

# Respekträttsligt skydd för upphovsmannens anseende och egenart. Några reflektioner med anledning av NJA 2008 s. 309 (Reklamavbrott)

Av jur. kand., ek. mag. Johan Axhamn<sup>1</sup>

## 1. Nytt HD-avgörande om respekträtt

Den här artikeln tar sin utgångspunkt i ett avgörande från Högsta domstolen (HD), NJA 2008 s. 309 (*Reklamavbrott*), som meddelades den 18 mars 2008, där HD fastställde att ett TV-företags reklamavbrott vid visning av spelfilm normalt utgör kränkning av den respekträtt som tillkommer filmregissörerna. Avgörandet är refererat i detta häfte av NIR.<sup>2</sup>

Reklamavbrott i film och HD:s ställningstagande aktualiserar frågan om räckvidden av upphovsmannens respekträtt i förhållande till en förvärvare av de ekonomiska rättigheterna, vilken för att exploatera verksinnehållet behöver göra ändringar i verket. Närmare besett är Reklamavbrottsavgörandet ett uttryck för en *strukturell konflikt* mellan respekträttsens skydd för upphovsmannens personliga känsla för sitt verk och de (möjligtvis) *legitima* förväntningar som en förvärvare av de ekonomiska rättigheterna till verket har på att kunna exploatera verket;<sup>3</sup> en konflikt som snarast kan antas leda till fler tvister framöver i takt med att den tekniska utvecklingen skapar nya exploateringsformer för upphovsrättsligt skyddade verk.<sup>4</sup> I ett större perspektiv kan avgörandet därför sägas aktualisera frågeställningar vilka det kan finnas anledning för aktörer på marknaden – upphovsmän och deras exploatörer – men också lagstiftaren att vara uppmärksamma på. I botten ligger naturligtvis frågan om den syn på upphovsrättsligt skapande, vilken legat till grund för skyddet för upphovsmannens ideella rättigheter såväl i

<sup>1</sup> Doktorand i immaterialrätt vid juridiska institutionen vid Stockholms universitet, e-post johan.axhamn@juridicum.su.se.

<sup>2</sup> NIR 2008 s. 505.

<sup>3</sup> För en diskussion om den strukturella konflikten mellan de ideella rättigheterna, särskilt respekträtten, och legitima förväntningar hos förvärvare av de ekonomiska rättigheterna, se t.ex. Strömholm i NIR 1956 s. 196 f., Strömholm i NIR 2005 s. 657, Roeder i Harvard L. Rev. 53/1940 (4) s. 565 ff., Dworkin, The moral right of the author. Moral rights and the Common Law countries. ALAI (1993) (cit. Dworkin) s. 111 ff., Nordell i Festskrift til Kocktvedgaard (2003) (cit. Nordell 2003) s. 383 ff., Collovà i RIDA 1990 (146) s. 190 ff. och Streng, Ideella rättigheter i digital miljö (2007) (cit. Streng) s. 139.

<sup>4</sup> Dworkin s. 114.

Sverige som internationellt, är förenlig med de ekonomiska intressen som upphovsrätten representerar idag.<sup>5</sup>

Det är i detta ljus jag vill sätta Reklamavbrottsavgörandet – som därvid kan förstås som en *renässans* för upphovsrättens *personlighetsrättsliga* sida. Frågan är om denna renässans är önskvärd eller om avgörandet bör föranleda åtgärder från lagstiftarens sida för att ”återställa” balansen mellan de olika intressen som kan sägas ha förelegat innan tvisten mellan regissörerna och TV4 slutligt avgjordes. Det gäller åtminstone mot bakgrund av den praxis som HD utvecklat i tidigare avgöranden, vilka skiljer sig markant från de uttalanden som HD gjorde i Reklamavbrottsavgörandet. Min ambition med den här artikeln är att försöka ge ett svar på dessa frågor. På ett mer generellt plan hoppas jag också kunna bidra till forskningen om det principiella förhållandet mellan de ekonomiska och ideellrättsliga sidorna av upphovsrätten, vilka hittills inte tilldragit sig närmare uppmärksamhet i nordisk rätt.<sup>6</sup> Det gäller till skillnad från den omfattande diskussion som denna fråga väckt på kontinenten, där en uppdelning gjorts mellan *monistiska* och *dualistiska* läror.<sup>7</sup>

Den fortsatta framställningen är disponerad på följande sätt. I avsnitt 2 ges en kort introduktion till förhållandet mellan de ekonomiska och ideella rättigheterna, särskilt respekträtten, enligt svensk rätt. I avsnitt 3 behandlas bestämmelserna om upphovsrättslig respekträtt i Bernkonventionen och övriga internationella fördrag på det upphovsrättsliga området. Avsnittet syftar till att skildra bakgrunden till internationell reglering och ger också en bild av de ramar inom vilka en reglering av den ideella rätten i nationell (svensk) rätt har att hålla sig. I avsnitt 4 redogörs för det respekträttsliga skyddet i svensk rätt. I avsnitt 5 behandlas Reklamavbrottsavgörandet i förhållande till tidigare avgöranden på det respekträttsliga området. I avsnitt 6 förs en diskussion om avgörandet innebär sådana effekter för exploatering och finansiering av film att det finns anledning att införa särbestämmelser för respekträtt och film. I avsnitt 7 förs en avslutande diskussion om avgörandets betydelse för exploatering av film och de generella effekter som avgörandet kan få på marknaden för exploatering av medieinnehåll i ny teknik.

## 2. Upphovsmannens ekonomiska och ideella rättigheter

I Reklamavbrottsavgörandet var fråga om två filmregissörers respekträtt (*droit au respect*). Respekträtten utgör en del av de ideella rättigheter (*droit moral*) som tillkommer en upphovsman enligt 3 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Enligt 3 § andra stycket URL har uphovsmannen möjlighet att ingripa mot en ändring eller ett tillgängliggörande för allmänheten av verket som sker på sådant sätt eller i ett sådant sammanhang att

<sup>5</sup> Jfr Schovsbo, Immaterialretsafalter – fra kontrakt til status i kontraktsretten (2001) (cit. Immaterialretsafalter) s. 279, Dworkin s. 111 ff., och Meedom i NIR 1985 s. 163.

<sup>6</sup> Immaterialretsafalter s. 258. Jfr Nordell 2003 s. 385 f. och Rosén, Förlagsrätt (1989) (cit. Förlagsrätt) s. 108 med hänvisningar.

<sup>7</sup> Dietz i Le Droit Moral de l'Auteur. The moral right of the Author. ALAI (1993) s. 31 ff. och 60 ff. och Förlagsrätt s. 106 med hänvisningar.

hans personliga anseende eller egenart kränks. Den andra delen av de ideella rättigheterna – namngivelsesrätten (*droit à la paternité*) – regleras i 3 § första stycket URL, enligt vilken upphovsmannen har en rätt att bli angiven som sådan till verket i den omfattning som god sed kräver.

I 2 § URL regleras de ekonomiska rättigheterna. Där anges att den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har uteslutande rätt att *framställa exemplar* av verket och att göra verket *tillgängligt för allmänheten*.

