

Kändisar i reklam

# EXPLOATERING AV "KÄNDISARS NAMN OCH ANSIKTEN

Av Magnus Tonell och Kristoffer Sparring

Att kända människor används i **kommersiella** sammanhang är idag självklart. Men hur ser det ut bakom exponeringen? Vilket skydd har en kändis? Vad skall du som vill **utnyttja** kändskapet tänka på?

I denna artikel kommer vi att redogöra för kommersiell exploatering av kända personer och deras möjligheter att exploatera det inneboende kommersiella värde som finns i kändisskapet - "celebritetsskydd". Det kan exempelvis handla om kända musikartister, tv-personligheter, författare, sportstjärnor eller andra konstnärer. Den gemensamma nämnaren är att de är offentliga personer som bär på ett kändisskap med därtill kopplat renommé, som kommersiella aktörer på ett eller annat sätt vill använda sig av i sin näringsverksamhet.

Det kan röra sig om namn eller bild som exponeras i förening med varandra eller enskilt. Det kan också röra sig om kommersialisering av det som vi nedan kallar för "personliga karaktäristika" såsom rörelsemönster, röst eller till och med statistik. Exponeringen kan här exempelvis ske i reklamfilm, publicering i tidningar och tidskrifter, annonsmagasin, videospel (med vilket avses både PC- och konsolspel) eller genom idollbilder.

I denna artikel bortses från den i prakti-

**"Det krävs inte att bilden eller namnet används som ett direkt försäljningsargument för en viss vara eller tjänst, utan det är tillräckligt att namnet eller bilden används för att öka exponeringen av reklamen."**

ken inte alls ovidkommande aspekten att en kändis får att låta sig porträtteras eller på annat sätt medverka, rent faktiskt kan begära ersättning för, eller på annat sätt villkora, sitt deltagande.

**Kända personers rätt till sitt eget namn och bild**

En grundläggande förutsättning, för att

någon från dessa kändiskategorier fullt ut skall kunna exploatera sitt kändisskap, är naturligtvis att de har rättsliga möjligheter att hindra icke auktoriserad användning av deras namn och bild. En av kärnfrågorna för denna artikel är således i vilken utsträckning en känd person som finns avbildad på ett fotografi kan hindra andra från att utnyttja fotografiet ("rätten till egen bild"). Utan rättsliga möjligheter att hindra sådan användning faller nämligen möjligheten att begära ersättning för andras nyttjande av deras personliga renommé bort.

Det rättsliga skyddet för kända personers namn och bild utgör inte en helt homogen rättsfigur. Dessutom skiljer sig skyddet mellan namnet och bilden sig något åt. Generellt kan sägas att Sverige historiskt sett har haft ett relativt svagt skydd mot icke-auktoriserad bild- och namnanvändning. Det finns här en tydlig koppling till grundlagarna om tryck- och yttrandefrihet som tillåter exponering av kändisar oavsett deras medverkan eller inställning

till bild- eller namnpubliceringen. Skvalertidningar är möjligen ett exempel på en sorts publikationer som tydligt exploaterar kändisskapet utan att kändisarna blir ersatta för exponeringen. Däremot anses inte dessa grundlag bli tillämpliga i fall där exploateringen rör rent kommersiella förhållanden, vilket behandlas närmare nedan.

I det fall den kända personens namn och bild används i ett sammanhang som inte rör reklam är skyddet klart begränsat. Det krävs i princip att innehållet eller situationen medför att exponeringen utgör förtal. Förtal kan bli aktuellt om bilden är ägnad att utsätta kändisen för andras missaktning. Vid en publicering av en sådan bild i en tryckfrihetsrättsligt skyddad publikation, såsom exempelvis en tidning eller periodisk tidskrift, krävs det emellertid i praktiken mycket till för att ansvar skall kunna utkrävas - jmf NJA 1994 s 637, där en herrtidning hade publicerat ett fotomontage där ett antal kända personers ansikten fogats samman med andra personers kroppar i sexuella situationer under rubriken "En smygitt i kändisarnas hemliga fotoalbum!". Högsta domstolen dömde tidningens utgivare för förtal samtidigt som de kända personerna tilldömdes ett skadestånd på 100 000 kr.

Nedan följer en kortare redogörelse för vilka rättigheter som kända personer kan basera sin exploatering, alternativt stävja sin integritetskränkning på.

