand åvilar den som bestämmer att bilden ska användas i reklam. Endast i den situationen att bildbyrån lämnat oriktiga uppgifter avseende samtycke till reklam bör de kunna hållas ansvariga enligt lagen om namn och bild i reklam. Danowsky m.fl. har uttalat härom att en bildbyrå som tillhandahåller fotografier av personer efter beställning av annonsbyråer eller näringsidkare inte torde kunna åläggas ansvar eller ersättningsskyldighet för ett obehörigt utnyttjande av bilden som kan ske vid ett senare tillfälle. Bildbyrån bör som en försiktighetsåtgärd – i samband med att bilderna lämnas över till beställaren – emellertid informera om skyldigheten för beställaren att inhämta tillstånd för utnyttjande enligt lagen om namn och bild i reklam.⁷⁹

⁷⁷ Bökmark-Svensson, s. 26-27.

⁷⁸ Bökmark-Svensson, s. 38-39.

⁷⁹ Danowsky m.fl., s. 107; Bökmark, s. 38-39.

3.3 Samtycke

Lagen om namn och bild i reklam medför att näringsidkare som avser att utnyttja annans namn eller bild vid marknadsföring måste ha fått eller inhämtat *samtycke* från denne själv eller från dess lagliga ställföreträdare innan sådant utnyttjandet sker. Det torde således följa av lagen att om det inte finns någon att begära samtycke från (t.ex. då personen är avliden) är det fritt att utnyttja persons namn och bild i reklamsammanhang med den begränsning som följer av brottsbalkens bestämmelse om förtal av avliden (5 kap. 4 § BrB).⁸⁰

Lagen uppställer inte något kriterium för hur samtycket måste lämnas för att vara giltigt enligt lagen. Enligt Malmsten kan samtycket sägas innefatta en viljeförklaring varigenom den berörda individen medger, accepterar eller lämnar sitt godkännande till att hans/hennes bild nyttjas i det aktuella marknadsföringssammanhanget. Vidare sägs här att det ligger i sakens natur att samtycke skall inhämtas innan reklamåtgärden sätts igång. Om samtycke avseende en ersättningsgrundande handling som lämnas i efterhand utesluter ansvar på samma sätt som ett som lämnats före utnyttjandet har emellertid inte kommenterats. Enligt min mening torde ett sådant i efterhand lämnat samtycke endast kunna få praktisk betydelse vid ett av åklagare väckt åtal som är påkallat från allmän synpunkt. För att beivra brottet i övriga fall krävs att målsägande antingen anger brottet till åtal eller själv stämmer vid tingsrätt, vilket naturligtvis inte blir aktuellt om samtycke till nyttjande lämnats i efterhand. Malmsten förordar – trots att ett muntligt avtal har samma juridiska verkan som en skriftlig överenskommelse – av praktiska och bevisskäl att näringsidkaren eller dess företrädare (t.ex. reklambyrå) dokumenterar medgivandet och villkoren härför i ett av parterna undertecknat skriftligt avtal. För idrottsutövare gäller ofta att de har namn- och bildrätten reglerad i sina allmänna avtal med idrottsföreningen/idrottsförbundet.⁸¹ Det följer således härav att samtycket kan lämnas åtminstone både muntligen och skriftligen. En annan intressant aspekt är huruvida samtycke också kan tänkas lämnas konkludent⁸², dvs. t.ex. genom en utfästelse som inte är direkt uttalad men som man kan sluta sig till av andra omständigheter. Då lagen inte uppställer några uttryckliga kriterier för hur samtycket ska inhämtas, torde ett konkludent samtycke inte vara uteslutet.

Ett rättsfall från Stockholms tingsrätt (2004)⁸³, *Dansstudiofallet*, kan illustrera hur ett muntligt lämnat samtycke till utnyttjande av bild kunde återtgas genom en tydlig protest eftersom förutsättningarna för utnyttjandet inte helt klarlagts mellan parterna. I målet var fråga om föreståndaren för en dansstudio vid marknadsföring av sin verksamhet olovligen utnyttjat en av

⁸⁰ Bökmark-Svensson, s. 24.

⁸¹ Malmsten, s 163.

⁸² S. Bergström m.fl., *Juridikens termer*, 2002, s. 99.

⁸³ Mål nr T 13100-04.

sina anställda danslärares bild och därför var skyldig att utge skälig ersättning enligt lagen om namn och bild i reklam.

Kristina Borgkrans var anställd som danslärare för höstterminen 2003 hos Marika Hanssons dansstudio när det uppmärksammades att en bild av henne användes i marknadsföringen av verksamheten. Samarbetet mellan parterna fortsatte inte under våren men bilden på Kristina Borgkrans förekom likväl i sex olika annonser i dagspressen i januari, på dansstudions hemsida på Internet i tre månader under perioden januari-mars 2004 samt på två affischer uppsatta i början av april. I ett brev till Marika Hansson den 4 februari krävde Kristina Borgkrans att utnyttjandet omedelbart skulle upphöra och att ersättning för utnyttjandet skulle utgå. Marika Hansson medgav att den påstådda användningen förekommit men att hon först när hon mottog det aktuella brevet fick klart för sig att Kristina Borgkrans motsatte sig användningen.

Tingsrätten konstaterade inledningsvis att det i huvudsak var ostridigt att det påstådda utnyttjandet ägt rum och att fråga i målet istället var huruvida utnyttjandet skett med Kristina Borgkrans samtycke. I vittnesförhör hade uppgivits att Borgkrans var medveten om, och även positivt inställd till, att bilden på henne skulle användas i Marika Hanssons marknadsföring. När det under våren 2003 diskuterades hur marknadsföringen skulle gå till hade vidare Borgkrans inga invändningar vad gällde denna. Enligt tingsrätten talade således vittnesmålet starkt för att Kristina Borgkrans lämnat sitt samtycke till utnyttjandet av bilden. Att marknadsföringen gällde för hela verksamhetsåret måste ha stått klart för henne. Följaktligen har Marika Hansson därför kunnat utgå från att bilden kunde utnyttjas även för vårterminen 2004, om inte Kristina Borgkrans framhållit annat. Det var också ostridigt i målet att Kristina Borgkrans protesterat mot det fortsatta utnyttjandet först genom det aktuella brevet. Tingsrätten fann det därför vara klarlagt att samtycke till utnyttjandet förelegat fram till denna tidpunkt. Därefter har utnyttjandet skett utan samtycke. Tingsrätten drog därför slutsatsen att Kristina Borgkrans endast hade rätt till ersättning avseende det utnyttjande av bilden som ägt rum efter det att Marika Hansson erhållit brevet av den 4 februari, dvs. utnyttjandet på affischer och hemsidan som ägt rum under en relativt kort tid. Omständigheterna kring utnyttjandet borde medföra att endast ringa ersättning skall utgå varför tingsrätten fann skäl att bestämma ersättningen med ledning av vad som i vittnesförhör redogjorts för om bruklig ersättning till modeller vars bilder används i reklamsammanhang. Enligt detta varierar ersättningen beroende på vem som är modell och i vilket sammanhang bilden skall användas. En modell skulle för allt utnyttjande som i detta fall få ersättning med 5 000 kr. Den totala ersättningen för utnyttjande av Kristina Borgkrans bild på de två affischerna och hemsidan under den ersättningsberättigade perioden bestämdes skäligen till 3 000 kr.

Tingsrätten fann således i enlighet med avlämnat vittnesmål att samtycke förelegat fram till att Marika Hansson fick del av det nyssnämnda brevet. Av rättsfallet följer att för det fall det måste ha stått klart för den utnyttjade att samtycke lämnats avseende viss period (kampanj eller liknande), kan näringsidkaren utgå från att samtycke finns för hela perioden, om inte den utnyttjade framhåller annorlunda. Bevisbördan går således över till den utnyttjade att visa att man faktiskt motsatt sig utnyttjandet. I det här fallet kunde detta visas genom ett skriftligen upprättat brev per ett visst datum. Det kan vara värt att uppmärksamma att i målet tillerkändes den vars bild olovligen utnyttjats i marknadsföring viss ersättning, men då käranden ansågs ha tappat till största delen i rätten avseende ersättningskravet blev hon ansvarig för motpartens rättegångskostnader på 40 000 kr som kom att vida överskrida ersättningen för utnyttjandet. Rättsfallet kan sägas visa på nyttan för både näringsidkare och enskilda individer av att i ett skriftligt avtal på förhand reglera förutsättningarna för utnyttjande.

4 Lagens skyddsobjekt

Som vi sett i framställningens 2 kap. är lagens huvudsyfte att skydda den enskildes identitet genom att ge individen en självbestämmanderätt avseende om den vill bli föremål för utnyttjande i reklamsammanhang eller ej. Då lagen om namn och bild i reklam skyddar en viss persons identitet mot sådant obehörigt utnyttjande har lagen ett annat skyddsobjekt än den immaterialrättsliga lagstiftningen som endast avser att skydda namnet som sådant. I det här kapitlet ska redogöras för vem som åtnjuter skydd enligt lagen om namn och bild i reklam, dvs. vad som är lagens skyddsobjekt samt vilka identifieringssätt lagen uppställer för att närmare avgränsa det skyddsvärda området. För att även på detta område illustrera lagens bestämmelser presenteras och diskuteras relevant rättspraxis på området. Det framstår som viktigt att det skyddsvärda området är klart avgränsat då lagen medför straffansvar och reklambranschen behöver klara och enkla regler att rätta sig efter.⁸⁴

4.1 Krav på identifikation – namn och bild

Lagen om namn och bild i reklam – som är tillämplig på marknadsföringsåtgärder på svenskt territorium – skyddar såväl offentliga personer såsom politiker, artister eller sportstjärnor som vanliga okända personer från att deras identitet utnyttjas i marknadsföring. Kravet för att skyddet enligt lagen ska vara tillämpligt är att en viss person kan utpekas, *identifieras*. I förarbetena har emellertid uttryckts att man inte kan stanna vid en så vag bestämning som ”annans identitet”, dvs. att endast ställa ett krav på att en viss person kan kännas igen, eftersom detta skulle täcka in alltför vitt skilda saker såsom exempelvis en levnadsbeskrivning varifrån en person kan identifieras. Lagen uppställer därför krav på säker identifieringsgrund genom att antingen annans *namn* och/eller *bild* används utan samtycke vid marknadsföring. Innebörden härav kommer att tittas närmare på i följande avsnitt.⁸⁵ Vidare finns det inte några personbegränsningar med hänsyn till bosättning eller medborgarskap, utan lagen skyddar även utlänningar mot integritetsintrång i Sverige.⁸⁶

Förbudet att använda annans namn eller bild begränsas inte i lagtexten på annat sätt än genom det som kan anses ligga i ordet *utnyttja*. Lagrådet ifrågasatte under lagstiftningsarbetet om inte lagen uttryckligen behövde ge en mer nyanserad bedömning för de situationer då det råder tvekan om förbudet ska gälla. Exempel som gavs på fall då undantag från lagens tillämpningsområde borde tillåtas var då en bok som behandlar en känd person tillkommit utan dennes samtycke och marknadsförs med dennes bild,

⁸⁴ Bökmark-Svensson, s. 17-20.

⁸⁵ Bernitz, s. 118; Karnov, lagkommentarer, fotnot 2-3. Malmsten, s. 160-161. Jmf Prop. 1978/79:2, s. 54 f.

⁸⁶ Bernitz, s. 120; Malmsten, s. 160-161.

då hänvisningar görs till uttalande som en namngiven person har gjorts i ett litterärt verk, tidningsartikel eller offentligt framförande etc.⁸⁷ Trots att det finns ett antal situationer där det blir märkligt om personbilder inte får utnyttjas avstod Lagrådet från ett ändringsförslag med hänvisning till att en undantagsbestämmelse riskerar att leda till ytterligare gränsdragningssvårigheter. Att avgränsa tillämpningsområdet fick istället bli en fråga för rättstillämpningen.⁸⁸ Yttrandet har inte kommenterats i propositionen. Lagstiftaren utgår från normalfallet att en vara marknadsförs med en framställning som är fristående från själva varan. Avsikten har inte varit att förbjuda t.ex. skyltning med utbudna idolbilder. Bökmark-Svensson framhåller emellertid att bedömningen blir svårare då en vara med ett motiv på (exempelvis en tallrik med kungaparet på) utannonseras. Bilden marknadsförs och det kan i viss mån sägas vara ovidkommande att föremålen undantagsvis kan tänkas komma till användning som tallrikar. Det kan således anföras skäl till att även dessa föremål får marknadsföras utan den avbildades samtycke men vilken inställning de allmänna domstolarna kan komma att ha är osäkert. Inte heller denna framställnings översyn av praxis kommer kunna bidra med någon klarhet vad gäller domstolarnas inställning i denna fråga. Bökmark-Svensson skriver härutöver att om exempelvis en tvål formgivits efter en viss person måste samtycke inhämtas innan marknadsföring. Varför just en tvål fick exemplifiera detta förhållande är oklart men att förbudet torde omfatta samtliga formgivning av en viss person framstår däremot som klart. Härutöver kräver utställning i butiksfönster av fotografiskt porträtt samtycke.⁸⁹ Däremot förbjuder inte lagen att t.ex. en enskilds livsöde utnyttjas i reklam. Bökmark-Svensson menar att en sådan reglering också troligen skulle sakna praktisk betydelse.⁹⁰

4.2 Namnanvändning vid marknadsföring

Vad gäller identifiering av en person på grund av namn begränsas skyddet till att avse namn varigenom viss person utpekas. Det råder sällan osäkerhet om vem som åsyftas beträffande personer med *ovanliga släktnamn* eller *förnamn*, men även personer med *vanliga namn* skyddas enligt lagen om det framgår vem som avses, exempelvis (vår f.d. statsminister) Göran Persson. Två andra exempel på vanliga namn som blivit föremål för utnyttjande och som fått ersättning härför enligt denna lagstiftning är idrottsstjärnorna Anja Pärson och Patrik Sjöberg (se nedan 4.3.1 och 5.2). I dessa båda avgöranden var det emellertid inte namnanvändningen som var aktuell utan deras bild som utnyttjats. Det kan säkerligen tänkas att den ersättning som utgick med 80 000 kr respektive 30 000 kr blivit mindre om endast namnen utnyttjats eftersom detta inte pekar ut individen på samma sätt som en bild och därför inte heller kan antas få en lika stor ekonomisk eller integritetskränkande

⁸⁷ Bökmark-Svensson, s. 22-24.

⁸⁸ Levin 1993, s. 562-563. Jmf Prop. 1978/79 s. 74.

⁸⁹ Bökmark-Svensson, s. 22-24.