De ekonomiska och ideella rättigheterna ger uttryck åt upphovsrättens dubbla natur. Upphovsrätten syftar till att skydda upphovsmannens såväl ekonomiska som personliga intressen, eller annorlunda uttryckt: Upphovsrätten har både en förmögenhetsrättslig och en personlighetsrättslig dimension.<sup>8</sup>

Den ideella rätten gäller i motsvarande mån även till förmån för utövande konstnärers framföranden och för den som framställt en fotografisk bild, nämligen genom hänvisning i 45 § respektive 49 a § URL till de nyssnämnda bestämmelserna för upphovsmän. Övriga upphovsrätten närstående rättsinnehavare, såsom fonogram- och filmproducenter, radio/TV-företag och framställare av kataloger, har inte tillerkänts den ideella rätt som följer av 3 § URL. Någon ideell rätt finns inte heller beträffande övriga immaterialrätter, åtminstone inte så uttalat,<sup>9</sup> även om äldre doktrin<sup>10</sup> har försökt påvisa eller etablera en sådan.

De *ekonomiska* rättigheterna har motiverats av en önskan att rättsordningen bör sträva efter att så långt möjligt skänka upphovsmannen gynnsamma arbetsförhållanden, göra det möjligt för honom att fortsätta sin verksamhet, att nå ut till allmänheten och att göra den insats i den kulturella utvecklingen som hans begåvning motiverar. Det är alltså delvis fråga om en variant av satsen att ”arbetaren är sin lön värd”.<sup>11</sup> Eberstein har framhållit att det är omsorgen om att ge upphovsmännen drägliga utkomstförhållanden som legat i fokus, inte några överväganden att försöka stimulera den kulturella produktionen, även om den tanken ligger nära och har utgjort ett sidoordnat motiv.<sup>12</sup>

De *ideella* rättigheterna har motiverats av den *personliga bindning* som upphovsmannen anses ha till sitt verk. Det har alltså handlat om att ta hänsyn till den särskilda karaktären hos *skapande* verksamhet. I Auktorrättskommitténs (AK) betänkande till URL beskrivs det upphovsrättsliga skapandet som ”en form för mänsklig aktivitet, där den agerande mer än eljest lägger in i arbetsresultatet sin personlighet, sina andliga upplevelser och erfarenheter, och där som en följd härav ofta uppkommer ett känslomässigt samband mellan upphovsmannen och resultatet av hans arbete, vilket sällan i lika hög grad uppkommer på

<sup>8</sup> Knoph, Åndsretten (1936) (cit. Knoph) s. 147 och Eberstein, Den svenska författarrätten. Andra häftet (1925) (cit. Eberstein) s. 118.

<sup>9</sup> Skyldigheten enligt 8 § fjärde stycket patentlagen (1967:837) att ange uppfinnarens namn i patentansökan har en personlighetskyddande aspekt.

<sup>10</sup> Knoph s. 507 ff. och 576 ff.

<sup>11</sup> SOU 1956:25 s. 85.

<sup>12</sup> Eberstein s. 108. Jfr SOU 1956:25 s. 86, Knoph s. 4, Bergström i Minnesskrift till Hult s. 60 och Strömholm i NIR 2005 s. 657.

något annat område av arbetslivet. Dessa upphovsmän äro därför på ett helt annat sätt än andra producenter känsliga för vad som händer med 'deras andes barn'.<sup>13</sup>

Strömholm har anfört att den av AK redovisade uppfattningen att det upphovsrättsligt skyddade verket i första hand är en personlighetsyttring, inte en vara eller ett opersonligt "objekt", varit drivkraften bakom *droit moral*-reglernas framträngande och den centrala formel kring vilken hela den kontinentaleuropeiska och den nordiska upphovsrätten traditionellt har varit organiserad.<sup>14</sup>

Den traditionella synen på upphovsrättsligt skapande har följaktligen varit att intellektuella prestationer i någon mening är "högstpersonliga" på ett annat sätt än det allra mesta som mänsklig flit och uppfinningsrikedom i övrigt åstadkommer.<sup>15</sup> Denna syn har haft betydelse dels när det gäller att avgränsa skyddsvärda produkter gentemot icke skyddsvärda, dels när det gäller att bestämma vilka element i en viss produkt som omfattas av skyddet.<sup>16</sup> Den förstnämnda avgränsningen kommer i nordisk lagtext till uttryck i valet av termen "verk" för att beteckna skyddade alster. Beträffande den senare avgränsningen citerade AK ett uttalande av Eberstein med innebörd att upphovsrättens objekt skulle vara "upphovsmannens individuella syn på ämnet – denna må vara av estetisk eller vetenskaplig art – sådan densamma framträtt i det föreliggande uttryckssättet för denna syn".<sup>17</sup> I själva verket kan uppfattningen att litterärt och konstnärligt skapande uttrycker upphovsmannens innersta personlighet, och att verket genom alla öden förblir hans "andes barn", traditionellt sägas ha genomsyrat upphovsrätten i dess *helhet*.<sup>18</sup>

Indelningen i förmögenhetsrättslig förfoganderätt och personlighetsrättsligt inspirerad ideell rätt är således inte helt tydlig. Såväl förfoganderätten som den ideella rätten har ekonomiska och personlighetsrättsliga drag.<sup>19</sup> AK framhöll därför att de ekonomiska intressena *huvudsakligen* tillvaratas i 2 § URL, medan de ideella intressena i *huvudsak* tillgodoses i 3 § URL. I båda paragraferna förenas dock hänsyn till ekonomiska och ideella intressen. Som exempel framhöll AK att om en författare vägrar att ge ut en ny upplaga av ett litterärt verk, eftersom han numera anser det vara dåligt, eller en konstnär vägrar att låta reproducera en målning i stor upplaga, eftersom det skulle vara förödande för både hans och andras värdesättning av verket om det skulle hängas upp på varje vägg, så är

<sup>13</sup> SOU 1956:25 s. 85. Jfr Eberstein s. 140 och Knoph s. 577.

<sup>14</sup> Strömholm, *Le droit moral de l'auteur*, 1966 (band I) s. 36 ff., Strömholm i NIR 1969 s. 218 f., Strömholm i TfR 1975 s. 303 f. och Strömholm, *Upphovsrättens verksbegrepp* (1970) s. 85–136. Jfr Rosenmeier i *Festskrift til Kockvedgaard* s. 490 ff., Eberstein s. 119 f., Ricketson/Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and Beyond* (2005) (cit. Ricketson/Ginsburg) s. 587 och Rosén, *Moral right in Swedish copyright law*. ALAI (1993) (cit. Rosén 1993 I) s. 273.

<sup>15</sup> Knoph s. 577, Strömholm i TfR 1975 s. 294 och Rosenmeier i *Festskrift til Kockvedgaard* s. 496.

<sup>16</sup> Strömholm i TfR 1975 s. 303 f. och Strömholm i *Scandinavian Studies in Law* nr 42 s. 228.

<sup>17</sup> SOU 1956:25 s. 69 med hänvisning till Eberstein i TfR 1916 s. 381.

<sup>18</sup> Strömholm i TfR 1975 s. 293 och 304 och *Förlagsrätt* (1989) s. 30.