**Lagen om namn och bild i reklam**

I svensk rätt återfinns i princip endast en lag som skyddar kända personer från andras kommersiella exploatering av deras namn och bild. Detta är lagen (1978:800) om namn och bild i reklam som skyddar alla, inklusive kändisar, från icke-auktoriserad användning av namn och bild i reklamsammanhang.

Enligt 1 § lagen om namn och bild i reklam får en näringsidkare inte använda annans namn eller bild vid sin marknadsföring utan att dessförinnan inhämta samtycke. Lagen begränsar således endast näringsidkares användning av namn och bild i reklam och följaktligen inte sådana organisationer som ej är att klassificera som näringsidkare.

Det krävs inte att bilden eller namnet används som ett direkt försäljningsargument för en viss vara eller tjänst, utan det är tillräckligt att de används för att öka exponeringen av reklamen. Samtycke från avbildade kändisar måste således alltid inhämtas om deras namn eller bild skall

användas i reklamsammanhang.

Lagen täcker även en situation där reklam bilden är tänkt att uppfattas som en viss kändis utan att det rent faktiskt är fallet.

Det poängteras särskilt i lagens förarbeten att det alltid är den enskilde individen som måste få bestämma om denne vill bli exponerad i reklamsammanhang och i så fall vad denne vill göra reklam för. Kravet på samtycke innebär naturligtvis i sin tur att en känd person kan kräva ersättning för att ställa upp på att bli exponerad i en viss typ av reklam.

**Samtycke som bevisning**

Det uppställs inte några särskilda formkrav för samtyckets form eller innehåll. Det kan inhämtas såväl individuellt som kollektivt.

Det är dock den som använder annans namn eller bild i reklamsammanhang som har bevisbördan för att samtycke har inhämtats.

Detta innebär att den som vidtar en reklamåtgärd bör tillse att samtycket är uttryckligt och skriftligen dokumenterat. Det måste även omfatta reklamåtgärden som sådan, dvs att namnet och bilden får användas i ett visst reklamsammanhang.

**Vid brott mot lagen**

Den som använder annans bild eller namn i reklam utan samtycke skall utge skäligt ersättning för utnyttjandet. Ersättning utgår härvid oavsett om oaktamhet föreligger eller ej. Den skäliga ersättningen beräknas utifrån den ersättningspraxis som har utarbetats i reklambranschen för motsvarande exponering (prop. 1978/79 s 63).

Det skall framhållas att beloppets storlek skall bestämmas utifrån branschen som helhet och inte utifrån ett enskilt företags ersättningspolicy. Ersättningskonstruktionen gör att kända personer får betydligt

högre ersättning vid ett angrepp än vad som är fallet för en vanlig icke - offentlig person. Detta är helt naturligt då reklamvärdet för en känd person naturligtvis vida överstiger värdet av att exponera en helt okänd individ.

Utöver den skäliga ersättningen har den skyldige att utge ersättning för annan skada om angreppet har skett uppsåtligt eller av oaktamhet. En sådan skada kan exempelvis bestå i en ideell skada till följd av en integritetskränkning eller förlust av goodwill orsakad av en icke - auktoriserad publicering i "fel" sammanhang.

Typiskt sett får oaktamhet anses föreligga om den som ansvarar för reklamåtgärden har brustit i sin upplysningsplikt eller på annat sätt inte på ett adekvat sätt förvisat sig om att samtycke har inhämtats från den kända personen. Utöver skadeståndssanktionen kan den som brutit mot lagen dömas till böter (2 §). Enligt 6§ kan dessutom den skyldige dömas att bekosta en tryckning av domen i en eller flera tidningar, för att domen skall få allmän kännedom. Det är även möjligt att yrka på vitesförbud.

Ett exempel på rättspraxis från senare tid avseende lagen om namn och bild är Svea hovrätts dom T-3 559-09, där Ingvar Oldsberg tilldömdes 300 000 kronor i skälig ersättning för att han utan samtycke hade exponerats i en sk annonsbilaga som hade gått ut med Göteborgsposten. Han tilldömdes även 30 000 kronor för den ytterligare skada angreppet orsakat.

**Även en internationell princip**

Att användning av andras namn och bild i reklam skall föregås av samtycke följer även av ICC:s regelverk, Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice, punkten 14 som anger att:

"Marketing communications should not portray or refer to any persons, whether in a private or a public capacity, unless prior permission has been obtained; nor should marketing communications without prior permission depict or refer to any person's property in a way likely to convey the impression of a personal endorsement of the product or organisation involved".

Lagen om namn och bild i reklam ger således även uttryck för en internationellt erkänd princip för god marknadsföringssed.