⁹⁰ Bökmark-Svensson, s. 20.

effekt. Även *konstnärsmamn*, *artistnamn*, *idolnamn* på kända idrottare och *andra beteckningar* som klart pekar ut viss person skyddas på liknande sätt av lagen. Härtill hör *titlar* och *yrkesbeteckningar* som tveklöst identifierar den avsedda personen, t.ex. statsministern, överbefälhavaren eller kungen. Beteckningen bör vara sådan att den inte kan hänföra sig till annan än viss person och det bör stå klart att det är individen som åsyftas. Personen skall pekas ut, inte ämbetet eller personen i en rollgestaltning. Också beteckningar som identifierar en person genom att ange släktskap med en namngiven person eller förhållande till en fastighet omfattas. I det sistnämnda fallet kan hänvisning göras till det under 2.2. presenterade *Fastighetsmäklarfallet* vari tingsrätten fick bedöma frågan huruvida en viss person utpekats på grund av sitt förhållande till en viss fastighet. Åtalet föll emellertid redan på att namnanvändningen inte var ett obehörigt utnyttjande i vinstsyfte varför detta förhållande inte kom att utredas närmare. Enligt förarbetena omfattas vidare *pseudonymer* av skyddet. Lagen är dock knappast tillämplig i de inte ovanliga fall då personen bakom pseudonymen önskar vara anonym. Lagstiftaren talar också om *signaturer* under vilka artister, idrottsmän och andra personer gjort sig kända.⁹¹

Enligt Bökmark-Svensson torde inte förbudet avseende *namnanvändning* i reklam bli aktuellt annat än vid situationer då en allmänt känd person utnyttjas eller om ytterligare uppgifter förtydligar vilken person som åsyftas. Däremot uttalas att skyddet för *bildanvändning* som återger viss individ även gäller för anonym person.⁹² I tre av de i framställningen undersökta rättsfallen har fråga varit om namnanvändning i reklam (*Hälsomedelsfallet*, *Journalistfallet* och *Fastighetsmäklarfallet*), inget av vilka har innefattat allmänt kända personers namn. Dock får det antas att det åtminstone i samtliga tre fall har funnits ytterligare uppgifter som har förtydligat vilken person som åsyftas. Ett tydligt exempel på detta är *Hälsomedelsfallet* (se 5.1. nedan) där det angivits i reklam att en av ett hälsomedel påstådd viktreducering ”fanns dokumenterad hos SportMed i Stockholm, som bl.a. drivs av idrottsläkaren *Christian Åkermark* (min kursivering)”. Det kan antas att kravet på identifikation kanske inte varit uppfyllt om endast namnet Christian Åkermark angetts i annonsen men här gavs även ytterligare uppgifter som förtydligade vem som avsågs. Vad gäller bildanvändning har detta innefattat anonym person i två av de undersökta fallen, närmare bestämt *Danslärarfallet* och *Plastikoperationsfallet*.

Vad gäller lagens skyddsobjekt framhåller Malmsten hur det inte torde råda någon tvekan om att *audiell* (sådan som främst ger hörselintryck⁹³) *namnstöld* omfattas av lagskyddet. Av detta följer att det i så fall skulle krävas samtycke att i radioreklam åberopa en viss identifierbar person. Detta konstaterande kan jämföras med *Skådespelarkalender* under 3.1.3. som behandlade frågan om sådan olovlig användning av varumärket ”Tre Kronor” enligt varumärkeslagen förelåg avseende reklam i radio. Lagen om

⁹¹ Bernitz, s. 118; Karnov, lagkommentarer, fotnot 2-3. Malmsten, s. 160-161; Bökmark-Svensson, s. 17-20.

⁹² Bökmark-Svensson, s. 17-20.

⁹³ Nationalencyklopedins ordbok, 2008-06-16.

namn och bild i reklam diskuterades inte i detta avseende eftersom skådespelarnas namn inte särskilt åberopats i radioreklamen. Hade emellertid så varit fallet torde en sådan ”audiell namnstöld” som Malmsten valt att benämna en sådan användning föreligga för vilken ersättning enligt lagen kan tänkas utgå. Malmsten uttalar vidare att vad gäller *röststöld* – verklig eller imiterad – är rättsläget däremot mera oklart. Jag instämmer med Malmsten som har uttalat att för en välkänd idrottsutövare eller artist vars röst är bekant för en större allmänhet kan kränkningen/skadan vara lika stor som om personens namn eller bild utnyttjats i reklam utan medgivande.⁹⁴ Det vore onekligen intressant att se hur frågan hade bedömts i rättstillämpningen, men såvitt jag vet finns i dagsläget inget avgjort rättsfall av denna innebörd.

4.3 Bildanvändning vid marknadsföring

4.3.1 Allmänt om bildanvändning

Användning i reklamsammanhang av bild utan samtycke är förbjudet enligt lagen. Förbudet gäller bildanvändning i samtliga utförandeformer och omfattar såväl karikatyr som naturtrogna återgivanden. Inte heller vara som marknadsförs får ges formen av en bild utan samtycke (jmf. Bökmark-Svenssons exempel med tvålen under 4). För att bli föremål för ingripande måste bilden vidare vara av en sådan kvalitet att den kan sägas *klart föreställa viss person*⁹⁵. Andra omständigheter – såsom anslutande text – kan påverka en otydlig bild som saknar säker identifieringsgrund till att det ändå kan sägas klart framgå vem bilden föreställer.⁹⁶

Lagen om namn och bild i reklam ställer även krav på att samtycke måste föreligga vid utnyttjande av bilder tagna av *imitationer* eller *imitatörer*. Samtycke måste finnas från imitatören, men också – om tvekan inte föreligger om vem som avses med imitationen – från den imiterade.⁹⁷ Det förhållandet att samtycke måste föreligga från imitatören kan för mig

⁹⁴ Malmsten, s. 161.

⁹⁵ I ett rättsfall från Stockholms tingsrätt (2005) Mål Nr T 16669-05, *Anja Pärson*, hade TV-kanalen Eurosport marknadsfört sig på 21 tunnelbanestationer i Stockholm med storbildsannonser vari Anja Pärsons klart identifierbara bild utnyttjats. Tingsrätten biföll Anja Pärsons yrkande om ersättning med 80 000 kr för brott mot lagen om namn och bild i reklam utan närmare bedömning då motparten medgivit talan i sak. Istället var i målet fråga huruvida Anja Pärson – genom att slutföra den diskussion kring frivillig uppgörelse som pågått mellan parterna – inlett onödig rättegång och med anledning härav var skyldig att utge ersättning för rättegångskostnader till svaranden som förlorande part i målet enligt 18 kap. 3 § första stycket Rättegångsbalken. Tingsrätten fann – mot bakgrund av att Eurosport i de inledande kontakterna mellan parterna bestridit Anja Pärsons krav samt att bolaget senare förlikningsvis endast varit beredda att utge en åttondel av det yrkade kravet – att bestämmelsen om onödig rättegång inte var tillämplig. Eurosport förpliktades ersätta de av Anja Pärson yrkade rättegångskostnaderna på 39 950 kr.

⁹⁶ Bökmark-Svensson, s. 18.

⁹⁷ Bökmark-Svensson, s. 25.

framstå som underligt då det inte är imitatörens verkliga person som utnyttjas utan dennes imitation av en annan – för det mesta känd – person. Med bakgrund av att lagen ska skydda individens integritet kan tyckas att det torde vara den imiterades integritet som är utsatt i den situationen och därför enbart denna som är skyddsvärd enligt lagen. Frågan man får ställa sig är dock om imitatörens integritet är mindre skyddsvärd för att den imiterar en annan person. I enlighet med vad som anförts ovan måste en sådan persons bild skyddas om det klart kan sägas framgå härav vem det är som imiterar. Lagens bildskydd omfattar även sådana reklambilder som uppfattas föreställa en viss person men där rent faktiskt en annan, porträttlik person utnyttjats såsom förebild. Detta torde enligt min mening innebära att både den person vars verkliga bild utnyttjas, dvs. den porträttliga personen såväl som den vars porträtt bilden föreställer skyddas av lagen. Det vore beklagligt om förhållandet hade varit det motsatta och näringsidkare därmed kunnat underlåta att rätta sig efter lagens bestämmelser genom att använda sig av en okänd persons bild (den porträttliga personens bild) samtidigt som den kända personens renommé utnyttjas. Det skulle undergräva syftet med bestämmelsen, dvs. att skydda identifierbara individer mot olovligt utnyttjande i reklam. Vidare fordrar lagen samtycke om en persons bild ingår i ett större motiv och reklammeddelandet avser att framhålla just den person vars namn eller bild brukas. Att samtycke fordras i en sådan situation anses ofta vara fallet när det gäller offentliga personer, däremot inte om t.ex. några privatpersoner skymtar i bakgrunden på ett reklamfotografi (se vidare under 4.2.1).⁹⁸

Ett rättsfall från Svea Hovrätt (2000)⁹⁹, *Kroppssbyggarfallet*, kan illustrera bl.a. hur det här diskuterade kravet på säker identifieringsgrund bestäms. I målet var fråga om ett företag i gym – och fitnessbranschen genom olovligt utnyttjande av annans bild i sin marknadsföring var ersättningskyldigt enligt lagen om namn och bild i reklam. I målet ansågs ostridigt att företaget använt sig utav den aktuella bilden vid marknadsföring av sina produkter på Internet utan att inhämta samtycke av den person som återgavs på bilden. Att bilden togs under EM-kvalet i bodybuilding och att James Roberts som professionell bodybuilder uppträdde som gästposör där var också ostridigt. Det rådde däremot tvist om huruvida personen på bilden var James Roberts.

I målet har James Roberts har anført att han är professionell bodybuilder och mycket känd i Sverige främst inom gym – och fitnessbranschen och i andra kretsar där man bedriver kraftsporter men även inom en bredare allmänhet genom sin medverkan i underhållningsprogram på TV. Genom marknadsföringen har han direkt förknippats med varukännetecknet American Pitbull Body Armor som fanns med i bakgrunden på bilden samt övriga varukännetecken som företaget marknadsför på sin hemsida. Andra produkter som Roberts gjort reklam för har varit av väsentligt högre kvalitet än de nu aktuella varför han menade att hans goda renommé otillbörligen utnyttjats och skadats härigenom. Vidare gjorde Roberts gällande att han gått miste om ett agenturavtal till följd av företagets handlande då en förutsättning för avtalets genomförande varit att han inte förekom i andra reklamsammanhang för andra hälsoprodukter av liknande slag. Härutöver gjorde han gällande att hans personliga integritet kränkts genom marknadsföringsåtgärden samt att företaget har handlat oaktsamt genom att inte försöka inhämta hans samtycke.

⁹⁸ Bernitz, s. 118.

⁹⁹ Mål nr T 5273-00.

Företaget å sin sida anförde att den aktuella bilden inte föreställde James Roberts eller i vart fall var så otydlig att det saknades en säker identifieringsgrund. Syftet med bilden var att visa upp att American Pitbulls produkter – som företaget innehade agenturrätten för – var kända från tävlingssammanhang och inte att framställa James Roberts i sin marknadsföring. Företaget anförde vidare att Roberts inte var särskilt känd och att hans person därför hade föga betydelse för marknadsföring av produkter. Företaget bestred att det skulle ha handlat oaktsamt genom att inte inhämta samtycke. Dessutom gjorde det gällande att antalet besökare skall beaktas, tidsperioden som bilden använts och även att marknadsföringen endast har riktat sig mot den svenska marknaden.

Tingrätten – vars dom senare fastställdes av hovrätten – konstaterade utifrån ett inspelat videoband från tävlingen att likheten mellan James Roberts och personen på bilden var slående bl.a. vad gäller kroppsbyggnad, hudfärg och ansiktsuttryck. Bilden var centrerad så att James Roberts framstod som det centrala motivet och var sådan att det inte råde någon som helst tvekan om att personen på bilden var James Roberts. Då det vidare var ostridigt att samtycke saknats förpliktades företaget att utge skäligt vederlag med 20 000 kr till Roberts enligt 3 § lagen om namn och bild i reklam för olovlig bildanvändning. Härutöver ansåg tingsrätten att företaget varit oaktsamt varför sådan ersättning skulle utgå också för det han ”förlorat” med 10 000 kr. Bedömningen i målet avseende det skäliga vederlaget samt skadeståndet kommer att närmare behandlas under 5.2 respektive 5.3.

Av intresse för bildanvändningen är här att tingsrätten fastställde säker identifieringsgrund utifrån ett inspelat videoband varvid likheten mellan James Roberts och personen på bilden konstaterades vara slående. Av tingsrättens dom följer att man tagit hänsyn till ett flertal olika faktorer såsom kroppsbyggnad, hudfärg, ansiktsuttryck samt om personen framstår som det centrala motivet på bilden för att bestämma huruvida en säker identifieringsgrund fanns eller ej.

För utnyttjande av *gamla bilder* i reklam gäller samma som nämnts tidigare, dvs. att om bilden saknar säker identifieringsgrund, dvs. att den inte klart kan sägas föreställa viss person, kan den inte heller angripas enligt lagen. En tjugo år gammal bild på en bebis torde således få användas i reklam utan samtycke förutsatt att det inte av andra omständigheter framgår vem bilden föreställer. Detta gäller även om hans närmaste familj kan känna igen bilden.¹⁰⁰ Detta konstaterande som berör kravet på identifikation kan ytterligare illustreras med hjälp av ett rättsfall från Hovrätten över Skåne och Blekinge (2006)¹⁰¹, *Plastikoperationsfallet*, som gällde fråga om en bildanvändning uppfyllde kravet på identifierbar individ. I fallet hade en plastikkirurgiklinik i sin marknadsföring använt bilder på en anonym patients nakna överkropp på affischer och på Internet. Fråga var om lagen om namn och bild i reklam var tillämplig på publiceringen då kvinnan inte var identifierbar på bilderna annat än av sina närmaste.

Under våren 2003 genomgick privatpersonen Anette Åkesson en bukplastikoperation på Plastikkirurgicentrum i Malmö med gott resultat. I syfte att dokumentera resultatet av operationen fotograferades hennes torso före och efter operationen. Åkesson skrev då under en handling i vilken hon godkände att bilderna fick användas i forsknings- och vetenskapligt syfte. Under våren 2005 upptäckte hon att fotografierna på hennes nakna kropp användes i företagets marknadsföring, dels på av bolaget uppsatta affischer i Malmötrakten, dels på företagets hemsida på Internet. Bilderna – som hade beskurits under

¹⁰⁰ Bökmark-Svensson, s 25.

¹⁰¹ Mål nr T 698-06.

axlarna och vid knäveckan – återgav i färg kvinnans kropp i profil före och efter operationen. Då Åkesson kontaktade företaget och påtalade att hon inte samtyckt till bildernas användning i marknadsföring, togs bilderna bort från företagets hemsida på Internet. Den lokala annonskampanjen vari bilderna använts var då redan avslutad. Som grund för sin talan anförde Åkesson att bilderna som utnyttjats utan hennes samtycke var skarpa närbilder, där födelsemärken och hudveck syns. Vem som helst kunde identifiera henne på bilderna. Då spridningen av bilderna varit omfattande och det personliga obehaget för henne varit betydande yrkades skäligt vederlag till 25 000 kronor och annan skada i form av lidande och förfång till 25 000 kronor. Kliniken å sin sida anförde att bilder från olika operationer används i marknadsföringen för att de väl illustrerar vad ett plastikkirurgiskt ingrepp kan ge för resultat och att bilderna beskärs på så vis att det inte går att identifiera vilken person som finns på bilden. Kliniken hävdade att för att kravet på identifiering ska vara uppfyllt måste en större grupp än den avbildade personen själv och dennes närmaste bekantskapskrets kunna identifiera personen utifrån bilden.