<sup>19</sup> För en diskussion, se t.ex. Strömholm i NIR 1969 s. 226 och 230, Lögdberg, *Auktorrätt och film* (1957) (*Auktorrätt och film*) s. 45, Rosén, *Upphovsrättens avtal* (2006) (cit. *Upphovsrättens avtal*) s. 167, Nordell, *Rätten till det visuella* (1997) s. 353 f. och Streng s. 53, 79 f.

detta i båda fallen frågor som regleras i 2 §, men det är upphovsmannens ideella intressen det gäller. Omvänt regleras 3 § sådant som rätt att bli namngiven som verkets upphovsman eller skydd mot att verket förekommer i vanhedrande sammanhang, men båda dessa företeelser kan ha stor betydelse för upphovsmannens utkomst.<sup>20</sup>

Även om såväl förfoganderätterna som de ideella rättigheterna kan sägas ha ekonomiska och personlighetsrättsliga drag, skiljer sig de rättigheter som kommer till uttryck i 3 § URL på ett avgörande sätt från de rättigheter som kommer till uttryck i 2 § URL. Lagstiftaren har nämligen ansett namngivelsesrätten och respekträtten vara av sådan *personlig karaktär* att upphovsmannen med bindande verkan kan *efterge* dessa rättigheter endast såvitt angår en till *art* och *omfattning* begränsad användning av verket (3 § tredje stycket URL). De ekonomiska rättigheterna kan enligt 27 § första stycket URL däremot i sin helhet *överlätas*. I förarbetena framhålls att i motsats till vad fallet är vid överlåtelser av vanliga förmögenhetsobjekt har upphovsmannen vid överlåtelse av sitt verk intresse av att *begränsa förvärvarens rätt att förfoga över objektet*, t.ex. när det gäller rätten att bli namngiven som verkets skapare eller inskränkningar i rätten för förvärvaren att ändra verket för olika användningsformer.<sup>21</sup>

Att den ideella rätten endast kan efterges till en till art och omfattning begränsad användning av verket innebär emellertid att en sådan eftergift aldrig fullständigt kan sammanfalla med en total överlåtelse av de ekonomiska rättigheterna. Detta innebär att en förvärvare av de ekonomiska rättigheterna inte på förhand kan försäkra sig om att kunna exploatera verket i nya distributionsformer. Särskilt påtaglig blir denna konflikt vid betydande ekonomiska investeringar, t.ex. filmproduktion. Som framgår av den följande redogörelsen har lagstiftaren på skilda sätt sökt balansera upphovsmannens personliga intressen mot förvärvarens intresse av att kunna exploatera verket. Frågan är om den nu gällande intresseavvägningen, mot bakgrund av utfallet i Reklamavbrottsavgörandet, är önskvärd eller om det kan behövas särbestämmelser för ekonomiskt betydande verksprodukter, såsom t.ex. film.

### 3. Ideellrättsligt skydd enligt Bernkonventionen

Först vid konventionsstaternas fjärde konferens i Rom 1928 infördes ett stadgande – artikel 6*bis* BK – om de rättigheter vilka sammanfattades under den från fransk doktrin hämtade beteckningen ”droit moral”: rätten att motsätta sig ändringar i verket och att framstå som dess upphovsman.<sup>22</sup> Bestämmelsen ligger till grund för utformningen av 3 § URL.

<sup>20</sup> SOU 1956:25 s. 86.

<sup>21</sup> Op. cit. s. 85.

<sup>22</sup> Bernkonventionen tillkom år 1886 och har sedan dess genomgått flera revisioner. Den första av dessa ägde rum i Berlin år 1908, den andra i Rom år 1928, den tredje i Bryssel år 1948, den fjärde år 1967 i Stockholm och den femte och senaste i Paris år 1971. Sverige anslöt sig redan år 1904 till den ursprungliga texten från 1886 och har sedan ratificerat de därefter antagna texterna. För svensk del gäller alltså texten i den version som antogs i Paris.

3.1 Artikel 6bis BK. Enligt artikel 6bis (1) BK skall de anslutna staterna tillhandahålla skydd för upphovsmannens ideella rättigheter under följande förutsättningar:

”Oberoende av sina ekonomiska rättigheter och även efter överlåtelse av dessa behåller upphovsmannen rätten att anges som upphovsman till verket samt rätten att motsätta sig varje förvanskning, stympning eller annan ändring i verket eller varje annat förfarande med avseende på detta, som är till men för hans ära eller anseende.”<sup>23</sup>

Vid Romkonferensen framhölls att de ideella rättigheterna är åtskilda från upphovsmannens ekonomiska rättigheter. Generalrapportören uttryckte att bestämmelsen var ett erkännande av att verket inte endast har ett ekonomisk värde utan också utgör ett uttryck för upphovsmannens person.<sup>24</sup> BK anses också vila på den dualistiska läran.<sup>25</sup>

Bestämmelser om *droit moral* ansågs nödvändiga, eftersom de ekonomiska rättigheterna inte i tillräcklig utsträckning kunde tillgodose upphovsmannens personliga intressen. Det följde bl.a. av den ökande *industrialiseringen* och *kommersialiseringen* av upphovsrättsligt skyddade alster, som visserligen innebar en ekonomisk vinning för upphovsmännen men samtidigt hotade deras personliga bindning till verket. Det behövdes därför en kompletterande bestämmelse som kunde upprätthålla upphovsmannens kontroll över sina personliga bindningar till verket.<sup>26</sup>

Artikel 6bis har genomgått en rad förändringar sedan den tillkom vid konferensen i Rom 1928. Skyddet för upphovsmannens respekträtt i BK är, liksom i den svenska lagen, uppdelat i två led. Det första ledet handlar om vilka åtgärder som skall ha vidtagits med verket, medan det andra ledet handlar om vilken skada som denna åtgärd skall ha åsamkat upphovsmannen. Här skall fokuseras på det andra ledet.

3.2 ... som är till men för upphovsmannens ära eller anseende. För att upphovsmannen skall kunna motsätta sig en ändring krävs enligt andra ledet i BK:s respekträtt att ändringen (eller varje annat förfarande) skall vara till men för hans ära eller anseende. Denna del av respekträtten har inte ändrats sedan införandet av artikel 6bis vid Romkonferensen 1928.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Artikeln är en s.k. miniregel från vilken de anslutna unionsländerna kan avvika. Konventionen reglerar formellt endast det skydd som skall ges åt upphovsmän hemmahörande från andra unionsländer.

<sup>24</sup> Actes de la Conference reunie a Rome du 7 mai au 2 juin 1928 (cit. Actes 1928) s. 202.

<sup>25</sup> Ricketson/Ginsburg s. 593.

<sup>26</sup> Dessa syften kommer till klart uttryck i den italienska värdelegationens förarbeten till Romkonventionen när artikel 6bis infördes. Se Actes 1928 s. 175. Jfr Adeney i IPQ 2005 s. 122, Adeney, *The moral rights of authors and performers* (2006) (cit. Adeney 2006) s. 106 f. och Ricketson/Ginsburg s. 591 ff. med hänvisningar.

<sup>27</sup> Därmed utgör också materialet från 1928 års konferens tolkningsunderlag för denna del av artikeln.

Den italienska värddellegationen föreslog initialt formuleringen ”which is prejudicial to his moral interests”,<sup>28</sup> men denna formulering fick inte genomslag i den slutliga bestämmelsen. Framförallt motsatte sig *common law*-länderna denna lydelse, eftersom skyddet för upphovsmannens ideella (eng. *moral*) intressen inte hade någon motsvarighet eller stöd i deras *copyright*-tradition. Dessutom ansågs formuleringen vara alltför oklar och vid till sin utformning.<sup>29</sup> Att begreppet ”ära” infördes vid sidan av begreppet anseende var dock en formulering som alla delegationer *då* kunde känna sig tillfredsställda med.<sup>30</sup>

Begreppet ”anseende” har allmänt tolkats som det anseende som upphovsmannen kan komma i åtnjutande av i andras ögon. Det förekommer skilda uppfattningar om skyddet avser det anseende som upphovsmannen har som samhällsmedborgare eller i sin roll som upphovsman.<sup>31</sup> *Common law*-länder har varit mer benägna att ge bestämmelsen den förra tolkningen, eftersom den ligger mer i linje med deras uppfattning att den ideella rätten motsvarar bestämmelser om ärekränkning i deras nationella rätt (se härom strax nedan). Störst är dock oklarheten när det gäller artikel 6*bis* BK vad gäller innebörden av begreppet ”ära”.