**Var går gränsen mellan reklam och journalistik?**

Den frågan är viktigt att besvara för att





kunna dra gränsen mot vilka publiceringar som skyddas mot icke- auktoriserad bild- och namnanvändning. Lagen om namn och bild i reklam är nämligen endast tillämplig på användning i reklamsammanhang.

I Sverige har vi som bekant en mycket långtgående tryckfrihet i tryckfrihetsförordningen (TF) avseende tryckta skrifter såsom tidningar och tidskrifter och i yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) beträffande andra medier såsom film och etermedia. Dessa grundlagar begränsar tillämpligheten av lagen för namn och bild.

Kända personer har därför mycket begränsade möjligheter att agera mot sådant nyttjande av namn och bild som faller utanför lagens tillämpningsområde. Det är nämligen endast reklam som har ett rent kommersiellt syfte och som rör rent kommersiella förhållanden som kan angripas marknadsrättsligt.

Det krävs att reklamen syftar till att marknadsföra en näringsidkares verksam-

het eller dennes varor eller tjänster. Marknadsföring som syftar till opinionsbildning eller till att påverka människors värderingar i viss inriktning kan varken angripas med stöd av marknadsföringslagen (2008:486) (MFL) eller annan marknadsrättslig lagstiftning (prop. 2007/08:115 s. 111).

Icke-kommersiella budskap faller således utanför lagens tillämpningsområde. Exempelvis ansågs posters på vissa skådespelare i tv-serien Tre Kronor, som återfanns i en tidskrift, utgöra sådant redaktionellt material som inte kunde angripas marknadsrättsligt (NJA 2003 s. 25).

Det avgörande för om reglerna i lagen om namn och bild i reklam skall bli tillämpliga är budskapets syfte och innehåll. Det räcker inte med att konstatera att ett budskap återfinns på en annonsplats eller annonsbilaga i en tidning eller tidskrift.

- Exempelvis faller reklambudskap från politiska partier utanför den marknadsrättsliga lagstiftningen. En bild på en kändis under en valkampanj omfattas inte av

lagen om namn och bild. Detsamma gäller användning av namn och bild i samband med budskap från en intresseorganisation. Det har här ingen betydelse om reklamskampanjen har tagits fram av en reklambyrå och/eller budskapet lanseras på annonsplats i tidningar och tidskrifter.

Den omständigheten att en framställning återfinns på redaktionell plats i exempelvis en tidskrift innebär å andra sidan inte heller att tillämpligheten av reglerna i lagen om namn och bild per automatik exkluderas.

- Exempelvis har Marknadsdomstolen bedömt att såväl en artikel som en anslutande annons rörande ett bantningsmedels effekt utgjorde reklam som, utan hinder av TF, kunde prövas enligt de marknadsrättsliga reglerna. Marknadsdomstolen klargjorde i detta mål att ingripanden enligt MFL bör kunna ske oavsett framställningens yttre form, dvs även mot annonser som är i form av en "artikel", MD 1988:1.

Motsvarande resonemang kan tilläm-

pas vid en prövning enligt lagen om namn och bild i reklam. Se exempelvis NJA 1999 s. 749 där en bild på komikern och den dåvarande barnprogramsledaren (Björnes Magasin) Robert Gustafsson utan dennes samtycke hade återgivits på baksidan av en herrtidning tillsammans med text, tidskriftens logotype och prisuppgift. Publiceringen av bilden på tidningens baksida ansågs inte utgöra en del av det redaktionella innehållet i tidningen. Mot denna bakgrund tilldömdes Gustafsson ersättning i enlighet med lagen om namn och bild i reklam för den icke-auktoriserade bildanvändningen. Se även Stockholms tingsrätts mellandom 2011-02-16 T 10938-10 där TV-personligheten Alexandra Pascallidou medverkade i ett reportage i en s.k. annonstidning befunns utgöra en sådan marknadsföring som träffas av regelverket i lagen om namn och bild i reklam. Domen har ej vunnit laga kraft.

#### Upphovsrättsligt skydd?

Den kändis, i form av en sportstjärna, som ställer upp på bild i samband med ett porträttfoto gör i normalfallet ingen prestation som resulterar i ett upphovsrättsligt skydd. I NJA 1976 s. 282 fann exempelvis Högsta domstolen att en bild av en skådespelare som var tagen under en filminspelning inte kunde anses utgöra ett upphovsrättsligt relevant framförande. Det kan dock tänkas att det finns situationer där även enstaka bildsekvenser skulle kunna utgöra ett skyddat utövande enligt 45 § upphovsrättslagen (URL).