Både tingsrätten och hovrätten gick på klinikens linje. Tingsrätten menade att ”det förhållandet att en bild är beskuren och endast avbildar viss eller vissa av den avbildades kroppsdelar utesluter inte att lagen om namn och bild blir tillämplig. Lagen blir emellertid tillämplig på en bild endast om bilden kan sägas klart föreställa viss person. Det finns med andra ord ett krav på att bilden, ensam eller sedd i sitt sammanhang, är sådan så att den leder till att en person kan identifieras.” Utöver bilden och det sammanhang i vilket den infogats, beror identifikationen på flera olika omständigheter. Det måste vidare beaktas i vilket medium publiceringen skett samt hur spridningsområdet och läsekretsen sett ut. Tingsrätten uttalade vidare att en identifikation i lagens mening inte kan föreligga om den krets som skulle kunna räkna ut vem bilden föreställer är mycket liten och till exempel endast består av den avbildades familj. Trots att bilderna av kvinnan i förevarande fall var detaljerade var de så hårt beskurna att huvud, axlar och underben inte visades. Den krets människor som kunde identifiera kvinnan på bilderna måste således antas vara mycket liten varför tingsrätten fann att lagen inte är tillämplig på användningen.

I hovrätten förtydligade Åkesson sin talan med att för att lagen ska vara tillämplig krävs inte att den avbildade riskerar att kännas igen av ett visst antal personer, istället sägs det i förarbetena till lagen att för tillämplighet krävs enbart att personen utgör huvudmotivet på reklambilden och att personen kan identifieras utifrån bilden eller dess sammanhang. Hovrätten fastställde emellertid tingsrättens domslut och uttalade att syftet med lagen är att skydda den enskildes identitet mot olovligt utnyttjande i reklamsammanhang. En grundläggande förutsättning är då att kvinnan kan identifieras utifrån bilderna och det sammanhang i vilket de förekommit. Hovrätten konstaterade att det av bilderna varken framgick kvinnans ansikte, andra kroppsdrag eller någon text som klargjorde vem som var avbildad som gör det möjligt för andra än kvinnan själv och hennes närmaste att identifiera henne. Lagen om namn och bild i reklam var under dessa förhållanden inte tillämplig på bilderna. Kvinnan förpliktades ersätta klinikens rättegångskostnader både i tingsrätten och hovrätten med sammanlagt 58 750 kronor, vilket var 3 750 kronor mer än priset för operationen.

Utgången i målet kan tyckas oskälig och rättsfallet kan möjligtvis sägas visa på lagens begränsningar. Lagens krav på identifierbarhet kan – i enlighet med domstolarnas domskäl – inte uppfyllas om den krets som skulle kunna räkna ut vem bilden föreställer är mycket liten och till exempel endast består av den avbildades familj. Men enligt min mening är det orimligt att hävda att en individs integritet skulle vara mindre kränkt enbart av den anledningen att endast hennes närmaste kan identifiera bilden varför det finns anledning att fundera över om inte skyddet borde stärkas i fall som innefattar en allvarlig kränkning av en individs integritet. Frågan kommer ytterligare att belysas i det sammanfattande och framåtblickande kapitel 6.

4.3.2 Bisak till huvudmotiv

I vissa situationer då det framstår som uppenbart att en avbildad person endast är en *bisak till huvudmotivet* kan det finnas skäl att undanta bilden från det skyddade området. Exempelvis kan det röra sig om en landskapsbild i reklam för ett fjällhotell eller en bild på en byggnad som reklam för ett visst byggnadsmaterial, där en i och för sig identifierbar person har råkat komma med på bilden. Samma sak gäller om en avbildad person ingår i en folksamling, t.ex. åskådarläktare, eller i en större mötesförsamling. Annorlunda blir bedömningen om bilden beskärts, förstoras eller förses med märkning så att personen ensam kommer i blickpunkten. Då bör lagen vara tillämplig. Vad gäller denna bedömning måste man gå tillbaka till syftet med lagen och titta på huruvida gärningsmannen har haft för avsikt att framhålla just den person vars bild eller namn brukas, dvs. om det har funnits en avsikt att snylta på dennes renommé, trovärdighet, utseende, anseende eller liknande (som vi sett ovan i 2.2. skyddar lagen mot utnyttjanden som har snyltningsskarakter). Kan ett sådant syfte bevisas är förfarandet otillåtet oavsett att personen intar en mindre framträdande plats. Departementschefen har i lagstiftningsarbetet framhållit att bestämmelserna kommer att tillämpas relativt strikt när det gäller offentliga personer.¹⁰² Anledningen härtill torde vara att välkända personer per automatik drar till sig uppmärksamhet även om de endast är en bifigur till huvudmotivet. Som beskrivits inledningsvis är detta förhållande också anledningen till varför det framstår som intressant för näringsidkare att använda välkända ansikten i sin marknadsföring i största allmänhet.

Trots att en person kan känna sig kränkt även av att förekomma som bifigur till ett huvudmotiv – då personen för allmänheten kommer att förknippas med motivet – har det inte ansetts påkallat att generellt utsträcka integritetsskyddet till att omfatta sådana situationer. Ur förarbetena kan exemplet tas med en ensam nattvandrare som fångas på bild utanför en ökad sexklubb och som används i dess marknadsföring. I den situationen menar man att det inte är just användningen i reklam som kränker nattvandraren, utan att han hade varit lika kränkt om bilden hade ingått i exempelvis ett tidningsreportage. Departementschefen menade att man får en tillräckligt långtgående och rimligt enkel regel om man utgår från att endast om nattvandraren intar en så framträdande roll på reklamfotografiet att sexklubben kan sägas vilja demonstrera en nöjd klubbbesökare eller annars vilja åberopa hans närvaro vid klubben som ett argument för ett besök där, bör ett förbud mot utnyttjande föreligga. Sammanfattningsvis medför lagens krav på att annans identitet utnyttjas i reklamsammanhang att snyltningmomentet skjuts i förgrunden, vilket man ser väldigt tydligt i exemplet med den ensamme nattvandraren. Böckmark-Svensson uttalar att det följer härav att ”om den avbildade intar en så obemärkt position på reklamfotografiet att man inte med fog kan göra gällande att näringsidkaren refererat till honom i sin marknadsföring så är förfarandet straffritt”. För offentliga personer får således en sådan ”referens” anses vara för handen

¹⁰² Böckmark-Svensson, s. 20-22; Malmsten, s. 162.

även om den avbildade endast är en bisak till huvudmotivet eftersom de per automatik drar uppmärksamheten till sig.¹⁰³

4.4 Offentliga personer

Att lagen gäller även för offentliga personer medför att en näringsidkare inte kan motivera ett utnyttjande av en offentlig person i kommersiell reklam med att denna personlighetskategori i andra sammanhang måste – med samtidshistoriens krav och allmänhetens rätt till information och nyhetsförmedling – anses tåla betydande närgångenhet och uppmärksamhet från massmediernas sida.¹⁰⁴ I hovrättsfallet RH 1993:20 (I och II), *Kjell-Olof Feldt I-II*, har bilden tillsammans med därtill hörande text av dåvarande finansminister Kjell-Olof Feldt återgivits utan samtycke i tidningsannonser för en revisionsfirma respektive en bank. Förfarandet har åtalats och bötfällts såsom integritetsintrång enligt lagen om namn och bild i reklam.

I *Kjell-Olof Feldt I*, behandlades införandet av en annons för Grant Thornton, auktoriserat revisionsbolag, i tidskriften Stockholm Open Magazine. I anslutning till texten ”Har du hört det allra senaste om skatten?” sågs i annonsen en bild av Kjell-Olof Feldt med en diger lunta i sin hand som uppenbarligen åsyftade statsverkspropositionen. Med anledning härav åtalades verkställande direktör Hans F för att vid marknadsföring av revisionsbolagets tjänster uppsåtligen eller av grov oaktsamhet använt framställning vari Kjell-Olof Feldts bild utnyttjats utan dennes samtycke. Åtal väcktes även mot Christer B för att han genom att ha framställt och utformat annonsens innehåll med vetskap om att Kjell-Olof Feldts samtycke saknats med råd och dåd främjat gärningen. Tingsrätten anförde i sina domskäl att syftet med lagen enligt förarbetena är att skydda den personliga integriteten och förhindra att en persons namn eller bild används som argument för att marknadsföra en produkt eller en tjänst. Med hänvisning till att bilden på Kjell-Olof Feldt får anses ge intrycket av att symbolisera finansdepartementet och dess lagstiftningsarbete – och inte ett utnyttjande av Kjell-Olof Feldts person i marknadsföring av Grant Thorntons tjänster – ansåg tingsrätten inte att en sådan personlighetskränkning som avses i lagen förelåg och lämnade därför åtalet utan bifall.

Hovrätten uppmärksammade och redogjorde inledningsvis allmänt för problematiken avseende reklamens förhållande till tryckfriheten. Vid denna fråga hade i fallet anförts att förutom att marknadsföra revisionsbyråns tjänster var syftet med annonsen att upplysa allmänheten om de kommande lagändringarna på skatteområdet. Hovrätten fann emellertid att annonsen föll under lagen om namn och bild i reklams tillämpningsområde då den inte innehöll något meddelande eller uttryck för någon åsikt som skulle kunna omfattas av TF:s skydd. Däremot präglades den helt och hållet av sådana rent kommersiella syften att öka intresset för revisionsbyråns tjänster. Vad därefter gällde frågan om en personlighetskränkning skett framhöll hovrätten bl.a.: ”Det klandervärda sägs ligga i att näringsidkaren s.a.s. åberopar den andre som argument för den nyttighet som han marknadsför och därmed söker dra vinning av dennes utseende, anseende eller liknande. När det gäller s.k. offentliga personer anføres att dessa gärna tilldrar sig särskild uppmärksamhet och lätt blir huvudmotivet, även om bilden arrangerats så att det kan hävdas att vederbörande endast är en bisak. Näringsidkaren torde i sådana fall vanligen få anses ha refererat till personen och det förutsätts att dylika arrangemang kommer att genomskådas och att bestämmelserna kommer att tillämpas jämförelsevis strikt när det gäller offentliga personer. Vidare anføres att offentliga personer i andra sammanhang får finna sig i betydande närgångenhet och uppmärksamhet från massmediernas sida med

¹⁰³ Bökmark-Svensson, s. 20-22; Malmsten, s. 162.

¹⁰⁴ Bökmark-Svensson, s. 22. Jmf Prop. 1878/79:2, s. 57.

hänsyn till samtidshistoriens krav och med beaktande av allmänhetens rätt till information och nyhetsförmedling. När det gäller kommersiell reklam kan dock, sägs det, sådana hänsyn inte åberopas gentemot den enskildes krav på skydd för sin integritet, även om denne är en offentlig eller eljest känd person”.

Hans F och Christer B har hävdade att bilden föreställer Kjell Olof Feldt i sin egenskap av finansminister och att de inte ”snyltat” på honom som privatperson. Hovrätten menade emellertid – i enlighet med det som anförts om skyddet mot kränkning av den personliga integriteten i förarbetena – att även offentliga personer som finansministern omfattas av skyddet mot utnyttjande av deras namn och bild i kommersiell reklam. Hovrätten uttalade vidare att även om annonsen inte kan sägas uttrycka att Kjell-Olof Feldt rekommenderar Grant Thorntons tjänster så var det uppenbart att bilden av denne mycket kände person var ägnad att dra uppmärksamhet till annonsen. Det sätt på vilket Grant Thornton i sin marknadsföring refererat till Kjell-Olof Feldt föll därför under lagens tillämpning. I egenskap av verkställande direktör var Hans F ansvarig för beställning och utformning av annonsen, att han lämnat befattningen vid annonsen publicering kan inte enligt hovrätten tillmätas någon betydelse. Hans F och Christer B har genom att använda bilden utan att inhämta samtycke ansetts ha förfarit i vart fall grovt oaktsamt. Med ändring av tingsrättens dom dömde Svea Hovrätt både Hans F och Christer B enligt 2 § 1 st. lagen om namn och bild i reklam för brott mot nämnda lag till böter med 2000 kronor.

Rättsfallet illustrerar bedömningen avseende utnyttjande av en bild på en offentlig person – i det här fallet dåvarande finansministern – som återgivits i tidningsannons för en revisionsfirma. Att tingsrätten kom fram till att skyddet inte gällde då bilden gav intrycket av att symbolisera finansdepartementet och inte Kjell-Olof Feldts person fick åklagaren att anföra vid hovrätten att skyddet mot att den enskildes integritet olovligen får utnyttjas i reklamsammanhang gäller personer av alla kategorier, dvs. även offentliga och andra kända personer. Enligt åklagaren var det inte rimligt att kravet skulle ha den begränsade innebörden som tingsrätten uttalat att ifrågavarande person måste ge intryck av att rekommendera näringsidkarens varor eller tjänster. Åklagaren menade att tingsrättens uppfattning skulle kunna innebära att lagens tillämplighet blir beroende av hur en enskild betraktare uppfattar bilden och att lagen med denna tolkning blir nästintill verkningslös. Hovrätten kom också fram till att offentliga personer omfattas av lagen på samma sätt som privatpersoner. Det har därför ingen betydelse att – som svaranden invänt – de inte har snyltat på Kjell-Olof Feldt som privatperson utan använt bilden på honom i hans egenskap av finansminister. Lagen var tillämplig och snyltningmomentet ansågs uppfyllt genom att det var uppenbart att bilden av finansministern var ägnad att dra uppmärksamhet till annonsen. Tingsrättens bedömning har måhända influerats av det som sägs avseende titlar och yrkesbeteckningar vad gäller namnanvändning vid marknadsföring, dvs. att för att namnskyddet ska gälla här ska personen pekats ut, inte ämbetet eller personen i en rollgestaltning. Inget tyder emellertid på att detta gäller även vid bildanvändning där personen genom bilden automatiskt pekats ut.

I *Kjell Olof Feldt II*, yrkade åklagaren ansvar för Gunnar O. och Odd E. för brott mot lagen om namn och bild i reklam samt medhjälp till sådant brott. De faktiska omständigheterna i fallet var ostridiga. I Svenska Dagbladet hade intagits en annons för Sveabanken som innehöll bl.a. följande text: ”Kjell-Olof Feldt, 10,7 procents ränta på Sveabanken. Här är det inget tvångssparande, och bättre ränta finns inte. Det är väl värt att fira?” Under texten fanns en bild av Kjell-Olof Feldt samt en svarstalong för den som vill anlita Sveabankens tjänster. Gunnar O. som vid tidpunkten för annonsens införande var verkställande direktör

på Sveabanken och därmed ansvarig för annonsen åtalades för att uppsåtligt eller av grov oaktsamhet i marknadsföring av bankens tjänster ha använt framställning i vilken Kjell-Olof Feldts bild utnyttjats utan samtycke. Odd E. som var verkställande direktör på det företag som utformat och framställt annonsen åtalades för att med råd och dåd ha främjat Gunnar O:s gärning genom att godkänna annonsen med vetskap om att Kjell-Olof Feldts samtycke saknats.