Först kan konstateras att begreppet ”ära” – i den engelska versionen används termen *honour* och i den franska, auktoritativa, konventionstexten *honneur* – inte har någon gängse innebörd.<sup>32</sup> Begreppet kan t.ex. innebära såväl den ära eller respekt som en person uppbär hos andra, som den känsla av självaktning eller värdighet som kan försvagas av andras kränkande handlingar. Den första uttolkningen ligger nära begreppet ”anseende”, dvs. ett gott rykte hos andra människor. Den andra uttolkningen är oberoende av anseende, förutom i den utsträckning känslan av självaktning är beroende av hur upphovsmannen uppfattar sin status hos andra. Båda tolkningarna får sägas vara förenliga med uttrycket sett i sitt sammanhang. Den auktoritativa franska textens begrepp *honneur* har också (lexikaliskt) denna dubbla innebörd: skada för *honneur* kan uppkomma genom en åtgärd med ett verk som skadar såväl upphovsmannens känsla av värdighet som den respekt som han uppbär hos andra.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Actes 1928 s. 173. Jfr Ricketson/Ginsburg s. 591.

<sup>29</sup> Närmare besedd var frågan om respekträttens omfattning den som tydligast skilde *common* och *civillaw*-länderna åt. Se Adeney i IPQ 2005 s. 119, Adeney 2006 s. 105, 120 och 139 och Ricketson/Ginsburg s. 592 f. med hänvisningar.

<sup>30</sup> Adeney i IPQ 2005 s. 120, Adeney 2006 s. 120 och Ricketson/Ginsburg s. 592 f. med hänvisningar. Artikel 27 (3) BK uppställer ett krav på enighet för revision av konventionen.

<sup>31</sup> Adeney 2006 s. 131 och Ricketson/Ginsburg s. 606 f. och SOU 1956:25 s. 122. Jfr Strömholm i TfR 1975 s. 322.

<sup>32</sup> Min uttolkning av lokutionen ”som är till men för upphovsmannens ära eller anseende” följer bestämmelserna om tolkning av traktater enligt Wienkonventionen om traktaträtten från 1969. Bestämmelserna om tolkning av traktater i Wienkonventionen anses också utgöra en kodifiering av den dittillsvarande sedvanerätten, dvs. uttolkningen av traktater som antagits före 1969. Härom, se Linderfalk, Om tolkningen av traktater (2001). Wienkonventionens regler för tolkning av traktater kan därför utgöra underlag för tolkningen av Bernkonventionen i dess lydelse efter 1928 års Romkonferens.

<sup>33</sup> Jfr Adeney i IPQ 2005 s. 121 med hänvisningar.

Att begreppet ”ära” syftar till något annat än ”anseende” framgår av att den franska texten använder sig av uttrycket ”préjudiciable à son honneur ou à sa réputation” (dvs. ”men för hans ära eller hans anseende”), vilket kan sägs understryka att begreppen ära och anseende är åtskilda begrepp – de avser inte samma sak och skall ges olika innebörd. Det förefaller motsägelsefullt att de fördragsslutande staterna förhandlade om att införa ett begrepp (”ära”) som avsåg samma sak som ett begrepp som de redan var överrens om (”anseende”). Det är snarare befogat att anta att parterna under förhandlingarna om införandet av begreppet ”ära” hade i åtanke bestämmelser som de redan hade i nationell rätt. Flera av dem, bland andra Frankrike och Tyskland, gav skydd inte endast för upphovsmannens anseende utan även hans personliga känsla för verket.<sup>34</sup> Dessutom framgår, såsom framhållits ovan, av protokollen från Romkonferensen att de konventionsslutande länderna med införandet av artikel 6bis avsåg att fylla igen vad de uppfattade som en lucka i det internationella skyddet beträffande upphovsmännens möjlighet att upprätthålla kontroll över den *personliga bindningen* till sina verk i en tid av ökad industrialisering och kommersialisering av upphovsrättsligt skyddade verk. Det handlade alltså inte endast om upphovsmannens anseende i andras ögon.<sup>35</sup>

Inom doktrinen har framkommit olika uppfattningar i frågan om begreppet ”ära” omfattar upphovsmannens personliga känsla för verket och inte endast det anseende som han kommer i åtnjutande av hos andra.<sup>36</sup> Det skall dock framhållas att en del av den doktrin som ansett att begreppet ”ära” endast avser ett gott rykte eller respekt i andras ögon inte (ens) har identifierat att begreppen ära och anseende *kan* avse olika saker. Till exempel anser *Ricketson* och *Ginsburg* att ”prejudice to the honour or reputation of the author” endast innebär skydd mot handlingar som i vissa *common law*-länder (redan) omfattas av ärekränkingsbestämmelser. De baserar sin tolkning huvudsakligen på faktum att *civil law*-länder vid Romkonferensen 1928 och Brysselkonferensen 1948 inte fick gehör för förslag om att låta 6bis utvidgas till att omfatta ”prejudicial to his moral interests” respektive ”spiritual interests”.<sup>37</sup>

Bland förespråkarna för tolkningen att ordet ”ära” innebär något annat och mer personligt än det anseende som upphovsmannen kan komma i åtnjutande av i andras ögon har framhållits – och detta förefaller för mig vara ett starkt argument – att en åtgärd med ett verk kan *höja* dess upphovsmans anseende men samtidigt vara till men för hans personliga känsla för verket och därmed vara till men för hans (personliga) ära.<sup>38</sup>

Inom doktrinen har, bland dem som förespråkar att begreppet *ära* ges en mer ”högstpersonlig” innebörd än begreppet anseende, väckts frågan om upphovsmannens *subjektiva känsla* för verket ensam skall ligga till grund för kränkings-

<sup>34</sup> Adeney 2006 s. 55 ff. och 120 med hänvisningar.

<sup>35</sup> Actes 1928 s. 236 f. Jfr Adeney i IPQ 2005 s. 122.

<sup>36</sup> Adeney i IPQ 2005 s. 122 ff. Jfr Diess i GRUR 1929 s. 458 och Ricketson/Ginsburg s. 607.

<sup>37</sup> Ricketson/Ginsburg s. 593 och 606 f. med hänvisningar.

<sup>38</sup> Adeney i IPQ 2005 s. 124 med hänvisningar.



bedömningen eller om en mer ”objektiv” måttstock bör anläggas. Den förhärskande uppfattningen synes vara att även om det är upphovsmannens personliga känsla för verket som är föremålet för det respekträttsliga skyddet för upphovsmannens ”ära”, måste det anläggas en *objektiv måttstock*. Det räcker inte med att upphovsmannen känner sig kränkt.<sup>39</sup> *Om däremot upphovsmannens subjektiva känsla för sitt verk tillmäts en stor betydelse vid kränkingsbedömningen, föreligger en risk att en ”överkänslig” upphovsman använder sin respekträtt för att förhindra dem till vilka han upplåtit sina ekonomiska rättigheter att exploatera hans verk på ett legitimt sätt.*<sup>40</sup> Med *Adeney*:

”[I]t is clear in the Berne Convention debates that, no matter what formulation was adopted, there was no intention to allow authorial hypersensitivity to dictate the outcome of a case. The interest to be protected had to be a legal interest rather than a mere personal sentiment.”<sup>41</sup>

Denna uttolkning finner också stöd i följande uttalande av den italienska värdelegationen vid Romkonferensen:

”But we must not exaggerate to the point of protecting what would not be a juridical interest but rather the excessive sensitivity of the scholar, the artist or the writer.”<sup>42</sup>

Sammanfattningsvis måste alltså artikel 6*bis* BK anses uppställa ett krav på de anslutande staterna att ge skydd inte endast för upphovsmannens anseende i andras ögon, utan också för hans ära i betydelsen personlig känsla för det verk han har skapat. Bedömningen av om en åtgärd är till men för upphovsmannens anseende och ära skall ske utifrån en objektiv måttstock.