Vid porträttfotografering måste fotografen enligt 27 § inhämta samtycke från beställaren för att få använda porträttet. Detta lagrum kan således indirekt användas som skydd för icke- auktoriserad bildanvändning vid porträttfotografering.

#### Varumärkesrättsligt skydd för kända personer

Det är fullt möjligt att registrera namn som varumärke. Exempelvis registrerade friidrottaren Carolina Klüft sitt eget namn som ett svenskt varumärke redan 2003. Detsamma gäller fotbollsspelaren Zlatan Ibrahimovic som har registrerat "ZLATAN" som såväl ett svenskt varumärke som ett EU-varumärke.

Genom att registrera sitt namn som ett varumärke så stärker kända personer sitt skydd mot icke-auktoriserad användning av deras namn i sammanhang som är varumärkesrättsligt relevanta. Genom registreringen kan den registrerade basera

sin licensiering i olika sammanhang på en identifierbar registrerad rätt vilket utgör ett komplement till det skydd som följer av lagen om namn och bild i reklam.

Även den kändis som inte har registrerat sitt namn eller bild som varumärke ges ett visst skydd mot andras användning av deras namn som varumärke. Under vissa premisser utgör nämligen en kändis namn ett s.k. registreringshinder. I 2 kap 10 § 2 p nya VML uttalas att ett varumärke inte får registreras om det är ägnat att uppfattas som någons egenartade efternamn, allmänt kända konstnärnamn eller likartat namn, om användningen av märket skulle medföra en nackdel för bäraren av namnet och om namnet uppenbarligen inte syftar på någon sedan länge avliden. Denna bestämmelse motsvaras delvis av 14 § första st 4 p i 1960-års varumärkeslag.

Bilden av en känd person får inte registreras som varumärke (2 kap 10 § 3 varumärkeslagen (VML)).

#### Tyngre krav idag

Bestämmelsen om namn som registreringshinder skiljer sig materiellt i vissa betydande avseenden jämfört med vad som tidigare gällde. I den nya varumärkeslagen är det nämligen endast egenartade efternamn som utgör registreringshinder. Med egenartade namn menas, enligt vad som framgår i förarbetena, "efternamn som är ägnat att utmärka tillhörigheten till en viss släkt". När det gäller konstnärnamn och likartade namn så uppställs ett krav på att de skall vara "allmänt kända" för att registreringshinder skall anses föreligga.

Ytterligare en försvagning för dessa grupper är att det därutöver krävs att användningen av ett märke, innehållande ett sådant namn, kan visas medföra nackdel för bäraren av namnet. Det ovan sagda leder till slutsatsen att konstnärer, idrottare och andra kända personer bör se över sitt namnskydd i syfte att stävja besvärande varumärkesregistreringar. Detta gäller även personer som räknar med att bli kända. Det uppställs således högre krav i den nya varumärkeslagen för att dessa typer av namn skall anses utgöra registreringshinder. Detta resulterar i sin tur i ett svagare skydd mot "konkurrerande varumärkesregistreringar".

Även namnlagen innehåller regler kring användning av annans egenartade namn. Ett bokförlag ådrog sig exempelvis skadeståndsansvar enligt namnlagen för intrång i en enskilds rätt till egenartat efternamn (NJA 1994 s. 461).



©Nike

**Att undvika tvister**

Vår erfarenhet är att tvister efter köp av tjänster och produkter som innefattar skyddade företeelser – rättigheter – har sitt ursprung i att parterna inte från början klargjort hur och på vilket sätt den beställda produktionen får användas av beställaren och uppdragstagaren. Här utgör inte användningen av kända personers namn och bild i reklam något undantag.

Annonsören har naturligtvis ingen som helst kommersiell nytta av reklam om denne inte får visa den exempelvis genom att köpa annonsplats i tidning eller i en kommersiell tv-kanal. Det är därför nödvändigt att annonsören redan i ett mycket tidigt skede analyserar hur och på vilket sätt kändisens namn och bild skall användas, t ex reklamfilm på tv, bio, internet, mässor, andra events eller i butiker.

Den till synes enkla lösningen på detta är naturligtvis att som annonsör kräva ett obegränsat samtycke. Annonsören uppställer då som villkor att denne fritt och utan begränsning äger rätt att använda personens namn och bild för all framtid. Ett sådant samtycke är naturligtvis klart ofördelaktigt för en känd person som har all anledning att disponera över denna fråga mer varsamt. Det finns således ofta

skäl för parterna att närmare specificera samtyckets omfattning.