Stockholms tingsrätt lämnade åtalen utan bifall med motiveringen att annonsen upptar i sin övre del fetstil text som ej kan anses ha karaktären av kommersiell reklam. Denna text tillsammans med bilden på Kjell-Olof Feldt utgjorde nästan två tredjedelar av annonsens yta och var annonsens helt dominerade blickfång. I förhållande till den fetstil som använts i annonsens övre del var dess övriga text avsevärt mindre och innefattade endast till obetydlig del uttalande som är att karaktärisera som reklam. Med hänsyn till vad som nu anförts och på grund av bildens omedelbara anknytning till den del av annonsen som förmedlar en åsiktsyttring var det tveksamt om inte TF var tillämplig i förevarande fall, varför straffrättsligt ansvar enligt lagen om namn och bild i reklam inte skulle utkrävas.

Hovrätten ändrade tingsrättens dom och dömde både Gunnar O. och Odd E. enligt 2 § 1 st. lagen om namn och bild i reklam för brott mot nämnda lag till böter med 2000 kronor. Det som allmänt anfördes i föregående rättsfall (*Kjell-Olof Feldt I*) avseende lagens tillämplighet och personlighetskränkningen gäller även här. Gunnar O. har hävdats att bildanvändningen inte kränkt Kjell-Olof Feldts personliga sfär och att annonsen inte givit intrycket av att han förordar Sveabankens tjänster. Även offentliga personer som finansministern i det här fallet omfattas emellertid av lagens skydd mot kränkning av den personliga integriteten. På samma sätt som i *Kjell-Olof Feldt I* uttalade hovrätten att även om inte annonsen kan anses uttrycka att Kjell-Olof Feldt rekommenderar Sveabankens tjänster, var det uppenbart att bilden av denne mycket kände person var ägnad att dra uppmärksamhet till annonsen. I enlighet med förarbetena har Sveabanken refererat till Kjell-Olof Feldt i sin marknadsföring på ett sätt som föll under lagens tillämpning. Vidare anförde hovrätten att Gunnar O. och Odd E. genom att använda bilden utan att inhämta samtycke har förfarit i vart fall grovt oaktsamt.

Tingsrätten i *Kjell-Olof Feldt I* lämnade åtalen utan bifall av den anledningen att någon personlighetskränkning inte förelegat eftersom bildanvändningen inte utnyttjat hans person utan symboliserade finansdepartementet och dess lagstiftningsarbete. I det nu aktuella *Kjell-Olof Feldt II* lämnade tingsrätten också åtalen utan bifall men här redan på den grunden att det föreföll tveksamt om inte de tryckfrihetsrättsliga hänsynen vägde tyngre än hänsynen för den personliga integriteten som utgör grunden för lagen om namn och bild i reklam. Tingsrätten gjorde således inte någon närmare bedömning avseende lagens tillämpning i det enskilda fallet. Hovrätten gjorde här samma bedömning som i föregående rättsfall, dvs. fann att lagen om namn och bild i reklam var tillämplig av den anledningen att annonsen helt och hållet präglades av rent kommersiella syften. Vidare ansågs finansministern som offentlig person omfattas av lagens skydd mot personlighetskränkning. Även här kan det i vart fall konstateras att bilden var ägnad att dra uppmärksamhet åt annonsen varför förfarandet föll under lagens tillämpning.

I båda rättsfallen har således annonsen ansetts falla under lagens tillämpning på den grunden att bilden av denne mycket kände person varit ägnad att dra uppmärksamhet till annonsen. Slutsatsen måste bli att offentliga personer inte måste anses "tåla mer" på grund av sin status som offentlig person. Tvärtom torde snyltningmomentet lättare uppfyllas då en sådan persons

namn eller bild utnyttjas eftersom de per automatik har ett större uppmärksamhetsvärde. Detta konstaterande får också anses följa av de presenterade rättsfallen ovan.

4.5 Avlidna personer

Av lagtexten i lagen om namn och bild i reklam följer inget uttryckligt skydd för avlidens persons namn och bild. En intressant fråga är således huruvida detta också innebär att ett sådant skydd är uteslutet enligt lagens reglering. I integritetskommitténs betänkande *Reklam och integritet* till lagens motivering uttalas att kommittén anser att skyddet enligt lagen enbart ska gälla person som är vid liv då reklamen publicerades. Ställningstagandet motiveras av att den integritetskränkning som kan uppkomma vid olovlig användning av annans namn och bild i reklam inte är så allvarlig att den typiskt sett är sårande för de efterlevande eller kan kränka den frid som bör tillkomma den avlidne. I förarbetena till lagen sägs att enligt kommitténs åsikt går det inte att dra paralleller vare sig till bestämmelserna i upphovsrättslagen, enligt vilka upphovsrätten är i kraft efter upphovsmannens död (idag 70 år enligt 43 § UrL) eller med (den tidigare) lagen om rätt till fotografisk bild, enligt vilken rätten till fotografi i princip var i kraft i 25 år efter bildens framställning. Detta gäller trots den ekonomiska nyttan av användningen enligt lagen om namn och bild i reklam. Kommittén har inte motiverat detta sitt ställningstagande men har emellertid uttalat att sannolikt så behöver man inte – av naturliga skäl – frukta att avlidna personers namn eller bild kommer till mer frekvent användning inom reklamen. Som påpekats inledningsvis har detta uttalande i motiven till lagen inte på något sätt kommit att avspeglas i lagtexten.¹⁰⁵ Med hänsyn härtill förefaller det emellertid inte vara fullständigt oberättigat att ställa sig frågan huruvida detta förhållande bör tolkas som att lagstiftaren medvetet lämnat området oreglerat för närmare utmejsling i rättspraxis.

Jur. dr. Virpi Tiili behandlar frågan om avlidnas skydd i marknadsföring och framhåller hur det – honom veterligen – inte i något nordiskt lands rättspraxis finns något enda fall avseende avlidens persons namn eller bild i reklam eller annan marknadsföring. Observeras bör att detta uttalande gjordes år 1988 och således nu är närmare 20 år gammalt. I enlighet med min översyn av svensk rättspraxis på området förefaller det dock inte som att frågan någonsin varit uppe till prövning under de 30 år som lagen varit i kraft. Detta kan anses tala för kommitténs inställning att en avlidne person inte kommer till mer frekvent användning i reklamen, men det kan också vara en följd av att ställningstagandet i integritetsskyddskommitténs betänkande anses gälla fullt ut och att en avlidens efterlevande därför inte äger styrkan att ta upp en så pass osäker sak till prövning. Tiili framhåller hur ordalydelsen i nuvarande artikel 9 (integritetsskydd) i ICC:s Grundregler för reklam emellertid inte nödvändigtvis förefaller utestänga

¹⁰⁵ SOU 1976:48, s. 41 f.; Prop. 1978/79:2, s. 57. Se även Virpi Tiili, *Marknadsföring och rätt till egen bild*, 1988 [cit. Tiili], s. 33, not 24; Böckmark-Svensson, s. 24; Bernitz, s. 120.

avliden person från skydd. Vidare konstateras att frågan avseende i vilken mån integritetsrättigheterna skyddas efter en persons död endast har behandlats mycket knappt i den nordiska rättslitteraturen. Det är klart att vissa integritetsrättigheter upphör naturligt då en person dör, exempelvis rätten till frihet, medan andra sådana rättigheter bibehålls efter döden enbart med stöd av särskilda lagstadganden (exempelvis det tidigare nämnda skyddet för upphovsmän enligt UrL). Det framhålls vidare hur det i finsk doktrin exempelvis har konstaterats att integritetsskyddet kan vara på sin plats även ifråga om en avliden person och att bl.a. den förflutna tidens längd påverkar förefintligheten av skydd.¹⁰⁶ Tiili nämner också som exempel att det i tysk rätt avseende skyddet för persons bild gäller att man – efter den avbildades död – bör införskaffa samtycke av den avbildades anhöriga under tio års tid. Anhöriga avser här efterlevande make/maka och den avbildades barn samt, om make/maka eller barn inte lever, den avbildades föräldrar. Man kan vädja till det nämnda stadgandet även då det är fråga om kommersiellt utnyttjande av bild.¹⁰⁷

Tiili framhåller vidare hur man i den svenska rättslitteraturen har förhållit sig smått tvekan till att skydd för avliden persons namn och bild skulle saknas enbart med stöd av ett omnämnande i motiveringen till lagtexten.¹⁰⁸ Bland annat har Lars Pehrson uttalat att det bör noteras att begränsningen i tillämpningsområdet inte på något sätt kommit till uttryck i lagtexten. Vidare påpekar Pehrson att det torde kunna diskuteras om det – såsom nu är fallet – bör vara möjligt att utan tillstånd kunna utnyttja en avliden persons förnamn och bild i samband men näringsverksamhet. Han ger exemplet där en restaurang i Stockholm utnyttjat såväl förnamnet Marilyn som bilder på Marilyn Monroe som dekor respektive kännetecken i marknadsföring av sin verksamhet. Utnyttjandet av namnet aktualiserar bl.a. lagen om namn och bild i reklams bestämmelser vilka är oberoende av nationalitet och tillämplig på både för- och efternamn. I enlighet med de ovan presenterade uttalandena i förarbetena kan emellertid en sådan avliden persons namn och bild utnyttjas i marknadsföring vid näringsverksamhet utan att strida mot lagen om namn och bild i reklams bestämmelser.¹⁰⁹ Vidare har Levin föreslagit bl.a. följande tillägg till lagen om namn och bild i reklam: ”Rätten till egen bild upphör 10 år efter året då den avbildade personen avlidit. Efter dödsfallet övergår rätten att samtycka till bilds offentliggörande på efterlevande make och arvingar (Om förtal av avliden är speciellt stadgat i 5 kap 4 § brottsbalken och 7 kap. 4 § tionde punkten tryckfrihetsförordningen)”.¹¹⁰ Tiili beskriver vidare hur det är möjligt att en avliden persons minne, medmänniskornas uppfattning och värdering av hans personlighet, kan kränkas på samma sätt som en levande persons heder och uttalar:

¹⁰⁶ Tiili, s. 32, 33. Se Ilmari, Melander, *Intimiteetin oikeussuojasta*, Lakimies 1964 s. 785.

¹⁰⁷ Tiili, s. 33.

¹⁰⁸ Tiili, s. 33.

¹⁰⁹ Pehrson, s. 10-12.

¹¹⁰ Levin 1986, s 106.

”Vid en rättslig bedömning av skyddet för en avliden persons bild, blir man tvungen att ta ställning till hur viktigt skyddandet av en avliden persons bild samhälleligt anses vara och om ett dylikt skydd kränker andra viktigare samhälleliga intressen. Måste en person, som då hon levde, förhåll sig negativt till att hennes bild användes i reklam, finna sig i att omedelbart efter hennes död hennes namn eller bild utnyttjas i marknadsföringen av vilken produkt som helst? Till denna fråga har speciellt Eyjólfsson tagit ställning genom att konstatera, att det kommersiella utnyttjandet av en avliden persons namn säkert sällan i praktiken direkt svartmålar ifrågavarande person, men de personers intresse, vilka önskar kommersiellt använda namnet, är emellertid inte sådant, att på basen av detta namninnehavarens intresse finge vika. Eyjólfsson intar rentav en så sträng ståndpunkt, att lov att kommersiellt utnyttja namnen efter döden borde ha erhållits av ifrågavarande person då han levde.”¹¹¹

Som nämnts inledningsvis har risken för missbruk av avlidens bild eller namn i reklam bedömts som obetydlig, varför ställningstagandet att lagens skydd endast gäller för personer som är i livet vid publiceringen har gjorts. Malmsten menar att lagstiftaren tyvärr har misstagit sig och lyfter fram en annons ur tidningen Expressen av den 7 december 1996 som han benämner som ”ett av de mest flagranta övergreppen”. Annonsen uppvisar en bild på en man med bar överkropp, på vilken sex kulhål har markerats tillsammans med namnen på sex kända personer jämte datumerna då de blivit skjutna (John F Kennedy, Martin Luther King, Yitzhak Rabin, John Lennon, Marvin Gaye och Olof Palme). Malmsten menar att det är rimligt att kräva att en avliden person ska få åtnjuta skydd enligt lagen om namn och bild i reklam under exempelvis 25 år från dödsdagen. Han ser inte heller några oövervinnliga problem med att göra arvingar till rättighetsinnehavare.¹¹²

Sammanfattningsvis följer av redogörelsen ovan att frågan om huruvida avliden persons namn och bild borde åtnjuta skydd mot olovligt kommersiellt utnyttjande är omdiskuterad. Vad som framstår som klart är emellertid att något uttryckligt stadgande avseende skydd för avliden persons namn och bild i reklam inte ges i lagtext. Varken prejudicerande rättspraxis, hovrätts- eller underrättsavgöranden finns – mig veterligen – gällande olovlig användning av avliden persons namn eller bild. Däremot finns det vissa stadganden på immaterialrättens område som uttryckligen ger skydd för persons rättigheter även efter döden. Antingen kan man tolka det som att dessa stadganden ger uttryck för en allmän rättsuppfattning att en persons integritet skall skyddas efter döden till den del det är möjligt. Eller så tolkar man det så att dessa bestämmelser utgör specialstadganden som är nödvändiga då det inte finns något allmänt stadgande och som då endast kan tillämpas i föreliggande specialfall. Skyddsobjektet efter avliden person är närmast efterlevande släktingar och vänner, men det kan också ha betydelse för personen själv (exempelvis ekonomisk betydelse under personens livstid). Möjligheten att tillämpa bestämmelserna i andra stadganden analogt ifråga om utnyttjande av bilden i allmänhet i reklam och annan marknadsföring torde åtminstone kunna diskuteras (jmf. med Tiili som menar att det förefaller mycket möjligt att man kan göra det i den finska rätten¹¹³). Frågan är i och för sig om inte en sådan analogitolkning uteslutits

¹¹¹ Tiili, s 33-34.

¹¹² Malmsten, s. 160.

¹¹³ Tiili, s 34.

genom att det i förarbetena konstaterats att det inte går att göra paralleller till bestämmelserna i UrL eller med den tidigare fotografilagen.

På vissa håll i svensk doktrin har framhållits att det vore önskvärt med ett tidsbegränsat skydd för den avlidnes släktingar under ett antal år efter att en person avlidit. Förefintligheten av ett sådant skydd mot utnyttjande av avlidens namn eller bild torde – som föreslagits i finsk doktrin – kunna påverkas av förfluten tid. Även ersättningen för utnyttjande och annan skada torde på samma sätt kunna göras beroende av den förflutna tidens längd, dvs. vid vilken tidpunkt personen i fråga avled. Eftersom detta skydd i första hand avser ett efterlevandeskydd kan det tänkas att kränkningen för de efterlevande avseende namn- eller bildanvändningen är som allra störst de första åren, varför skyddsbehovet torde bli mindre angeläget ju längre tid som förflutit från då personen i fråga avled. Behovet av ett skydd för avlidna kan emellertid diskuteras. I praktiken torde det till största – om inte enda – delen skydda kändisar och andra offentliga personer mot utnyttjande vid marknadsföring efter döden. Eftersom kända personer i merparten fall redan skyddar sitt varumärke enligt varumärkeslagen torde en reglering i lagen om namn och bild i reklam i princip bli verkningslös för deras del eftersom det inte skulle innebära något nytt skydd. Det finns då en risk att ett skydd för avlidna i praktiken enbart skulle skydda sådana personer som inte har anledning att ha ett registrerat varumärke, och som därmed rent faktiskt också minst riskerar att bli utsatta för utnyttjande i marknadsföring.