Införandet av begreppet ”ära” i artikel 6*bis* BK medförde många av de osäkerheter som *common law*-länderna befarat och som de vid förhandlingarna sökt undvika. Detta förhållande kom sedermera att leda till krav på ändringar av bestämmelsen – särskilt beträffande filmproduktion (se avsnitt 6.2). WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT) uppställer inte någon närmare bestämmelse om ideell rätt än att de anslutna staterna enligt artikel 1.4 skall ”iaktta artiklarna 1–21 och bihanget till Bernkonventionen.” Däremot undantas den ideella rätten uttryckligen från TRIPS-avtalet (artikel 9.1). I linje härmed ligger också att i artikel 5(1) i WIPO-fördraget om framföranden och fonogram regleras ideellrättsligt skydd endast för den utövande konstnärens ”anseende”, inte hans ”ära”, förmodligen som en konsekvens av de risker som ett skydd för ”ära” – i likhet med diskussionerna som förts inom Bernunionen – anses medföra för skilda exploatorer av den utövande konstnärens prestationer.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> *Adeney* i IPQ 2005 s. 125 med hänvisningar.

<sup>40</sup> Ricketson/Ginsburg s. 593 f.

<sup>41</sup> *Adeney* i IPQ 2005 s. 126.

<sup>42</sup> Actes 1928 s. 178. Översättning av *Adeney* i IPQ 2005 s. 126.

<sup>43</sup> Jfr *Adeney* 2006 s. 153 ff.

3.3 *Eftergift av ideell rätt enligt BK.* Artikel 6bis BK innehåller inga bestämmelser om överlåtelse eller eftergift av ideell rätt – varken i sin helhet eller partiellt. Inom doktrinen har dock framhållits att det skulle strida mot grundtanken med en åtskillnad mellan de ideella och de ekonomiska rättigheterna, att en total överlåtelse av de ekonomiska rättigheterna skulle kunna förenas med en total eftergift av den ideella rätten.<sup>44</sup> Lokutionen ”oberoende av sina ekonomiska rättigheter och även efter överlåtelse av dessa” synes indikera att en samtidig överlåtelse av de ekonomiska och eftergift av de ideella rättigheterna kräver ett uttryckligt angivande av vilka ideella rättigheter som upphovsmannen önskar efterge. Åtskillnaden mellan de ideella rättigheterna och de ekonomiska rättigheterna riskerar annars att bli endast en formell åtskillnad, såvida det i praktiken är möjligt för en förvärvare att erhålla medgivande från upphovsmannen att han generellt efterger sin ideella rätt. *Överlåtelse* av de ideella rättigheterna tycks i vart fall vara oförenligt med grundtanken att de är ett skydd för upphovsmannens personliga bindning till verket.

#### 4. Respekträtt enligt svensk rätt

4.1 *Införandet av respekträtt i svensk rätt.* Införandet av bestämmelser om *droit au respect* i svensk rätt motiverades, i likhet med de resonemang som fördes vid införandet av artikel 6bis BK vid Romkonferensen 1928, av att även om upphovsmannen i viss utsträckning kunde tillgodose sina personliga intressen med stöd av sina ekonomiska förfoganderätter, dessa inte i tillräcklig utsträckning kunde förhindra kränkande åtgärder av så djupgående karaktär att de innebar ett intrång i verkets integritet och som vidtogs av tredje man som nyttjade verket genom stöd i avtal eller en inskränkingsbestämmelse. Eftersom upphovsmannens personliga bindning till sitt verk dessutom kunde anses vara av absolut karaktär, ansågs det finnas ett behov av att skyddet för verkets integritet reglerades genom ett stadgande med generell räckvidd, vilket kunde åberopas mot envar som utnyttjade verket eller innehade exemplar av det.<sup>45</sup>

4.2 *Respekträttens innehåll.* AK avsåg att i svensk rätt komma till rätta med några av de oklarheter beträffande artikel 6bis BK som har beskrivits ovan. Bland annat utformades 3 § andra stycket så att det direkt av lagtexten framgick att bestämmelsen avsåg upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende, inte den uppfattning hans omgivning hade om honom som samhällsmedborgare – sådana åtgärder omfattades av BrB:s regler om ärekränkning.<sup>46</sup> Eftersom det kunde uppfattas som oklart huruvida innebörden av begreppet ”ära” i artikel 6bis BK avsåg något annat än det anseende som upphovsmannen kunde komma i åtnjutande av i andras ögon infördes dessutom begreppet *egenart* i den svenska lagtexten för att tydliggöra att bestämmelsen även omfattade angrepp mot verkets integritet och den känsla upphovsmannen som konstnär kunde hysa för det

<sup>44</sup> Ricketson/Ginsburg s. 599 f. och Rosén 1993 I s. 278.

<sup>45</sup> SOU 1956:25 s. 121. Jfr prop. 1960:17 s. 70 f.

<sup>46</sup> SOU 1956:25 s. 12.

verk han skapat.<sup>47</sup> Detta tillägg motiverades också med det rent personliga intresse som upphovsmannen kunde ha av att sådana åtgärder hindrades. Enligt AK kunde det för den som i ett konstnärligt verk nedlagt sin skapande förmåga och därmed något av sin personlighet vara ett verkligt lidande att bevittna ingrepp i verkets form, som vidtogs utan förståelse för upphovsmannens intentioner.<sup>48</sup> AK framhöll att det kunde finnas situationer när en åtgärd inte påverkade eller t.o.m. *höjde* en upphovsmans anseende i andras ögon, men som samtidigt innebar en för honom personlig kränkning (av hans egenart):

”Som exempel må nämnas att ett allvarigt syftande skådespel genom – kanske icke så omfattande – ändringar får en komedibetonad prägel, som är författaren alldeles främmande; även om verket i den nya versionen vinner allmänhetens och kritikens uppskattning, kunna de företagna ingreppen av författaren erfaras som kränkande.”<sup>49</sup>

Som *Strömholm* har framhållit kommer här till uttryck hur verket – i enlighet med kontinental tradition på området – är en förlängning av upphovsmannens personlighet, hans ”andes barn”, som han har anspråk på att få försvara *oavsett* hur angreppet påverkar andras uppfattning om honom och om verket.<sup>50</sup> Skyddet för upphovsmannens egenart är, enligt *Strömholm*, att karakterisera som ett skydd mot ”högstpersonlig” skada, medan skyddet för upphovsmannens anseende mer avser skydd mot ”social” skada.<sup>51</sup>

För att täcka samtliga de fall där kränkning kan ske av upphovsmannens anseende och egenart har i lagtexten förklarats att verket icke må ändras eller göras tillgängligt för allmänheten på ett sätt som är kränkande för upphovsmannen i nu angiven mening.