**Hur formuleras samtycke/licens?**

På grund av alla regler angående andras användning av kändisars namn och bild så kan den kända personen i avtal "licensiera" ut rätten till namnet och bilden. Detta kopplas inte sällan till ett åtagande att inställa sig till inspelning eller fototagning under vissa bestämda tider. Det sistnämnda behandlas dock inte närmare här. Det handlar formellt inte om en regelrätt licensiering om kändisen endast baserar sin rätt till ersättning på regelverket i lagen om namn och bild.

**Basuppgifter**

Ett samtycke bör formuleras positivt, dvs genom en beskrivning över vad den som använder namnet eller bilden får göra. Ett avtal om samtycke/licens till att medverka med namn och bild i reklam bör därför i normalfallet besvara följande frågor så konkret och tydligt som möjligt.

*I. Var någonstans skall namnet och/eller bilden användas, exempelvis i Sverige, Norden, Europa, hela världen?*

*II. Under vilken tid skall namnet och/eller användas exempelvis två månader, ett år, tre år?*

*III. På vilket sätt och för vilka reklamändamål?*

*IV. Enkel eller exklusiv rätt till namnet och bilden i reklamsammanhang för viss produkt eller tjänst?*

Besvaras inte dessa frågor uttryckligen och entydigt i det förhoppningsvis skriftliga avtal som reglerar användningen av namnet och bilden i reklamproduktionen, bör åtminstone den som inhämtar samtycke kräva att dessa frågor "besvaras". I annat fall är risken stor för framtida tvister, där den som är ansvarig för reklamåtgärden många gånger blir skadeståndsskyldig. Utgångspunkten är som sagt att en känd person inte skall behöva förekomma i reklamsammanhang utan att samtycke dessförinnan har inhämtats.

**I. Geografisk bestämning**

När det gäller den geografiska avgränsningen bör den naturligtvis motsvara den marknad som reklamen skall förekomma på. Här är normalt det mest praktiska att avgränsa samtycket till att avse marknadsföring inom ett visst territorium, exempelvis "Sverige".

Är det fråga om reklam från ICA innehållande veckans annonsvaror i de svenska matbutikerna, är naturligtvis behovet att få en "världslicens" tämligen begränsat, medan behovet av en världsomfattande licens framstår som självklart vid en beställning av en reklamfilmsproduktion för en ny bilmodell, om reklamen bedöms kunna attrahera kunder på olika marknader.

I denna del är det enklast att uttryckligen ange inom vilket geografiskt område reklam ska få visas, exempelvis Sverige, Norden, Europa eller världen.

Vid produkter och tjänster som typiskt sett marknadsförs och säljs via internet kan emellertid den geografiska avgränsningen vara mindre lämplig. I sådana fall kan man i stället begränsa upplåtelsen till den marknad mot vilken marknadsföring eller försäljning sker, exempelvis, "för den svenska marknaden".

**II. Samtyckets varaktighet**

Som annonsör bör man alltid försöka se till att samtyckets längd väl motsvarar reklamens "livslängd". Vad gäller den tidsperiod som samtycket skall gälla kan man säga att behovet av en långvarig period helt beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Rör det sig om ett långsiktigt arbete

där idrottsstjärnan är tänkt att agera som en ambassadör för ett visst företag, eller är det endast ett samarbete som är kopplad till en viss specifik reklamidé som ska användas i en reklamkampanj?

*III. På vilket sätt skall namnet och bilden exponeras?*

För att kunna göra ett korrekt avgränsat samtycke måste syftet med parternas samarbete analyseras av parterna. Den närmare kontrollen över annonsörens användning av namnet och bilden är något som en känd person nog bör överväga inför ett samarbete med en kommersiell aktör. Man kan lätt föreställa sig vilka ekonomiska skador det skulle kunna innebära för Carola om hon skulle hamna i ett pornografiskt sammanhang. Det är därför ofta nödvändigt att noga bestämma rätten att använda namnet och bilden.

**IV. Exklusivt, konkurrensfritt utnyttjande?**

Den som är ansvarig för reklamåtgärden bör även överväga om man önskar ha en konkurrensfri användning av kändisens namn i vissa avseenden. Då måste man nämligen bestämma i avtalet att det skall vara fråga om ett exklusivt samtycke.

Ett sådant resulterar naturligtvis i att

ersättningskraven ökar från kändisen, då denne genom upplåtelsen är hänvisad till de intäkter som kan genereras av avtalet. I denna del måste eventuella konkurrensrättsliga begränsningar beaktas.