5 Lagens ansvarssystem

Detta kapitel ämnar redogöra för hur ansvarssystemet enligt lagen är uppbyggt. Nedan följer därför en redogörelse av de påföljder i form av straff (böter), ersättning för utnyttjande (skäligt vederlag), skadestånd för annan skada (såväl ekonomisk som ideell), förebyggande åtgärder samt publicering av fällande som kan aktualiseras då någon överträder de bestämmelser som lagen om namn och bild i reklam föreskriver. Härutöver ska undersökas hur vederlagets och skadeståndets storlek fastställs i praxis.

Att lagen om namn och bild i reklam är av straffrättslig natur har främst att göra med den tidigare gällande traditionen kring sanktioner med ideellt skadestånd endast kopplat till brott och behovet av en skadeståndssanktion. Lagen utkräver ett personligt ansvar och de brott som avses är i princip målsägandebrott. Dess natur begränsar möjligheterna att tillämpa lagen fullt ut till situationer av uppsåt och grov oaktsamhet. Medhjälp (exempelvis en reklambyrås ansvariga) regleras särskilt i 2 § andra stycket, medan försök och förberedelse till brott inte omfattas av lagen. Först när det framställda alstret används i reklamsyfte får den brottsliga gärningen anses vara fullbordad. Detta kan ske genom att reklammeddelandet offentliggörs eller på annat sätt görs tillgängligt. Då det vidare är fråga om straffrättslig lagstiftning blir allmänna (restriktiva) tolkningsprinciper för sådan lagstiftning tillämpliga.¹¹⁴

5.1 Straffansvar – Böter

För att böter ska kunna utdömas enligt lagen krävs enligt 2 § att olovligt utnyttjande av namn eller bild som avses i 1 § skett *uppsåtligen* eller av *grov oaktsamhet*. Enligt Danowsky m.fl. torde det i praktiken vara ovanligt med böter för brott mot lagen om namn och bild i reklam. Straff torde endast utdömas i grova fall såsom då en bild utnyttjats i reklam trots ett uttryckligt förbud. Istället anser Danowsky m.fl. att möjligheten till den ersättning för utnyttjande som inte är beroende av om uppsåt eller oaktsamhet förelegat – dvs. skäligt vederlag enligt 3 § – skulle komma att få större praktisk betydelse.¹¹⁵ Från den översyn av praxis som härmed görs på området följer att av tolv studerade rättsfall utgörs fem av brottmål (*Robert Gustafsson*, *Kjell-Olof Feldt I-II*, *Hälsomedelsfallet* samt *Fastighetsmäklarfallet*) varför det kan konstateras att tvistemål enligt lagen – om än inte med särskilt stor marginal bland de här undersökta fallen – är vanligare än brottmål. I sin tur har i tre av de aktuella brottmålen straff i form av böter utgått trots att inget uttryckligt förbud att utnyttja namnet respektive bilden i reklam funnits. Visserligen framstår det som ett relativt ovanligt förhållande att böter utgår till följd av en överträdelse av lagens

¹¹⁴ Levin 1986, s. 336; Bökmark-Svensson, s. 26. Jmf Prop. 1978/79:2 s 49 ff.

¹¹⁵ Danowsky m.fl., s. 102.

bestämmelser, men detta förhållande påvisar att den framtidssyn som Danowsky m.fl. uttalat inte överensstämmer med den faktiska tillämpningen av lagen. Det förhållandet att tvistemål enligt lagen är vanligare än brottmål har troligtvis nära anknytning till det faktum att brott som avses i 2 § endast får åtalas av åklagare om målsägande anger brottet till åtal eller åtal är påkallat från allmän synpunkt (5 §). Brott som avses i 2 § är således i princip målsägandebrott då det endast – förutom i den situationen att åtal är påkallat från allmän synpunkt – är den vars namn eller bild som utnyttjas som kan ange brottet till åtal. Som framkommit skyddar lagen om namn och bild i reklam i första hand den enskildes personliga integritet, varför det därför inte framstår som egendomligt att den enskilde själv är den som får avgöra om ett brott mot lagen ska beivras eller ej. Danowsky m.fl. ställer sig tveksamma till huruvida bestämmelsen får någon praktisk betydelse med anledning av att åklagare knappast är benägna att väcka åtal i annat fall än då en målsägande angett brott till åtal. Ett exempel som ges då det kan vara påkallat från allmän synpunkt är det fall att en statschef från ett annat land utnyttjas i något från allmänna synpunkter stötande reklamsammanhang. Viktigt att poängtera här är att en civilrättslig process mot en näringsidkare avseende ersättning för utnyttjande och/eller skadestånd kan föras utan inblandning av polis och åklagare.¹¹⁶

I ett rättsfall från Svea Hovrätt (1988)¹¹⁷, *Hälsomedelsfallet*, dömdes en näringsidkare för att utan samtycke ha åberopat namnet på en läkare i reklamtext för hälsomedel till straff- och skadeståndsansvar enligt lagen om namn och bild i reklam.

I Dagens Nyheter hade införts en annons med rubriken ”STOMACH 60. Naturmedlet som fungerar vid dålig mage.” Den första delen av annonsen upptog en text, som angavs vara ett brev från en massör Per L. I texten angavs bl.a. att hälsomedlet inte bara minskade smärta utan dessutom hade medfört en ganska betydande viktreducering utan att någon särskild träning hade utförts. Vidare angavs att viktreduceringen fanns dokumenterad hos SportMed i Stockholm, som bl. a. drivs av idrottsläkaren Christian Åkermark. Verkställande direktör åtalades enligt lagen om namn och bild i reklam för att som ensam ansvarig för verksamheten i Hälsolinjen AB ha utnyttjat Christian Å:s namn utan samtycke genom att i annons referera till honom och hans firma. Christian Å yrkade skadestånd med 50 000 kr.

Vad gäller ansvarsdelen konstaterade tingsrätten till en början att annonsen föll utanför det område där fullt tryckfrihetsrättsligt skydd föreligger eftersom det aktuella brevet intagits i annonsen i kommersiellt syfte. Det var vidare utrett att Jan B i egenskap av näringsidkare har använt Christians Å:s namn i marknadsföring utan dennes samtycke. Vid sin bedömning för huruvida utnyttjandet har skett på det sätt som avses i lagen om namn och bild i reklam framhöll tingsrätten vad som sagts i lagens förarbeten om lagens syfte och hur snyltningmomentet skjuts i förgrunden (för denna diskussion se 2.2 ovan). Tingsrätten fann att annonsens utformning hade fått till följd att Christian Å sammankopplats med naturmedlet Stomach 60 på ett sätt som låg snyltningmomentet nära, trots att annonsen inte direkt refererade till honom som förespråkare för hälsomedlet. I en reklamåtgärd av detta slag kan det vidare inte vara ointressant att använda Christian Å:s namn såsom gjorts i annonsen, varför tingsrätten menade att det med fog kunde sägas att Jan B refererat till honom i sin marknadsföring. Även om det inte är visat att Jan B uppsåtligen underlåtit att inhämta samtycke, borde han ha förstått att detta skulle göras och därför bedömdes hans

¹¹⁶ Danowsky m.fl., s. 105-106.

¹¹⁷ Mål nr B 587/87 (RH 1988:107). Se NIR 1989 s 73 ff. (”Christian Åkermark”).

förfarande och underlåtenhet att inhämta samtycke såsom grovt oaktsamt varför Christian Å. var berättigad till skadestånd.

Christian Å har åberopat att han lidit såväl ekonomisk som ideell skada då annonseringen medförde den felaktiga uppfattningen hos allmänheten, kollegor och uppdragsgivare att han använder naturmedel i sin verksamhet vilket i sin tur har lett till färre uppdrag från kollegor och läkemedelsföretag. Tingsrätten konstaterade att yrkandet i sin helhet avser allmänt skadestånd och att rätten att erhålla vederlag inte omfattas. Vad gällde skadeståndsdelen gjorde tingsrätten bedömningen att Christian Å får anses ha lidit skada i ideellt hänseende samt viss skada på grund av färre uppdrag i sin verksamhet. Men det var emellertid osannolikt att skadan motsvarat det yrkade beloppet, varför tingsrätten uppskattade skäligt allmänt skadestånd till 10 000 kronor. Tingsrätten dömde således Jan B för brott mot 1 och 2 §§ lagen om namn och bild i reklam till 30 dagsböter å 90 kronor. Hovrätten fastställde tingsrättens domslut och HD meddelade inte prövningstillstånd.

Rättsfallet illustrerar dels bedömningen avseende snyltningmomentet och dels bedömningen för om brott enligt lagens 2 § förelegat eller ej. I det sistnämnda hänseendet konstaterade tingsrätten att även om Jan B. inte uppsåtligt underlåtit att inhämta samtycke, var han fortfarande grovt oaktsam i det att han borde ha förstått att sådant samtycke skulle ha inhämtats. Rätten att erhålla vederlag för utnyttjande omfattades inte av yrkandet varför endast skadestånd utgick i målet. Detta förhållande kommenteras vidare nedan under 5.2.

5.2 Ersättning för utnyttjande

Vad som är speciellt enligt lagen om namn och bild i reklam är att den som bryter mot lagens 1 § eller medverkar till sådan handling enligt 3 § första stycket under alla omständigheter skall utge *skäligt vederlag* till den vars namn eller bild har utnyttjats. Ur förarbetena framgår att skäligt vederlag är ersättning för uteblivet arvode på grund av medverkan och att bestämmelsen i första hand tar sikte på skådespelare, idrottsmän, och andra vars ”image” ofta utnyttjas i reklam för olika produkter. Härur framgår också att beloppets storlek får bestämmas med hänsyn till praxis i reklambranschen.¹¹⁸ Det följer härav att rätt till sådan ersättning för uteblivet arvode på grund av medverkan (exempelvis normalt modellarvode) föreligger alldeles oavsett om det finns förutsättningar för straff i form av uppsåt eller grov oaktsamhet. 3 § föreskriver således ett strikt skadeståndsansvar, varför god tro avseende namn- eller bildanvändningen inte befriar en näringsidkare från att utge skälig ersättning för utnyttjandet.¹¹⁹

I *Robert Gustafsson* som presenterats närmare under 3.1 yrkade och tillerkändes den kände skådespelaren Robert Gustafsson 75 000 kronor i skäligt vederlag för utnyttjande av hans bild (tillsammans med 50 000 kr i ideellt skadestånd). Vederlaget – som tillerkänts Gustafsson i både tingsrätt och hovrätt samt fastställts av HD – ansågs skäligt med hänsyn till skådespelarens normala arvodesnivå och omständigheterna i övrigt.

¹¹⁸ Prop. 1978/79:2 s 63.

¹¹⁹ Bökmark-Svensson, s. 28-29; Levin 2006, s. 336, not 28.

Ersättningen bestämdes med hänvisning till den utredning som gjorts avseende Robert G:s värde på reklammarknaden vid den aktuella tidpunkten till 75 000 kronor. Detta var skäligt med hänsyn till att Robert G inte medverkat i kommersiella sammanhang i liknande form som här är fråga samt att det av lämnade uppgifter framgick att han vid medverkan i mycket korta reklamfilmer erhållit 100 000-150 000 kr. Ett annat tidigare avgörande från Hovrätten för Övre Norrland (1997)¹²⁰, *Patrik Sjöberg*, kan illustrera det faktum att yrkade skadestånd i övrigt ofta sätts ner. I målet hade Patrik Sjöberg yrkat ersättning enligt lagen om namn och bild i reklam med 300 000 kr varav Sjöberg slutligen tilldömdes den av svaranden redan erlagda summan om 30 000 kr.¹²¹ I övrigt är rättsfallet intressant eftersom det diskuterar hur den skäliga ersättningens storlek fastställs i praxis.

Under augusti 1993 marknadsförde resebyråbolaget Björk och Boström AB en resa till världsmästerskapen i friidrott i Stuttgart genom bl.a. en broschyr vars framsida uppvisade en bild av Patrik Sjöberg. Med anledning av att lagen om namn och bild i reklam föreskriver skäligt vederlag för sådant utnyttjande hade bolaget utgett 30 000 kr till Patrik Sjöberg. Sjöberg yrkade emellertid i tingsrätten ytterligare 270 000 kr för utnyttjande av hans bild samt ersättning för rättegångskostnader. Han anförde att utnyttjande av hans bild kräver godkännande av Svenska friidrottsförbundet och att skäligt vederlag – i enlighet med ett hundratal tidigare slutna reklamavtal – i detta fall var 300 000 kr. Sjöberg har vidare anført att sedan han inledde sin internationella karriär som friidrottsman på elitnivå 1981 har huvuddelen av hans inkomst grundat sig på ersättningar från olika reklamkontrakt. En så låg ersättning som 30 000 kr har inte varit aktuell sedan dess, varför avtal aldrig skulle ha träffats mellan parterna om samtycke efterfrågats före användningen. Resebyråbolaget bestred talan och anförde att av informationsbroschyrens 1 500 exemplar distribuerades 500 exemplar ut till kunder under en sexmånaders period, resten makulerades. Arrangemanget som omfattade 24 resenärer omsatte 192 811 kr och utföll utan vinst. Skäligt vederlag enligt bolaget är med anledning härav de redan erlagda 30 000 kr.

I tingsrättens domskäl presenteras vittnesförhör med två personer med god kännedom om praxis i branschen vad gäller hur en bild får användas. Härur framkom bl.a. att ersättningens storlek bestäms av flera faktorer och att det för en privatperson i allmänhet utgår s.k. modellarvode med 5 000-10 000 kr medan kända personer erhåller mer. Vederlagets storlek beror vidare på i vilket medium bilden använts (TV eller dagstidning), annonsens storlek, upplagens storlek, hur lång tid bilden har använts samt om bilden kommenterats på något kränkande sätt. Vad gällde det skäliga vederlaget för användningen av den i målet aktuella bilden med en upplaga om 500 exemplar uttalades dels att det var klart under 30 000 kr, dels att 10 000 kr skulle vara skäligt med god marginal. Eftersom stor hänsyn ska tas till upplagens storlek kunde ersättningen ha blivit lite högre om det varit fråga om dagstidning istället för som här en broschyr. För kända personer har ersättningen i ett tiotal fall uppgått till 25 000-30 000 kr inklusive ideellt skadestånd. Tingsrätten konstaterade att oavsett om avtal skulle ha ingåtts eller ej ska skäligt vederlag för hans medverkan fastställas som om avtal hade träffats. Enligt tingsrätten belyste inte Sjöbergs uppgifter om hans tidigare medverkan i reklam frågan om skälig ersättning för det aktuella utnyttjandet. Av utredningen framgick inte heller att skäligt vederlag var högre än 30 000 kr varför käromålet ogillades eftersom detta belopp redan erlagts.