*4.3 Förbjudna ändringar i verket.* AK anförde att när ett verk mångfaldigades eller framfördes offentligt det ofta förekom att verket återgavs i mer eller mindre ändrat skick. När ett litterärt verk gavs ut i bokform kunde strykningar eller ändringar göras i manuskriptet. Motsvarande gällde då ett drama skulle uppföras eller ett då konstverk reproducerades i beskuret skick. Om ett verk skulle överföras till annan konstart var det ofta nödvändigt att vidta omfattande ändringar med verket. Ändringar i sådana och andra fall fick enligt AK dock inte gå så långt att upphovsmannens ideella intressen kränktes.<sup>52</sup>

AK framhöll att vid bedömning av om företagna åtgärder är att anse som kränkande för upphovsmannen skulle saken ses ”från dennes synpunkt, men i övrigt skulle anläggas en objektiv måttstock”. Obetydliga tryckfel och översättningsfel kunde enligt AK inte hänföras hit. Bedömningen skulle ske med

<sup>47</sup> Ibid. Jfr dock Levin, *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 158, som utgår från att respekträtten enligt 3 § URL och artikel 6bis BK skyddar samma sak.

<sup>48</sup> SOU 1956:25 s. 121.

<sup>49</sup> Op. cit. s. 122.

<sup>50</sup> *Strömholm* i TfR 1975 s. 324.

<sup>51</sup> *Strömholm* i NIR 1969 s. 217.

<sup>52</sup> SOU 1956:25 s. 122 f.

utgångspunkt i förhållandena *inom den konstart det är fråga om* och med beaktande av *omständigheterna i det särskilda fallet*. Största hänsyn borde tas till *verkets art* och dess *betydelse i litterärt eller konstnärligt avseende*.

Ytterligare en faktor av relevans var enligt AK om återgivningen gjorde anspråk på att presentera verket i ursprunglig form eller om det klart framgick att fråga var om en bearbetning eller att verket inte återgavs i ursprungligt skick. Om verket återgavs som original hade upphovsmannen – särskilt när det gällde mer betydande verk – ett berättigat intresse av att detta skedde i så trogen anslutning till originalverket som möjligt. Egenmäktigt företagna tillägg, utslutningar och förändringar kunde enligt AK lätt medföra, att verket framstod såsom förvanskat eller vanställt och skulle i så fall vara kränkande för upphovsmannen. Även till det yttre obetydliga ändringar kunde förvanska verket. AK anförde som exempel att vid återgivning av lyrik kunde ändringar av enstaka ord verka starkt neddragande på originalets konstnärliga värde. Vid återgivning av litterära eller musikaliska verk av lägre valör var enligt AK kraven inte lika stränga, men även inom dessa områden borde upphovsmannen vara skyddad mot allvarigare ingrepp. Stadgandet skulle vara tillämpligt även vid reproduktion av konstverk. Om en reproduktion gjorde anspråk på att troget efterbilda originalet, kunde det vara kränkande för upphovsmannen om efterbildningen utfördes på ett underhaltigt sätt.<sup>53</sup> I anslutning härtill anförde departementschefen att när det gällde mera framstående originalarbeten gällde att ändringar eller andra ingrepp i allmänhet inte fick företas – att sådana ändringar ”så gott som alltid” skulle anses kränkande för upphovsmannen. Produkter av enklare karaktär omfattades däremot inte av ett motsvarande ovillkorligt ändringsförbud.<sup>54</sup>

Om verket gjordes till föremål för bearbetning eller om det överfördes till annan konstart låg det enligt AK ”i sakens natur” att inte endast verkets yttre form ändrades, utan även att sådana ändringar vidtogs som i övrigt var *nödvändiga på grund av ändamålet*. Exempelvis gällde att då ett litterärt eller musikaliskt verk utgavs i förkortad form, t.ex. för populärbruk eller för undervisningsändamål, var sådana ändringar direkt åsyftade. Om en roman skulle omarbetas till ett för scenen avsett drama eller för att sändas i radio eller överflyttas till film, var enligt AK vittgående ändringar ofta nödvändiga med hänsyn till den dramatiska konstens eller filmkonstens särskilda krav. Upphovsmannen borde enligt AK emellertid alltid vara skyddad mot att ändringar företogs på ett sätt som *förringade originalets konstnärliga nivå och stil eller innebar ingrepp i dess bärande innehåll och tendens*. Som exempel på sådana ändringar nämnde AK att en betydande roman sammandrogs till en underhaltig novell eller gavs ut i förkortat skick, på ett sätt som framstod som en förvrängning av originalet, eller att romanen presenterades i en översättning som var under all kritik. Ett annat exempel var att ett seriöst musikaliskt verk gjordes om till en revyskiva eller en schlager eller framfördes i jazztakt. Ytterligare exempel var att ett drama förseddes med ”happy ending”. AK framhöll att även om bearbetningen gjordes med *formell skicklighet*

<sup>53</sup> Op. cit. s. 123.

<sup>54</sup> Ibid.

och i och för sig kunde äga ett visst *värde*, kunde den sakna sådan brist på uppfattning och känsla för originalets *egenart* att resultatet var förringande för detta.<sup>55</sup>

AK framhöll att då verket återgavs i bearbetat skick hade upphovsmannen ett berättigat intresse att detta förhållande tydligt angavs. Annars kunde allmänheten få uppfattningen att upphovsmannen själv stod för de av bearbetningen medförda ändringarna. Under vissa förhållanden kunde detta vara kränkande för honom. Enligt AK förelåg skyldighet att i sådant fall ange att verket inte återgavs i ursprunglig form.<sup>56</sup>

Departementschefen anslöt sig huvudsakligen till AK:s förslag och anförde beträffande bestämmelsens skydd för upphovsmannens *egenart* att detta skulle avse förfaranden, vilka – även om de inte skadade upphovsmannens anseende – *likväl kränkte hans personlighet, sådan den kommit till uttryck i verket*. Med anledning av att ett par remissinstanser – företrädande radio- och filmbranscherna – uttalade farhågor för att man genom att bereda skydd även i detta hänseende skulle lämna alltför stort spelrum åt subjektiva synpunkter, underströk departementschefen att bedömningen skulle ske efter ”en såvitt möjligt objektiv måttstock”.<sup>57</sup> Vid behandlingen i första lagutskottet framhölls att den föreslagna bestämmelsen återgick på artikel 6*bis* BK och att även om begreppet ”*egenart*” föreföll innebära en utvidgning av konventionens beskrivning det ”åtminstone ur praktisk synpunkt i det närmaste var likvärdigt” med begreppet ”*ära*”. Utskottet framhöll att bestämmelsen endast skulle vara tillämplig om åtgärderna i objektiv mening var kränkande för upphovsmannen och att sådana långtgående angrepp mot upphovsmannens *egenart* i vart fall ”i allmänhet även var skadliga för hans litterära eller konstnärliga anseende”. Istället för att använda sig av BK:s lokution ”*ära eller anseende*” valde utskottet därför att behålla den av AK föreslagna formuleringen ”*anseende eller egenart*”.<sup>58</sup>

4.4 *Återgivande av verket i främmande sammanhang*. Enligt AK var det uppenbart att upphovsmannen borde skyddas mot att verket, även om det inte ändrades, återgavs för allmänheten i sådant sammanhang att det framkallade löje eller anstöt eller på annat sätt var kränkande för upphovsmannens ideella intressen. Vid Brysselkonferensen 1948 hade också artikel 6*bis* kompletterats i nu berört hänseende. I förarbetena till konferensen framhölls att verket, utan att det ändrades eller stympades, kunde sättas in i en miljö som upphovsmannen inte fann önskvärd. Som exempel anfördes att ett litterärt verk utgavs i förbindelse med allehanda reklamalster, att ett konstverk återgavs på förpackningar till tvivelak-

<sup>55</sup> Op. cit. s. 123 f. Från dessa fall skulle man enligt AK skilja det fall att ett verk gjordes till föremål för travesti eller parodi. Sådana förfaranden hade av gammal hävd ansetts tillåtna. Förslaget avsåg inte att göra någon ändring i denna del. Se SOU 1956:25 s. 124. Detta ställningstagande har också fått stöd i rättspraxis, se NJA 2005 s. 905 (NIR 2007 s. 311, Alfons Åberg). Jfr Rosén i JT 2005–06 s. 714 ff. och Nordell i NIR 2007 s. 317 ff.