**Skyddet för personliga karaktäristika och "right to publicity"**

Som vi berört ovan finns sedan länge en väletablerad praxis vad gäller nyttjande av namn och bild i reklamsammanhang där en person avbildas med namn och bild i samband med marknadsföring av en näringsidkares produkter. Det finns också hyllmetrar skrivet om otillbörlig marknadsföring och så kallad renommésnyltning enligt marknadsföringslagen. Men vad gäller närmare för en näringsidkares utnyttjande av all annan information om en person än namnet och bilden?

Frågan ovan ställs mot bakgrund av hur utvecklingen sett ut de senaste åren när det gäller videospel och så kallade managerspel, såsom exempelvis spel som "Drömelvan" (Fotbollsallsvenskan) eller "Dream Team" (Elitserien i ishockey).

Den kommersiella utvecklingen inom videospel och spelbranschen har gjort att tillverkarna och spelbolagen hela tiden



# Immateriellrätt

sandart.se

Sandart&Partners Advokatbyrå KB Box 7131 SE-103 87 Stockholm  
Tel: +46 8 440 68 00 Fax: +46 8 440 68 10 info@sandart.se Besök: Norrlandsgatan 20

söker nya vägar för att marknadsföra och utforma sina produkter. Inom ramen för denna utveckling har det de senaste åren dykt upp en rad videospel och spel som på ett eller annat sätt utnyttjar det kommersiella värde som någons namn, bild eller personliga karaktäristika.

Hittills har användande av någons personliga karaktäristika, som inte inneburit ett direkt nyttjande av namn- och bildrättigheter, inte blivit föremål för prövning i domstol. Kanske ser vi nu att en omvälvande förändring är på gång.

#### Aktuellt fall i USA

I en stämning som först lämnades in i juli 2009 av UCLA:s (University of California, Los Angeles) före basketsjörna Ed O'Bannon för egen del, och på uppdrag av ett antal andra före detta collegeidrottare, togs för första gången ett mål upp som behandlade nyttjande av "likheten" av idrottare i kommersiellt sammanhang.

"Likheten" användes i ett sammanhang som hade till syfte att marknadsföra ett videospel, DVD-försäljning, foton, biljetter m.m.

Twisten kan i korthet beskrivas enligt följande: Electronic Arts ("EA Sports") tillverkar och marknadsför ett videospel som omfattar studentliga (NCAA) i basket i USA. De individuella idrottarnas namn respektive bilder används inte i spelet, men karaktärerna i spelet är "videospelversioner" av aktiva idrottare och före detta aktiva idrottare, där i princip den enda karaktäristikan som saknas är spelarens namn. Namnen kan dock enkelt laddas ner från internet och på så vis blir likheten total.

Situationen för studentidrottare i USA är något speciell, eftersom de inte får uppbära ersättning för licensiering av namn- och bildrättigheter. I det fall en studentidrottare själv skulle träffa ett avtal om ersättning för att lämna en licens för namn- och bildrättigheter skulle idrottaren kunna stängas av från sin utbildning. Detta eftersom han eller hon då brutit mot NCAA:s regler för studenter.

Inför varje läsår får också var och en av studenterna skriva under ett dokument där de bland annat upplåter en (icke-tidsbegränsad) licens till NCAA att nyttja idrottarens namn och bild i sammanhang som har som syfte att marknadsföra NCAA, vilket innebär att licensen i praktiken skulle vara evig. I hjärtat av tvisten finns alltså en fråga om NCAA genom sitt agerande begränsar konkurrensen på ett otillbörligt sätt.

Michael McCann, juridisk analytiker på tidskriften Sports Illustrated och professor i

juridik vid Vermont Law School, har beskrivit tvistens två största frågor (publicerad på sportsillustrated.cnn.com 21 juli 2009):

"Först, genom att kräva att studentidrottare ska avstå från sina kommersiella rättigheter till namn och bild i all framtid, har NCAA påstås olovligen begränsa konkurrensen i strid med Sherman Act, en kärna i den amerikanska federala konkurrenslagstiftningen. Här är anledningen: studentidrottare skulle, förutom det godkännande till NCAA att licensiera sina bilder och likheter, kunna förhandla om sina egna licensavtal efter att ha lämnat skolan. Om de kunde göra så skulle fler licenser säljas, vilket teoretiskt skulle ge en mer konkurrenskraftig marknad för dessa licenser. En mer konkurrenskraftig marknad normalt innebär fler valmöjligheter och bättre priser för konsumenterna. Till exempel, om tidigare studentidrottare kan förhandla om sina egna licensavtal, kunde flera videospelproducenter ge ut spel med ex-spelare. Fler spel kan i sin tur öka den teknologiska utvecklingen och ger teoretiskt lägre priser på videospel för konsumenterna."