Hovrätten konstaterade – i enlighet med tingsrätten – att skäligt vederlag enligt 3 § lagen om namn och bild i reklam skall bestämmas med ledning av praxis i reklambranschen. Genom de uppgifter som i vittnesförhör framkommit i tingsrätten ansåg hovrätten det vara utrett att ersättningens storlek i praxis bestäms av ett flertal olika faktorer, hur känd personen är, vilket media bilden förekommer i, upplagens storlek samt under hur lång tid bilden använts. Sjöberg hade inte lämnat närmare uppgifter kring de reklamavtal som han

¹²⁰ Mål nr T 146/ 94.

¹²¹ Levin 2006, s. 336-337.

ingått och vad hans vederlag härför varit. I övrigt hade broschyren i fråga en mycket liten upplaga med begränsad spridning till allmänheten. Hovrätten fann mot bakgrund av utredningen i målet om betydelsen av bland annat media och upplagestorlek för ersättningsbestämmande samt med hänsyn till de uppgifter som i vittnesmål lämnats avseende vilka vederlag som utgått i olika sammanhang till kända personer att det saknas stöd att bestämma det skäligen vederlaget i detta fall till ett högre belopp än 30 000 kr. Sjöbergs talan i hovrätten kunde därför inte bifallas. Sjöberg förpliktades att utge ersättning för bolagets rättegångskostnader i tingsrätten och i hovrätten med sammanlagt 88 464 kr.

Rättsfallet är intressant av den anledningen att det dels illustrerar hur skäligen vederlag bestäms med ledning av praxis i reklambranschen men också för att det visar på förhållandet att bevisbördan ligger hos käranden att visa att yrkat vederlag är skäligen. Rätten konstaterar att det skäligen vederlaget ska fastställas som om avtal träffats och att det skäligen vederlagets storlek beror av ett flertal faktorer såsom hur känd personen är, vilket medium bilden används i, annonsens och upplagens storlek, under hur lång tid bilden har använts etc. Med anledning av att Sjöberg inte kunde visa på skäligheten i det yrkade vederlaget om 300 000 kr, fastställde rätten vederlaget till 30 000 kr. Det tilldömda vederlaget får vid en jämförelse med övriga fall under omständigheterna (mycket liten upplaga med begränsad spridning) emellertid anses vara väl tilltaget.

I *Kroppssbyggarfallet* som presenterats ovan under 4.2. var det ostridigt att bilden på en professionell kroppsbyggare använts utan samtycke vid marknadsföring på Internet och skäligen vederlag utgick därför med 20 000 kronor för utnyttjande.

Tingsrätten – vars dom fastställdes av hovrätten – konstaterade att det vid bedömningen av om skyldighet att utge skäligen vederlag föreligger är ovidkommande vilken person som återges på bilden. Även här uppmärksammades att det i förarbetena sägs att beloppets storlek får fastställas i praxis. Tingsrätten ansåg att kroppsbyggaren James Roberts inte hade presenterat någon specifik utredning som närmare belyste hur storleken på arvode för att medverka i reklamsammanhang och annan marknadsföring via Internet bestäms. Rätten uttalade vidare att ”generellt sett måste storleken på arvodet antas variera med hänsyn till sådana allmänt giltiga faktorer såsom hur känd personen är, vilken medium bilden förekommer, vilken spridning bilden får samt hur lång tid bilden används. Visserligen gör det förhållandet att marknadsföringen i detta fall har skett på en hemsida på Internet att tillgängligheten i princip är obegränsad. Hemsidan har dock inte haft särskilt många besökare och den faktiska spridningen blev således begränsad. Vidare kan inte annat anses visat än att bilden fanns på hemsidan endast under tiden 2-29 september 1998.” Tingsrätten bestämde med hänsyn till det anförda och till vad utredningen har gett vid handen om James Roberts värde i marknadsföringssammanhang (se närmare under 4.2.) det skäligen vederlaget till 20 000 kronor.

Samma faktorer som beaktades vid bedömningen i *Patrik Sjöberg* lades till grund för tingsrättens bedömning i detta fall. En speciell omständighet i fallet var att marknadsföringen skett på en hemsida på Internet där tillgängligheten i princip kan sägas vara obegränsad. Vad gäller sådan marknadsföring får beaktas antalet besökare på hemsidan och under vilken tid bilden legat ute. Här kunde konstateras att hemsidan inte haft särskilt många besökare och att bilden endast funnits tillgänglig under en begränsad tid.

5.3 Ersättning för annan skada

Om utnyttjandet av namn eller bild i reklam sker uppsåtligen eller av oaktsamhet, skall ersättning i enlighet med 3 § andra stycket också utgå för *annan skada*. Vid bedömningen i vad mån sådan annan skada har uppstått tas hänsyn även till lidande och andra omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse som har orsakats genom åtgärden. Krav avseende denna längre gående skadeståndsskyldighet för annan skada kan inte bifallas – till skillnad från ersättning för utnyttjandet – om inte utnyttjandet skett *uppsåtligen* eller av *oaktsamhet* (icke att förväxlas med den grova oaktsamheten som gäller för straff). Som följer av det ovan sagda kan skadeståndet omfatta såväl ekonomisk som icke-ekonomisk – ideell – skada.¹²²

För framförallt kända personer och professionella modeller kan den *ekonomiska skadan* utgöras utav uteblivna intäkter från andra reklamuppdrag av den anledningen att bilden redan utnyttjats i ett visst sammanhang. Det kan då hävdas att deras möjligheter att ekonomiskt utnyttja sin bild i förhållande till andra uppdrag har förbrukats i och med det olovliga utnyttjandet. Ersättning för *ideell skada* kan särskilt komma att utgå om reklamändamålet är helt främmande för den person som avbildats eller om användningen av bilden bevisligen fått olyckliga konsekvenser. En reklamåtgärd kan exempelvis framställa någon som osympatisk eller klandervärd i sitt beteende, något som kan medföra skada i form av att personen mister sin anställning, förlorar kunder i sin affärsverksamhet eller t.o.m. orsaka skadegörelse.¹²³ På liknande sätt kan utnyttjandet också medföra psykiskt lidande av att personen av andra tros rekommendera någon vara, som de inte känner till eller som de rent av ogillar. Det kan också vara så att personen i fråga är fullständigt ointresserad av sådan publicitet eller av att bli inblandad i ett för henne främmande kommersiellt sammanhang.¹²⁴ Danowsky mfl. framhåller att man får tänka sig att en domstol vid en prövning av hur en ideell ersättning ska beräknas gör en schablonmässig uppskattning av hur det ideella skadeståndet ska beräknas. Viss ledning kan hämtas från tryckfrihetsrätten och upphovsrätten. I Sverige gäller allmänt att ideella skadestånd är låga.¹²⁵

I *Robert Gustafsson* fastställde HD – utöver det ovan redogjorda vederlaget på 75 000 kr – ytterligare 50 000 kr i ideell ersättning som tingsrätten utdömt för betydande lidande.

Tingsrätten konstaterade att den aktuella framställningen gav intrycket av att Robert G ställt upp på att fotograferas i syfte att publicera bilden med en text som anspelade på det barnprogram som Robert G medverkat i. Med hänvisning härtill och till att Robert G berättat att han inte medverkar i reklam där endast hans person utnyttjas som blickfång fann tingsrätten att hans lidande måste ha varit betydande och att den skäligen ersättningen för

¹²² Danowsky m.fl., s. 103-104; Bökmark-Svensson, s 28-29.

¹²³ Bökmark-Svensson, s. 29-30.

¹²⁴ Å. Lögdberg, *Personlighetsrätt*, Lund 1972 [Lögdberg], s. 108; Tiili, s. 25.

¹²⁵ Danowsky m.fl., s. 103-104.

detta därför bör bestämmas till ett högt belopp, dock inte i nivå med det yrkade på 75 000 kr men väl till 50 000 kr. Hovrätten ansåg att beloppet på 50 000 kr var väl avvägt och beaktade att bilden har fått stor spridning och att lidandet måste antas ha varit betydande. Hovrätten nämner också att hänsyn bör tas till att skadeståndet skall kunna väntas verka preventivt.

Det ideella skadeståndet utdömdes således delvis på den grund att framställningen gav intrycket av att Robert Gustafsson medverkat till dess utformning samt av den anledningen att han inte i övrigt medverkar i reklam där endast hans person utnyttjas som blickfång. Hovrätten verkar också ha ansett att skadeståndets storlek var beroende av att det även skulle verka preventivt, dvs. förebygga mot framtida utnyttjande.

I *Kroppssbyggarfallet* fastställde hovrätten ersättning för annan skada med 10 000 kr tillsammans med skäligt vederlag på 20 000 kr.

Tingsrätten konstaterade att eftersom företaget bedrivit verksamhet i den förhållandevis snäva gym- och fitnessbranschen – och med hänvisning till att tingsrätten funnit det ostridigt att personen på bilden var James Roberts – borde företrädaren ha känt till att det var James Roberts han fotograferade och lade ut på hemsidan. Tingsrätten fann därför att det var oaktsamt att inte fråga Roberts om samtycke innan bilden användes varför företaget var skadeståndskyldigt för sådan annan skada som Roberts kan ha lidit. Vidare ansåg tingsrätten inte det visat att Roberts gått miste om den yrkade agenturrätten. Däremot ansågs det visat att hans goodwill och renommé hade försämrats pga. marknadsföringsåtgärden på det sättet att han till följd av avtalet om agenturrätten inte kom till stånd förlorat reklamintäkter. Han skulle därför få ersättning för det han ”förlorat” med i vart fall 10 000 kr. Tingsrätten konstaterade att det därmed inte fanns anledning att gå in på frågan om Roberts blivit kränkt. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

Ersättning för annan skada utgick således på den grunden att utnyttjandet skadat James Roberts renommé och goodwill, vilket i sin tur haft till följd att han förlorat reklamintäkter när ett förestående agenturavtal inte kommit till stånd. Enligt min mening förefaller det som att skadeståndet utdömts på grund av en kombinerad ideell och ekonomisk skada.

Eva Lindell-Frantz har i en artikel från 2006 diskuterat beräkning av kränkingsersättning och framhåller där hur det är svårt – för att inte säga näst intill omöjligt – att beräkna skadestånd vid ideella skador. Vid en jämförelse av Brottsoffermyndighetens bedömningar i kränkingsärenden överlag med den praxis som utvecklats i rättspraxis avseende förtalsbrott är intrycket enligt Lindell-Frantz att människor som kränks i media får förhållandevis hög ersättning. Exempelvis så tilldömdes Gudrun Schyman 50 000 kronor i skadestånd då tidningen Expressen formulerat en löpsedel som gav intrycket att hon skulle medverka i en film av pornografiskt innehåll. Robert Gustafsson fick som tidigare nämnts 75 000 kr för det kommersiella värde hans namn ansågs ha och därtill 50 000 kr för sitt lidande (kränkningen). Lindell-Frantz menar att det i ersättningsrättsliga sammanhang ofta talas om en reparativ funktion hos skadeståndet, att den skadelidande i möjligaste mån skall försättas i samma läge som om skadan aldrig inträffat. Härutöver talas också om skadeståndets preventiva effekter. Som konstaterats tidigare nämner hovrätten i *Robert Gustafsson* vad gäller ersättningen för annan skada – förutom att bildens stora spridning skulle

beaktas samt att lidandet hade varit betydande – att hänsyn bör tas till att skadeståndet skall kunna verka preventivt. Dock menar Lindell-Frantz att det inte är fråga om huruvida ersättningsnivåerna vid kränkning i massmedia influerats av en förhoppning om att skadeståndet skall ha preventiva effekter. Istället kan det mycket väl tänkas vara så att en tidning som önskar köpa sig rätten till exklusiva bilder på en välkänd person får betala de summor som utdömts i kränkingsersättning. Eftersom en ”rafflande nyhet” kan höja upplagan avsevärt kan det hela kanske t.o.m. vara en god affär för tidningen (bortsett från rättegångskostnaderna). Man skulle då kunna tänka sig att skadeståndsansvar i 5 000-10 000 kr klassen skulle kunna uppmuntra till ärekränkande material. För den skadelidande kan detta te sig stötande då tidningen som tjänat mycket pengar på publiceringen kommer så lättvindigt undan. Lindell-Frantz menar att man möjligen skulle kunna undvika detta om man istället skärpte kraven för ansvarig utgivare.¹²⁶ Jag menar att man också kan applicera detta resonemang på utnyttjandet enligt lagen om namn och bild i reklam. På samma sätt som en ”rafflande nyhet” kan höja upplagan på en tidning kan utnyttjandet av en träffsäker bild eller ett välkänt namn i marknadsföring öka försäljningen av en marknadsförd vara eller tjänst avsevärt. Vad som kan anses tala starkt emot ett sådant påstående är att lagens straffsanktion måste anses verka avskräckande.

5.4 Övriga påföljder

5.4.1 Förebyggande åtgärder

Vid överträdelse av 1 § lagen om namn och bild i reklam kan rätten – på yrkande av den vars namn eller bild har utnyttjats – *efter vad som är skäligt till förebyggande av fortsatt missbruk* förordna, att hjälpmedel som har använts vid handlingen eller framställning som finns på vara, förpackning, reklamtryck eller dylikt skall ändras eller att egendomen skall förstöras eller mot lösen utlämnas till den vars namn eller bild har utnyttjats (4 §). Bestämmelsen kan få betydelse vid en ännu ej avslutad reklamkampanj där den utnyttjade kan ha ett berättigat intresse av att återstående reklammaterial förstörs eller ändras eller av att åtgärder för att förhindra fortsatt missbruk vidtas. Anledningen till att det finns en sådan laglig möjlighet för en domstol att stoppa ett fortsatt obehörigt utnyttjande av ett namn eller en bild och förena det med ett högt vite att fortsätta reklamkampanjen på ett visst sätt är att en åtgärd som företagits mot utnyttjandet annars kan bli verkningslös. Ingripande enligt 4 § kan endast ske på yrkande av målsäganden, varefter det står rätten fritt att välja den åtgärd som den finner bäst lämpar sig för att förebygga missbruk i det aktuella fallet.¹²⁷

¹²⁶ Lindell-Frantz, s. 67-68.

¹²⁷ Bökmark-Svensson, s. 32; Danowsky m.fl., s. 105.