<sup>56</sup> SOU 1956:25 s. 123.

<sup>57</sup> Prop. 1960:17 s. 71.

<sup>58</sup> Första lagutskottets utlåtande 41, 1960 s. 46.

tiga varor eller att en komposition av djupt allvarlig eller religiös karaktär inflöt i en filmoperett. AK gillade dessa motiv och anförde som ytterligare exempel att ett seriöst musikstycke begagnades såsom melodi till en revyvisa eller att ett allvarligt litterärt verk illustrerades med anstötliga teckningar. Ett annat exempel som nämndes var att ett konstverk upphängdes eller uppställdes i en förnedrande miljö.<sup>59</sup>

*4.5 Respekträtten i rättspraxis.* Av vad som framgått av uttalandena under lagstiftningsprocessen är den svåraste frågan vid tillämpningen av 3 § andra stycket URL vilken måttstock som skall användas för att bestämma om en ändring är kränkande för upphovsmannens anseende eller egenart. Särskilt problematisk är frågan om vilken betydelse upphovsmannens subjektiva känsla för sitt verk skall ges vid bedömningen av om de åtgärder som vidtagits med detta utgör en kränkning av hans respekträtt. I förhållande till AK och väl också departementschefens ståndpunkt innebär utskottets ställningstagande en väsentligt snävare attityd till skyddet av de personliga intressena, eftersom det anfördes att regeln endast avsåg ”långtgående angrepp” och att sådana i allmänhet också skulle vara skadliga för upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende. Såsom framhållits av *Strömholm* skulle utskottets uttalande kunna tolkas som att distinktionen mellan de båda skyddsobjekten, anseende och den subjektiva känslan för det egna verket (”egenart”), i det närmaste skulle vara utplånad.<sup>60</sup>

Frågan om vilka kriterier som skall anläggas vid bedömningen av om en kränkning föreligger av upphovsmannens respekträtt har över tid prövats av HD i en rad avgöranden.

I NJA 1971 s. 226 (NIR 1971 s. 463) (*Den svenska fattigdomens betydelse*) var fråga om den dåvarande radiochefens straffrättsliga ansvar för klippning av vissa sekvenser i TV-programmet ”Den svenska fattigdomens betydelse” producerat av en anställd vid dåvarande Sveriges Radio. De sekvenser som klipptes bort föreställde en Vietnamdemonstration i Malmö. Programmet som helhet avsåg att belysa de ekonomiska klyftorna i samhället. De sekvenser som klippts bort skulle enligt upphovsmannens uppfattning peka på motsättningen mellan engagemanget i Vietnamdemonstrationen och passiviteten vid en bingoafton. Enligt HD ansågs någon kränkning av upphovsmannens respekträtt inte föreligga. I NJA 1974 s. 94 (NIR 1974 s. 187) (*Gumilla Rudling*) var fråga om användning av ett montage av en konstnär på serigrafisk väg framställda bilder av stiliserade nakna kvinnokroppar som reklam utanför en porrbio i Stockholm. Det montage som skett innefattade kraftiga beskärningar och två bilder hade delats och placerats åtskilda i montaget. Kränkning av konstnärens respekträtt ansågs föreligga. I NJA 1975 s. 679 (NIR 1976 s. 325) (*Sveriges flagga*) var fråga om utgivning av en grammfonskiva innehållande första raden i Karl-Gustaf Ossiannilssons ”Sveriges flagga” med fortsättningsvis ett helt annat, pacifistiskt färgat innehåll riktat mot Förenta staternas deltagande i Vietnamkriget och med användning av Hugo Alfvéns musik i oförändrad form. Kränkning av de båda upphovsmännens respekträtt ansågs föreligga. I NJA 1979 s. 352

<sup>59</sup> SOU 1956:25 s. 126.

<sup>60</sup> Strömholm, Teaterrätt (1971) (cit. Teaterrätt) s. 109.

(NIR 1979 s. 385) (*Max Walter*) hade en konstnär köpt 25 osignerade reproduktioner av Max Walter Svanbergs färglitografi ”Den röda dagens blommande kroppar”. Konstnären hade sedan försett dessa reproduktioner med korta kommentarer, fingerade tryckerianvisningar, en stämpel m.m., signerat reproduktionerna samt sålt och ställt ut dem. Avsikten var att skapa en konstpolitisk debatt kring de misstag som förekommit på grund av svårigheten att avgöra vad som i dessa fall var original och vad som var signerade reproduktioner. Ingen kränkning av upphovsmannens respekträtt ansågs föreligga. I NJA 1985 s. 807 (NIR 1986 s. 263) (*Nowolin*) var fråga om att en tidningsartikel hade kopierats av madrastillverkaren Nowolin i ett trettiotal exemplar och skickats till olika huvudmän för den allmänna sjukvården. Kopiorna hade härvid försetts med ett handskrivet tillägg som angav att artikeln inte gällde Nowolins produkter. Ingen kränkning av journalistens respekträtt ansågs föreligga. I NJA 1993 s. 263 (NIR 1993 s. 482) (*Uppsala stadshus*) var fråga om att några arkitekter vid upprättande av ett förslag till ombyggnad av Uppsala stadshus, vilket var att uppfatta som ett byggnadsverk, använt sig av andra arkitekters utarbetade ritningar till stadshuset. De vidtagna ändringarna ansågs utgöra kränkning av arkitekternas egenart. I NJA 1993 s. 390 (*Journalistavtal*) hade en anställd journalists artikel efter publicering hos arbetsgivaren olovligt publicerats även i en dagstidning som utgavs av ett konkurrerande tidningsföretag. Journalisten gjorde gällande att publiceringen utsatt honom för misstanken att han i strid mot sina plikter gentemot det företag i vilket han var anställd skulle bedriva konkurrerande verksamhet med arbetsgivaren, således genom att ha medverkat till den olovliga publiceringen. Ingen kränkning ansågs föreligga av journalistens respekträtt.