McCann fortsätter:

"För det andra, enligt målsägarna har NCAA berövat dem deras "Right to publicity". Right to publicity avser det kommersiella värdet av någons persons namn eller avbild, dvs en bild, röst eller någons signatur. Förra året, som en förklaring till varför NCAA avstod från att stämna CBS rörande deras användning av information om spelare i sitt managerspel på CBS Sportsline.com, erkände NCAA tjänstemän att spelarens right to publicity hör till spelarna, och inte till NCAA."

Efter att O'Bannon-målet sammanlades med andra liknande mål blev de kända som "NCAA Student-Athlete Name & Likeness Licensing Litigation".

I ett beslut från februari 2010 från domaren i målet, Claudia Wilken, angavs: "Accordingly, under a rule of reason analysis, O'Bannon pleads facts to make out a prima facie case that Defendants' (EA Sports och NCAA m fl, vår anmärkning) conduct constitutes an unreasonable restraint of trade."

Vid en första prövning konstaterades alltså att NCAA:s och EA Sports agerande kunde utgöra brott mot konkurrenslagstiftningen.

Flera andra ex-idrottare anslöt sig under 2010 till rättegången. Där bland återfinns Alex Gilbert, Larry Birds lagkamrat i 79 Indiana State Universitys basketlag som förlorade till Magic Johnsons Michigan State i en av de mest kända NCAA-basketmatcherna genom tiderna.

Den 5 maj 2011 konstaterade emellertid samma domstol att det saknades bevis för att EA Sports verkat i samråd med NCAA med syfte att spelarna inte skulle erhålla ersättning, varför domaren Wilken avvistade målet mot EA Sports.

I ett nytt beslut den 28 juli 2011, kom emellertid EA Sports att åter bli svarande i processen, detta sedan domaren Wilken konstaterat att "betydande" nya anklagelser framkommit som att EA Sports kommit överens med NCAA om att inte erbjuda betalning till idrottare när de lämnade sina idrottskarriärer på college, utöver NCAA:s regel som förbjuder att någon form av ersättning lämnas till aktiva idrottare.

Målen kommer sannolikt pågå under många år till och det blir mycket intressant att följa utvecklingen, både vad gäller konkurrensrättsliga aspekter som frågan om "likhet". Flera initierade röster har höjts för att denna fråga förtjänar bedömning av Högsta domstolen i USA.

#### Två frågor

Det finns flera intressanta aspekter på de rättstvister som alltjämt pågår i USA.

- Den första frågan är om en persons kännetecken, annat än namn och bild, kan vara rättigheter som är förbehållna individen, och således kan skyddas eller erhåller skydd under svensk rättsordning. - Den andra frågan är om den typ av "licensavtal" som NCAA i det aktuella fallet skrivit med idrottarna är avtal som otillbörligen begränsar konkurrensen eller är oskäligt av annan anledning.

Den första frågan kan måhända vara en fråga som i vart fall vid ett första påseende kan te sig enkel att besvara. Spontan är vi beredda att svara "ja" på frågan, dvs det bör finnas ett skydd mot olovligt nyttjande av personliga karaktäristika som inte direkt faller under namn- och bildrättigheter. Den vinst som någon gör på att olovligt nyttja dessa karaktäristika utan att lämna ersättning till rättighetsinnehavaren speglar den förlust som rättighetsinnehavaren gör (eller i vart fall utgör förlusten en del av vinsten). Det gör att vinsten i sig blir obehörig, i vart fall till den del som den avser den ersättning som, vid en kommersiell licensiering från rättighetsinnehavaren, eljest skulle ha tillkommit rättighetsinnehavaren.

Den andra frågan är både enklare och svårare att besvara. Vid en begränsad inventering av hur de olika kommersiella aktörerna inom lagidrott i Europa reglerat dessa rättigheter, framkommer betydande skillnader.