Ingripande kan riktas såväl mot den som brutit mot 1 § såsom mot en tredje man som t.ex. har förvärvat egendomen eller en särskild rätt till egendomen. Att lagen inte gör undantag för god tro medför att en näringsidkare som mottagit reklammaterial som beställts i god tro kan tvingas avstå från materialet om exempelvis den reklambyrå som han anlitat för kampanjen har varit medveten om att samtycke ej förelegat. Däremot kan frågan om god tro ändå få betydelse vid den *skälighetsbedömning* som rätten ska företa. Till viss del skyddas en godtroende innehavare genom kravet på att ingripandet ska vara motiverat till *förebyggande av fortsatt missbruk*. Trots att lagtexten i 4 § inte ger någon möjlighet att beslagta reklammaterial i avvaktan på förordnande enligt samma paragraf torde det emellertid finnas möjlighet att utverka interimistiskt förordnande enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken (1942:740).¹²⁸

5.4.2 Publicering av fällande dom

Efter mönster av TF och 5 kap. 6 § SkL kan domstol, på yrkande av den vars namn eller bild utnyttjats, *efter omständigheterna* ålägga den som överträtt lagens bestämmelser att bekosta tryckning i en eller flera tidningar av dom i målet (6 §). Syftet bakom bestämmelsen är naturligtvis att endast om domen kommer till allmän kännedom får den kränkta full upprättelse och eventuell skada kan då repareras.¹²⁹ I parallellitet med skyldigheten att utge ersättning till kränkt person, kan betalningsskyldighet för tryckkostnader ådömas utan att uppsåt eller oaktsamhet har förelegat (jmf 3 § första stycket första meningen).¹³⁰ Bestämmelsen är avsevärt strängare än sin förebild i 5 kap. 6 § SkL, som förutsätter brottslig handling. Bökmark-Svensson har framfört att det har ifrågasatts om inte regeln borde begränsas till fall där skadeståndsskyldighet enligt 3 § andra stycket andra meningen föreligger, dvs. när handlingen skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. De menar vidare att hänvisningen till *efter omständigheterna* i lagtexten emellertid torde ge visst utrymme för att ta hänsyn till subjektiva förhållanden på den ersättningsskyldiges sida.¹³¹ I *Robert Gustafsson* ansåg HD att något beslut om åläggande att bekosta tryckning av dom i målet inte borde meddelas eftersom avgörandet sannolikt kunde förväntas få tillräcklig uppmärksamhet även utan att en sådan skyldighet beordrades.

¹²⁸ Bökmark-Svensson, s. 32-33

¹²⁹ Danowsky m.fl, s. 106; Karnov, lagkommentarer, fotnot 12.

¹³⁰ Levin 2006, s. 336-337; Karnov, lagkommentarer, fotnot 12.

¹³¹ Bökmark-Svensson, s. 33-34.

6 Sammanfattande analys

I detta kapitel ska lagens tillämpningsområde såsom det presenterats i lag och utvecklats genom rättspraxis sammanfattas och vissa problemområden ytterligare diskuteras. Härutöver ska tittas närmare på huruvida det finns ett behov av ett utvidgat skydd i reklam på vissa områden eller ej. Kapitlet följer framställningens upplägg i övrigt, dvs. de i framställningen avgränsande områdena diskuteras här var för sig.

6.1 Lagens bakgrund och syfte

Som sagts inledningsvis har reformer avseende den personliga integriteten – till vilken skyddsbehovet för den egna bilden har behandlats – varit svåra att genomföra i Sverige främst på grund av den grundlagsskyddade tryckfriheten. I svensk rätt finns ingen generell regel till skydd för den personliga integriteten men dock finns reglering på särskilda områden. Lagen om namn och bild i reklam har – i oförändrad form – försett individer med skydd för den personliga integriteten i marknadsföringssammanhang alltsedan 1979. Det har inledningsvis talats en del om rätten till egen bild som innefattar ett större skyddsområde än det bildskydd som ges i lagen om namn och bild i reklam. Sistnämnda lag omfattar endast utnyttjande av en persons namn och bild i *marknadsföringssammanhang*. Effekterna av ofrivillig publicering är oftast större när det gäller den egna bilden då bilder oftast får en större påverkan än omnämmandet av ett namn. Mot bakgrund av det vägledande rättsfallet *Hem till Byn* har Bökmark-Svensson och Levin konstaterat att det före lagens tillkomst inte fanns någon sådan allmän rättsgrundsats om rätt till egen bild och ersättning vid kommersiell användning av någons bild (emellertid uttalade justitierådet Knutsson i HD att goda skäl kunde anföras för att enskilds bild inte skulle få användas i reklam). Inte heller har lagens tillkomst inneburit att någon sådan rättsgrundsats införts. Redan här påpekades att även om lagen om namn och bild i reklam varit i kraft vid tiden för avgörandet torde de tryckfrihetsrättsliga hänsynen ändå ha vägt tyngre än de immaterialrättsliga och integritetsskyddande aspekterna. Avgörandet är visserligen av mindre betydelse för den föreliggande framställningen men är ändå värt att uppmärksammas som ett av de första rättsfallen som aktualiserade denna sorts frågeställningar.

Vid tillskapandet av lagen om namn och bild i reklam kan hänsyn sägas ha tagits dels till offentlighetsrättsliga element i form av att säkra individens självkänsla och sinnesfrid genom att skydda individens privatliv mot störning, dels till den immaterialrätten närliggande rätten att få bestämma över användningen av den egna bilden med såväl en ekonomisk som en ideell sida. För en okänd person framstår den ideella rätten att få avgöra om bilden överhuvud ska få användas i reklamsammanhang som viktigast, medan en välkänd person härutöver också kan ha ett ekonomiskt intresse av

att bestämma i vilka sammanhang dess namn och bild ska få användas. Mot detta skydd för den personliga integriteten står samhällets vilja av att värna och upprätthålla yttrandefriheten. Som har framgått utav framställningens inledande delar får lagens bestämmelser bl.a. betydelse i samband med s.k. merchandising rights, dvs. nyttjanderättstillstånd för ett företag att utnyttja främst kända personer i sin marknadsföring för att ge uppmärksamhet och för att om möjligt även smitta av sig goodwill på den marknadsförda produkten eller tjänsten. Lagen syftar just till att skydda enskilda individer mot att näringsidkare i sin marknadsföring snyltar på deras renommé, trovärdighet eller liknande på ett sådant sätt. Som konstaterats i framställningen är detta ”snyltningmoment” ett grundläggande kriterium för lagens tillämplighet. Att marknadsföringen också ska ske i eget vinningsintresse torde följa naturligen härav eftersom det i annat fall inte finns något intresse av att snylta på någon annans anseende etc. (jmf. *Fastighetsmäklarfallet*). I *Kjell-Olof Feldt I-II* dömdes till ansvar enligt lagen trots att de aktuella annonserna inte kunde sägas uttrycka att dåvarande finansministern rekommenderade revisionsfirmans respektive bankens tjänster. Emellertid var det så uppenbart att bilden i båda fallen var ägnad att dra uppmärksamhet till desamma att snyltningmomentet ändå ansågs vara uppfyllt.

6.2 Lagens tillämpningsområde

Lagen om namn och bild i reklam kräver samtycke från den vars namn omnämns eller bild avbildas vid marknadsföring. Begreppet reklam har emellertid inte varit vare sig entydigt eller lätt att avgränsa varför begreppet undvikits (förutom i lagens rubrik) och istället ersatts av ordet *framställning* (1 §). Lagen omfattar marknadsföringsåtgärder på svenskt territorium i alla slags medier och gäller även för kommersiell marknadsföring på Internet som är riktad mot den svenska marknaden. Det sistnämnda är en form av marknadsföring som är svårare att kontrollera (jmf *Kroppbyggerfallet*).

Tryckfrihetsförordningen är exklusivt tillämplig på tryckta skrifter, till vilka hänförs även bild. Eftersom merparten av de marknadsföringsåtgärder som genomförs i Sverige sker med hjälp av tryckta skrifter har frågan huruvida denna exklusivetsgrundsats är absolut tillämplig på reklam eller ej varit grundläggande för lagen om namn och bild i reklams verkan. Ur förarbetena till lagen framgår att för att ingripande mot reklam ska kunna ske vid sidan av TF krävs det att meddelandet lämnas i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte samt har rent kommersiella förhållanden till föremål. Lagen om namn och bild i reklam har därför endast gjorts tillämplig på kommersiell marknadsföring och omfattar inte sådant som ingår som ett led i åsiktsförmedling eller åsiktspåverkan, dvs. icke-kommersiell (ideell) reklam. Trots att det – som uttalats i förarbetena – torde vara förenat med lika stort obehag att ofrivilligt göras till föremål för ideell reklam som kommersiell reklam har en sådan avgränsning i lagens tillämpningsområde dels motiverats av att det skulle vara i vägen för den fria opinionsbilden samt att det skulle få konsekvenser i tryckfrihetsrättsligt hänseende om även

icke-kommersiell reklam omfattades. Emellertid torde ett utnyttjande i ideell reklam kunna kränka integriteten på samma sätt som ett utnyttjande i kommersiell reklam. Frågan huruvida det i framtiden kan bli nödvändigt att gå vidare och låta det lagfästa skyddet omfatta även den ideella reklamen – som presenteras men inte vidare utvecklats av Bökmark-Svensson – är enligt min mening således berättigad.

Som framgått av framställningen kvarstår vissa oklarheter avseende bedömningen huruvida en framställning är av rent kommersiell natur eller ej. En grundläggande princip som gäller avseende lagen om namn och bild i reklams tillämplighet är att vid tveksamhet ge de tryckfrihetsrättsliga synpunkterna företräde, dvs. att utgå från att TF är tillämplig och att lagen om namn och bild i reklam därför inte kan tillämpas på framställningen. Denna gränsdragningsproblematik avseende blandade meddelanden har varit föremål för diskussion i två vägledande avgöranden. I det första rättsfallet, *Robert Gustafsson*, ansåg HD att lagen om namn och bild i reklam var tillämplig på den aktuella framställningen då det klart framkommit i målet att framställningen var av utpräglat kommersiell natur. I följande rättsfall, *Skådespelarkalender*, gjorde HD bedömningen att användningen av varumärket på tidningen och bilderna på skådespelarna inte utgjorde framställningar av en sådan utpräglat kommersiell natur som lagen om namn och bild i reklam är tillämplig på, varför TF istället ansågs vara tillämplig i fallet. Radioreklamen ansågs däremot falla utanför YGL:s tillämpningsområde. Eftersom innehållet i radioreklamen – på samma sätt som uppgifterna på omslaget – hänförde sig till tidningens redaktionella innehåll, instämmer jag med Rosén i det att det främst tycks vara själva framställningsformen som fick HD att göra en annorlunda bedömning avseende radioreklamen. Den avgörande skillnaden i fallen som ledde fram till de olika utgångarna kan sägas ha varit just anknytningen till det redaktionella innehållet. I *Skådespelarkalender* – i motsats till *Robert Gustafsson* – var användningen ett uttryck för det redaktionella innehållet i tidningen. Det framstår också som egendomligt om man inte på en tidnings framsida får uppvisa tidningens innehåll. På grund av anknytningen till det redaktionella innehållet fanns inte heller något snyltningmoment i *Skådespelarkalender*. I fallet med Robert Gustafsson var utnyttjandet inte ett uttryck för det redaktionella innehållet, här var det istället uppenbart att framställningen snyltade på Robert G:s uppmärksamhetsvärde. Vad gäller lagens förhållande till tryckfriheten i dessa och liknande fall kan en tumregel därför sägas vara att så snart marknadsföringen har direkt anknytning till den tryckta skriftens innehåll väger tryckfriheten över, varför lagen om namn och bild inte blir tillämplig. Således får personer finna sig i att såväl deras namn som bild används i t.ex. veckotidningars annonser om samma personer också förekommer i tidningarna. I enlighet med vad som sagts ovan kan man i händelse av en tvist om lagens tillämplighet i förhållande till Tryckfrihetsförordningen troligtvis räkna med att en domstol ger den sistnämnda företräde.

Frågan om när man behöver inhämta samtycke är underliggande hela framställningen och kan inte ges något entydigt, klart svar eftersom det

beror av omständigheterna i det aktuella fallet. Som framgått kan samtycket bestå av en muntlig eller skriftlig överenskommelse angående användningen i reklam. En intressant aspekt som presenterats är huruvida samtycke också kan ske konkludent, dvs. genom exempelvis en utfästelse som inte direkt är uttalad men som man kan sluta sig till av andra omständigheter. Inget i rättspraxis verkar tyda härpå men möjligheten är troligtvis inte utesluten. Av *Danslärarfallet* följer att ett samtycke kan underförstått vara lämnat för en viss period och vara giltigt härför om inte personen uttryckligen motsätter sig ett sådant utnyttjande.

6.3 Lagens skyddsobjekt

Eftersom endast utnyttjande av "annans identitet" ansågs vara ett för obestämt begrepp för att bestämma lagens skyddsobjekt anger lagen krav på säker identifieringsgrund genom att persons *namn* eller *bild* utnyttjas vid marknadsföring. Vad gäller *namnanvändningen* torde det största problemet vara att bestämma huruvida en viss person identifierats eller ej. Användningen av ett namn är inte lika utpekande som en bild, varför det är tänkbart att ett vanligt namn kan avse ett flertal olika personer. Om namnanvändningen sker tillsammans med en bild på vilken personen återfinns eller i samband med en levnadsbeskrivning som utpekar personen torde det emellertid inte råda någon tvekan rörande lagens tillämpning. Om däremot namnet använts fristående måste bestämmas huruvida personen utpekas eller ej. Vad gäller *bildanvändningen* har särskilt presenterats att både imitatorer och den som imiteras (om det klart framgår vem som avses) måste samtycka till bildanvändning i reklamsammanhang. Detsamma gäller för porträttlika personers bilder. Frågor kring dessa bedömningar har inte prövats av rättstillämningen varför det – enligt min mening – inte kan anses klarlagt huruvida dessa situationer innebär klara eller komplicerade bedömningsfall. Vad som kan komplicera saken är att det i dessa situationer kan finnas två olika målsägande (i brottmål) och två olika käranden (i civilmål) som hävdar rätt till ersättning enligt samma bildutnyttjande.

Vad gäller lagens identifieringssätt kan man diskutera skäligheten av att lagens krav på identifikation inte kan uppfyllas av att den utnyttjade personen själv och dennes närmaste kan identifiera densamme. Här kan påminnas om utgången i *Plastikkirurgifallet* vari bilder på en kvinnas nakna kropp som använts i marknadsföring inte kunde läggas till grund för ansvar enligt lagen då den krets som kunde identifiera kvinnan enligt domstolen var alltför liten. Enligt min mening borde man ta under beaktande lämpligheten av att utsträcka integritetsskyddet så att rättstillämparen får möjlighet att beakta allvarligheten i den kränkning som personen i fråga blivit utsatt för. Förslagsvis skulle det kunna ske genom en avvägning där storleken av den krets som måste kunna identifiera en person för att lagen ska kunna läggas till grund för ansvar görs beroende av allvarligheten i kränkningen. I nuläget torde ett bildutnyttjande i reklam av en fullt påklädd person som inte utför någon speciell handling (men som inte heller är en bisak till huvudmotivet) och som kan identifieras av ett större antal människor utanför dennes

närmaste krets uppfylla lagens kriterium. Däremot faller en person som avbildats naken och som endast kan identifieras av en mindre grupp människor i sin närmaste omgivning utanför lagens tillämpningsområde, trots att det sistnämnda utnyttjandet torde innebära en större kränkning för den personliga integriteten. Det känns här angeläget om att igen påminna om lagens grundläggande syfte som ju trots allt är att skydda enskilda individers personliga integritet från att utnyttjas i marknadsföring.

Mot bakgrund av att integritetskyddskommitténs ställningstagande att lagen inte ska omfatta avlidna personer inte fått uttryck i lagtext samt att ICC:s Grundregler för reklam inte verkar utesluta avliden person från skydd, torde det kunna diskuteras huruvida lagens utformning lämnat öppet för skydd härför genom rättspraxis. Kommittén har uttalat att man inte behöver frukta att avlidna personers namn eller bild kommer till mer frekvent användning inom reklamen, varför det nästan förefaller som att man utelämnat skydd för detta eftersom man inte finner att det föreligger någon reell risk för sådan användning. Det sägs emellertid inte heller att ett sådant skydd hade medfört särskilda svårigheter. Å ena sidan kan man hävda att anledningen till att kommitténs ställningstagande på intet sätt avspeglats i lagtexten beror av att man avsett att lämna frågan öppen för rättstillämparen. Å andra sidan har inte rättspraxis hittills gett stöd för uppfattningen att skyddet skulle omfatta avlidna personer, varför man kan skulle kunna hävda att en begränsning av skydd för avlidna personer faktiskt gäller. Som presenterats i kap. 4.4. har svensk doktrin förhållit sig smått tvekande till att skydd för avlidens person skulle saknas enbart med stöd av ett omnämnande i lagens motivering. Tiili har framhållit hur det exempelvis i finsk doktrin har konstaterats att integritetsskyddet kan vara på sin plats även ifråga om en avliden person och att förefintligheten av skydd påverkas av den förflutna tidens längd. Levin har härutöver föreslagit ett tillägg till lagen om namn och bild i reklam enligt tysk modell. Det föreslagna skyddet skulle gälla under tio år från dödsdagen och samtycke till nyttjande skulle övergå till efterlevande make och arvingar. För egen del ansluter jag mig till Tiilis uppfattning att det är möjligt att kränka en avlidens persons minne, medmänniskornas uppfattning och värdering av dennes personlighet. Jag anser därför att skyddet bör utvidgas – i enlighet med Malmstens förslag – till att gälla för avliden person under 25 år. Eftersom detta skydd går betydligt längre än det som Levin föreslagit anser jag att förefintligheten av skyddet (dvs. ersättnings respektive skadeståndets storlek) bör påverkas av den förflutna tidens längd.

I det här avsnittet kan också diskuteras huruvida lagens identifieringssätt, dvs. den del av den personliga integriteten som skyddas av lagen, borde utvidgas. Som berörs i kap 4.1 är en intressant frågeställning huruvida röster – verkliga eller imiterade – omfattas av skyddet eller ej. Då varken lagtexten eller förarbetena utesluter ett sådant skydd, torde det finnas utrymme att i rättspraxis ge röster ett skydd enligt lagen. För mig framstår det som en naturlig utbyggnad av skyddet enligt lagen att även identifierbara röster omfattas av lagens skydd.

6.4 Lagens ansvarssystem

Lagens ansvarssystem har inte vållat några särskilda tolkningsproblem i praxis. Straff i form av böter kan endast utgå om handlingen utförts av grov oaktsamhet eller uppsåtligen. Likaså måste målsägande i regel ange målet till åtal för att åklagaren ska kunna inleda åtal, förutom i den situationen då det är påkallat från allmän synpunkt. Som framgår av framställningen är också brottmål enligt lagen mer sällsynta vilket torde bero av detta förhållande.

Det har vidare konstaterats att skälig ersättning *alltid* ska utgå om ett brott begåtts mot bestämmelsen i 1 § lagen om namn och bild i reklam. Det får emellertid anses följa av *Hälsomedelsfallet* (vari endast ersättning för annan skada utgick) att sådan ersättning inte torde utgå per automatik utan kräver att den utnyttjade personen faktiskt yrkat på att sådan ersättning ska utgå. Det skäliga vederlagets storlek fastställs enligt förarbetena i enlighet med praxis. Härur har framgått att rättstillämparen gör en helhetsbedömning utifrån ett flertal olika faktorer såsom hur känd personen ifråga är, upplagens storlek, spridningens omfattning, under hur lång tid utnyttjandet skett etc. Intressant att uppmärksamma är också att hovrätten i *Robert Gustafsson* uttalade att ersättningen också ska verka preventivt. Att käranden har bevisbördan avseende skäligheten i den yrkade ersättningen och att detta i vissa fall kan vara svårt att visa på har framgått av bl. a. *Patrik Sjöberg* som inte lyckades visa på att yrkat belopp på 300 000 kr. var skäligt vederlag för utnyttjande av hans bild.

Kommersiellt utnyttjande av persons namn och/eller bild i reklam förutsätter som bekant alltid samtycke, oberoende av om personen i fråga är en offentlig person eller ej. Av praxis kan man konstatera att det däremot finns en avsevärd skillnad häremellan vad gäller ersättningens storlek. En obehörig användning i marknadsföring gör alltid intrång i den utnyttjade individens personliga sfär och personliga integritet. En näringsidkare som utnyttjar en ”kändis” i marknadsföring av en vara eller en tjänst exploaterar dessutom det kommersiella värde som finns hos den kända personen utan att ersättning utgår härför. Härutöver ska man också beakta att den kända personens kommersiella värde (den renommé, goodwill etc. som tillkommer personen i fråga) tenderar att försvagas när dess varumärke används okontrollerat. Med anledning härav framstår det som försvarbart att ett utnyttjande av en känd person också medför en större ersättning.

Som framgått av de i kap. 5 diskuterade rättsfallen framstår det inte som särskilt kostsamt att utnyttja annans namn och bild i reklam utan att inhämta samtycke för att skapa god renommé kring en produkt eller en tjänst. Ett större företag kan därför kanske tänka sig att riskera ett mindre skadestånd om användningen i slutändan innebär att produkten/tjänsten genererar avsevärt mer pengar. Emellertid måste beaktas att om utnyttjandet anses ha skett uppsåtligen eller av grov oaktsamhet följer straffansvar enligt lagen, vilket måste anses verka mycket avskräckande.

6.5 Övriga spörsmål

I detta avsnitt ska kortfattat återknytas till avgörandet von Hannover från Europadomstolen som presenterats inledningsvis. Avgörandet har ingen direkt påverkan på skyddet enligt lagen om namn och bild i reklam men har alltså varit värt att uppmärksamma eftersom det berör frågan om rätt till den egna bilden som lagen om namn och bild i reklam till viss del skyddar. I svensk rätt finns i nuläget inget generellt skydd för rätt till egen bild. Det anses dock stå klart att Sverige – som part till Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna – måste anpassa sin lagstiftning till det skydd som återges häri och som uttolkas av Europadomstolen. Avgörandet von Hannover bekräftar att samtycke måste inhämtas innan bilder publiceras på en person som inte utför officiella uppgifter eller medverkar i ett ”public event” där personens handlingar inte har något allmänt intresse. Av avgörandet följer att inte bara kändisar skyddas utan även att vanliga människor åtnjuter skydd mot att bli utsatta för exploatering i samma utsträckning som kända personer måste uthärda.

Som presenterats inledningsvis är rättspraxis på området sparsam. Detta har sagts inte bero av att lagen inte har någon praktisk verkan, tvärtom är dess preventiva verkan dess viktigaste funktion. Lagen fungerar också som viktig grund för utomrättsliga uppgörelser. I detta stycke vill jag nu endast kortfattat poängtera hur rättegångskostnaderna kan vara ett hinder för processen och således även en anledning till varför vi inte ser fler mål av detta slag anhängiggöras vid domstol. Som följer av några av de rättsfall som behandlats i denna framställning är det inte ovanligt att rättegångskostnaderna överstiger den tilldömda ersättningen för utnyttjandet (jmf *Danslärarfallet* och *Journalistfallet*). Eventuella rättegångskostnaders storlek i kombination med lågt utdömda ersättningar till vanliga personer kan således medföra en oro för att vända sig till rättsväsendet. En individ vars namn eller bild utnyttjats kanske helt enkelt inte har råd att anlita ett ombud, än mindre betala motpartens rättegångskostnader vid en eventuell förlust. För denna personkategori kan det nog med säkerhet sägas att rättegångskostnaderna utgör ett hinder för rättstillämpningen. För kända personer däremot får det kanske antas att rättegångskostnaderna inte är den primära frågan, utan att det snarare handlar om att vilja undvika att skapa ytterligare uppmärksamhet kring utnyttjandet genom en domstolsprocess. För denna personkategori är det troligtvis vanligare att göra upp i godo utanför rättssalen. Förvisso kan det också vara så att en känd person vill förhindra fortsatt missbruk av sin person genom att statuera ett exempel och därför av denna anledning tar målet till domstol. Så måste anses ha varit fallet i *Patrik Sjöberg* där ersättning enligt utnyttjande av Sjöbergs bild yrkades med 300 000 kr för en ytterst begränsad spridning som inte medfört någon direkt vinst för det aktuella resebolagsföretaget.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

- Prop. 1978/79:2 *Med förslag till lag om namn och bild i reklam.*
(Prop.1978/79:2)
- Prop. 1986/87:151 *Om ändringar i tryckfrihetsförordningen m.m.*
(Prop. 1986/87:151)

Statens offentliga utredningar

- SOU 2008:3 *Skyddet för den personliga integriteten –*
Bedömningar och förslag. (SOU 2008:3)
- SOU 2007:22 (Del I-II) *Skyddet för den personliga integriteten.*
Kartläggning och analys.
(SOU 2007:22, Del I/Del II)
- SOU 1976:48 *Reklam och identitet. Betänkande av*
integritetskommittén. (SOU 1976:48)

Departementsserien

- Ds Ju 1994:51 *Skyddet för enskilda personers privatliv.*
En studie.

Litteratur

- Bergström, Sture
Andersson, Torbjörn
Håstad, Torgny
Lindblom, Per-Henrik *Juridikens termer.* 9 uppl., Liber AB, 2002.
- Bernitz, Ulf
Karnell, Gunnar
Pehrson, Lars
Sandgren, Claes *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens.*
10 uppl., Handelsbolaget Immateriellt
Rättsskydd i Stockholm, 2007. (Bernitz m.fl)

- Bökmark, Jan
Svensson, Bo *Lagen om namn och bild i reklam. En kommentar med praktikfall, illustrationer och lagtext.* Tholin/Larsson/Gruppens förlag, 1979. (Bökmark-Svensson)
- Danowsky, Peter
Ehne, Jan-Erik
Luterkort, Göran *Bildrätt. Fotografier och teckningar i lagar och avtal,* LiberFörlag Stockholm, 1980. (Danowsky m.fl.)
- Levin, Marianne
Mogens Koktvedgaard *Lärobok i immaterialrätt.* 9 uppl. Nordstedts Juridik AB, 2007. (Levin 2007)
- Own image protection. A Pan-European Overview,* Jure Förlag AB, 2007. (Levin Own image 2007)
- Rätt till egen bild- om oauktoriserad personbilsanvändning i massmedier,* Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms Universitet, 1986. (Levin 1986)
- Lögberg, Åke *Personlighetsrätt.* Lund 1972 (Lögberg)
- Svensson, Carl-Anders
Stenlund, Anders
Brink, Torsten
Ström, Lars-Erik *Praktisk Marknadsrätt,* 7 uppl., Nordstedts Juridik AB, 2002. (Svensson m.fl.)

Artiklar

- Levin, Marianne *Egen bild och integritetsskydd – har Caroline av Monaco gett en ny rättsgrundsats?,* ur Festskrift till Peter Seipel, 2006 s. 329-352 (Levin 2006)
- Rollporträtt på bokomslag, som illustrationer och i annonser – tryckfrihet eller reklamregler?,* SvJT 1993, s. 559-565 (Levin 1993)
- Lindell-Frantz, Eva *Skadestånd till följd av kränkning i media, eller rätten till sin egen bild,* Nordisk Försäkrings Tidskrift nr 4 2006 s 355-373. (Lindell-Frantz)
- Malmsten, Krister *Idrottsutövares namn och bild i reklam,* Idrottsjuridisk skriftserie, nr 6 Artikelsamling 2001 s 156-166. (Malmsten)

- Nordell, Per Jonas *Varumärkesanvändning och yttrandefrihet. Kommentarer till NJA 2003 s. 25 (Tre kronor), NIR 2003 s 408-414. (NIR 2003 s 408-414)*
- Pehrson, Lars *Kändisar i reklam. Marilyn gratis - men Kalle kostar kulor, Affärsrätt nr 1 1984 s 10-12. (Pehrson)*
- Rosén, Jan *Varumärkesanvändning eller TF-skydd?, Pointlex, 2003-02-18, s 1-3. (Rosén)*
- Tiili, Virpi *Marknadsföring och rätt till egen bild, NIR, häfte 1 1988 s. 25-35. (Tiili)*

Internetbaserade källor

ICC International Code of Advertising Practice,
ICC:s grundregler för reklam, 2008-05-31.
<http://www.icc.se/policy/marknad/koder/svenska/grundregler.pdf>

Karnov – Svensk lagsamling med kommentarer, Lag (1978:800) om namn och bild i reklam. 2008-01-28.
http://www.westlaw.se.ludwig.lub.lu.se/pls/onl_se/!ilseintk.request?funktion=lg&produkt=&normid=&prodid=614

Nationalencyklopedin, 2008-06-16.
http://www.ne.se.ludwig.lub.lu.se/jsp/search/article.jsp?i_art_id=O869508

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1975 s 589

Helg-Extra

NJA 1976 s 282 (NIR 1976 s 335)

Hem till byn

NJA 1999 s 749 (NIR 2000 s 108)

Robert Gustafsson

NJA 2001 s. 319

Blandat meddelande

NJA 2003 s 25 (NIR 2003 s 402, 2003 s 408)

Skådespelarkalender

Hovrätterna

Hovrätten över Skåne och Blekinge,
Mål nr T 698-06

Plastikoperationsfallet

Svea Hovrätt, Mål nr T 5273-00

Kroppbyggarfallet

Svea Hovrätt, Mål nr B 587/87

Hälsomedelsfallet

Svea Hovrätt, RH 1993:20 (I och II)
Mål nr B 1797/91 (I)
Mål nr B 157/92 (II)

Kjell-Olof Feldt I-II

Hovrätten över Skåne och Blekinge
Mål nr Ö 484-04

Journalistfallet

Hovrätten för Övre Norrland
Mål nr T 146/94

Patrik Sjöberg

Svea HovR DT 242/1968, T 59/1968

Nyfiken gul

Tingsrätterna

Stockholms tingsrätt
Mål nr 16669-05

Anja Pärson

Stockholms tingsrätt
Mål nr T 13100-04

Danslärarfallet

Uddevalla tingsrätt
Mål nr B 2195-07

Fastighetsmäklarfallet

Europadomstolen

Nr 59320/00, von Hannover v. Tyskland, dom 2004-06-24