(Utdrag från Spelarföreningen Fotboll i Sveriges avtal för spelare i Fotbollsallsvenskan)

"Såvida inte annat avtalats, har arbetsgivaren rätt att under anställningsförhållandet använda spelaren och spelarens namn och bild i samband med arbetsgivarens marknadsföring, sponsorförsäljning och reklam/sponsoraktiviteter, dock förutsatt att sådan användning:

är relaterad till fotbollsverksamheten och har direkt anknytning till spelarens anställning,

inte står i strid med sådana avtal som spelaren ingått,

inte står i strid med den lojalitetsplikt som spelaren kan ha gentemot en annan arbetsgivare, och

inte strider mot spelarens religiösa eller politiska övertygelser.

Om arbetsgivaren avser använda spelaren eller spelarens namn eller bild skall arbetsgivare alltid först informera spelaren.

För annan användning av spelarens namn och bild, än vad som anges i denna punkt [3.3], krävs spelarens tillstånd i varje enskilt fall."

Skrivningen är ett bra exempel på en tidsbegränsad upplåtelse som också avgränsar inom vilket område som arbetsgivaren får nyttja spelarens namn och bild.

(Utdrag ur Svenska Hockeyligans "Standardavtal" för anställning av ishockeyspelare i elitserien)

"Spelaren är väl medveten om och godkänner att klubben äger all bild- och reklamrätt kopplad till spelaren och kan lämna den vidare till annan part."

Formuleringen är i tid inte tydligt kopplad till anställningsavtalet. Det anges att klubben äger all bild- och reklamrätt till spelaren, vilket skulle innebära att spelaren inte har någon förfoganderätt över bilder där han återfinns. Vidare kan klub-

ben – utan någon som helst begränsning – lämna bildrätterna vidare till annan part. Då lagen om namn och bild i strikt juridisk mening inte är att betrakta som en immateriell rättighet blir ordvalet "ägande" missvisande då kontraktsvillkoret närmast uppfattas som någon form av "generell samtycke". (Författarnas not. En av författarna, Kristoffer Sparring, är ordförande för SICO, Sveriges Ishockeyspelares Centralorganisation)

#### Ett annat exempel

(Utdrag från Premier League Contract)

"The Player hereby grants to the Club the right to photograph the Player both individually and as a member of a squad and to use such photographs and the Player's Image in a Club Context in connection with the promotion of the Club and its playing activities and the promotion of the League and the manufacture sale distribution licensing advertising marketing and promotion of the Club's club branded and football related products (including the Strip) or services (including such products or services which are endorsed by or produced under license from the Club) and in relation to the League's licensed products services and sponsors in such manner as the Club may reasonably think fit so long as:

[4.6.1] the use of the Player's photograph and/or Player's Image either alone or with not more than two other players at the Club shall be limited to no greater usage than the average for all players regularly in the Club's first team;

[4.6.2] the Player's photograph and/or Player's Image shall not be used to imply any brand or product endorsement by the Player; and

[4.6.3] PROVIDED that all rights shall cease on termination of this contract save for the use and/or sale of any promotional materials or products as aforesaid as shall then already be manufactured or in the process of manufacture or required to satisfy any outstanding orders."

Kontraktformuleringen är, liksom för svenska fotbollsspelare, välformulerad och väl avgränsad.

Som kan konstateras vid denna exemplifiering så kan betydande skillnader konstateras. Avtalen för fotbollen (både Premier League och Fotbollsallsvenskan) är inte i något fall föremål för individuell förhandling i samband med kontraktsskrivning och utgör en del av ett mellan arbetstagar- och arbetsgivarsidan framtaget standardavtal.

I ishockeyn är avtalet ensidigt framtaget av arbetsgivarsidan och har inte förankrats med eller godkänts av spelarrepresentanter.

#### Avslutande kommentar

Sammantaget är det vår uppfattning att frågorna om vilka kommersiella rättigheter som finns och kan finnas runt kända personer i framtiden kommer att bli än mer komplext, varefter rättsutvecklingen ställer upp ramverket för aktörerna.

Som känd person i framtiden kommer större krav ställas på uppmärksamhet om hur och på vilket sätt licensiering av namn, bild och andra "personliga" rättigheter sker. I avsaknad av i alla delar direkt tillämpliga lagar, kommer det därför krävas noggranna överväganden vid upplåtelse av rättigheter i detta avseende. ■

**Advokaterna Magnus Tonell och Kristoffer Sparring är verksamma på Advokatfirman Fylgia i Stockholm.**

**Magnus och Kristoffer är medlemmar i Fylgias kompetensgrupp för IT- och immaterialrätt. Magnus är en flitigt återkommande skribent i BrandNews. Kristoffer är ordförande för SICO, Sveriges Ishockeyspelares Centralorganisation.**