Förutom här refererade prejudicerande avgöranden finns ett antal lagakraftvunna underrättsavgöranden som har väckt särskilt intresse. I mål avgjort den 16 januari 1968 av Stockholms rådhusrätt (NIR 1970 s. 209) (*Essy Persson*) hade en naken ”stand-in” utan vederbörande skådespelerskas samtycke ersatt henne i några scener. Rådhusrätten fann att de tillagda ”scenbilderna med den andra kvinnan på grund av bildernas omfattning och innehåll väsentligt ändrar [skådespelarskans] framträdande i filmrollen” och att skådespelerskans konstnärliga *egenart* såsom filmskådespelerska härigenom måste anses kränkt. I Stockholms rådhusrätts dom av den 16 november 1970 (NIR 1971 s. 219) (*Jag är nyfiken – gul*) var fråga om att författaren till en religiös sång hade gjort gällande att hans konstnärliga anseende och egenart hade kränkts genom att denna sång under sammanlagt 24 sekunder hade varit hörbar i en film medan filmkameran ömsom avbildade en intim scen mellan två ungdomar i ett träd, ömsom svepte över deltagarna i ett bönemöte i närheten, vid vilket sången förekom. Rådhusrätten avvisade idén att textförfattarens konstnärliga anseende skulle ha kränkts och framhöll att det endast var fråga om huruvida hans konstnärliga egenart, dvs. ”hans skaplynne på den religiösa sångens område, blivit kränkt.” Domstolen ansåg att gällande frågan om en kränkning kommit till stånd i objektiv mening ”det måste vara att räkna med att upphovsmannen till en andlig sång av det slag, varom nu är fråga, upplever sammanställningen av sången med den scen av samlagskaraktär, som filmen innehåller, såsom kränkande för hans konstnärliga egenart.” Kränkningen befanns heller inte som så ringa att den vid en objektiv bedömning kunde lämnas helt obeaktad. I RH 1995:59 (*Matisse*) hade en tidning publicerat en bild av en byrå vars framsida dekorerats med en beskuren affisch, som återgav ett konstverk av konstnären Henri Matisse. Tidningen ansågs därigenom ha överträtt bestämmelserna i 3 § andra stycket upphovsrättslagen och kränkt Matisse konstnärliga anseende och egenart. I mål T 9013-04 avgjort den 11 april 2006 av Stockholms tings-

rätt (*Ta mig till havet*) var fråga om att Silja Line utnyttjade frasen ”ta dig till havet, vi gör dig till kung” i en reklamkampanj utan tillstånd. Både upphovsmannen och rättsinnehavaren hade avstått från att tillåta användning av sången ”Ta mig till havet” i reklamsammanhang eftersom all typ av associering och exploatering ansågs slita verkets värde. Upphovsmannen kände sig djupt kränkt av reklamkampanjen, bl.a. eftersom konsumenter och andra betraktare kunde ha bringats en felaktig uppfattning att han själv stått bakom och givit sitt samtycke till Silja Lines kampanj. Kränkning av upphovsmannens respekträtt ansågs föreligga.

I de refererade avgörandena har frågan om kränkning av respekträtten bedömts med utgångspunkt i om åtgärden med *det enskilda verket* har inneburit kränkning av dess upphovsmans anseende eller egenart. Detta kommer till klarast uttryck i *Rudling*-avgörandet där domstolen konstaterade att den inte kunde göra några generella utlåtanden om tillämpningen av 3 § andra stycket URL på reproduktioner, eftersom sådana ”förekommer av så olika slag”, men att lagrummet befanns tillämpligt på de i målet avsedda bilderna. En ideellrättslig kränkning kan alltså inte definieras som något absolut fenomen eller en *schablon*.<sup>61</sup> *Viss generaliserbarhet finns dock i de objektiva kriterier som avgör om en åtgärd utgör kränkning av upphovsmannens respekträtt.*

Beträffande förhållandet mellan objektivt och subjektivt synsätt måste rättspraxis anses klart utvisa att upphovsmannens egen subjektiva uppfattning aldrig ensam kan utgöra grund för bedömningen. Att en objektiv måttstock skall anläggas kommer således till uttryck i de refererade avgörandena, i min mening även i *Sveriges Flagga*. Omständigheterna i målet var av särskild karaktär, eftersom de berörda upphovsmännen inte längre var i livet. Eftersom det saknades möjlighet att direkt åberopa upphovsmännens egen uppfattning fick bedömningen enligt HD ske utifrån ”vad som kan anses kränkande för upphovsmannens personlighet sådan den kommit till uttryck i verket.”<sup>62</sup> Genom denna motivering – som var den beskrivning departementschefen använde sig av för att åtskilja skyddet för upphovsmannens egenart från skyddet för hans anseende (se ovan) – får HD i avgörandet sägas ha givit uttryck åt att upphovsmännens egenart, snarare än deras anseende, kränkts genom de vidtagna åtgärderna. Visserligen kom egenarten till klart uttryck i de nämnda underrättsavgörandena *Jag är nyfiken – gul* och *Essy Persson*, men förutom avgörandet *Sveriges Flagga* är det av de prejudicerande avgörandena endast i *Max Walter*-avgörandet som HD, som anslöt sig till hovrättens skäl, har gjort en tydlig åtskillnad mellan skyddet för upphovsmannens anseende och skyddet för hans egenart.<sup>63</sup> I avgörandet fann

<sup>61</sup> Jfr Strömholm i TfR 1975 s. 329, Rosén i Urheberrecht im Informationszeitalter – Festschrift für Wilhelm Nordemann (2004) (cit. Rosen 2004) s. 685 f., Upphovsrättens avtal s. 165 f., Rosén i Vennebog til Koktvedgaard (1993) (cit. Rosén 1993 II) s. 70 och Rosén i Rättsvetenskapen inför rätta (2006) s. 87.

<sup>62</sup> Jfr Rosén 2004 s. 685 som anför att avgörandet *Sveriges flagga* ger uttryck åt en ”subjektiv måttstock”.

<sup>63</sup> Visserligen ansågs egenarten ha blivit kränkt i Uppsala stadshus, men HD var mycket kortfattad i sina domskäl och anförde summariskt att ”[d]e av bolaget upprättade förslagsritningarna måste till en del anses kränkande för [de båda arkitekternas] konstnärliga egenart.”



domstolen att Svanbergs storhet som konstnär inte hade förringats genom förfarandet med reproduktionerna och att hans konstnärliga anseende inte kunde anses ha blivit utsatt för en sådan kränkning som avses i det nämnda lagrummet. Inte heller kunde förfarandet efter en objektiv måttstock anses innefatta ett angrepp på Svanbergs personlighet såsom denna kommit till uttryck i verket, varför någon kränkning av Svanbergs konstnärliga egenart inte ansågs föreligga.

Det är mera tveksamt om övriga prejudicerande avgöranden beaktar att 3 § andra stycket URL omfattar skydd för såväl upphovsmannens anseende som hans egenart. I *Den svenska fattigdomens betydelse* uttalade HD att ”bortfallet av sekvenserna [har inte heller] minskat filmens samhällskritiska eller konstnärliga värde”, vilket synes indikera att domstolen hade *filmens* anseende för ögonen. Avgörandet kan i vart fall inte anses innebära att domstolen gav uttryck åt respekt för den känsla upphovsmannen som konstnär kunde hysa för det verk han skapat, något som däremot kan sägas ha varit fallet i *Rudling*-avgörandet där HD konstaterade att de vidtagna åtgärderna inte fick vara ”vanställande”. I *Nowolin*-avgörandet uttalade HD att ”användningen av artikeln [kan] knappast vara ägnad att verka nedsättande för journalisten”, vilket får anses innebära att domstolen gav skyddet för upphovsmannens egenart samma innebörd som skyddet för hennes anseende. Det är dock märkligt att domstolen tillerkände svarandens eventuella *avsikt* att kränka betydelse för kränkingsbedömningen. Sammantaget får de prejudicerande rättsfallen nog ändå – trots lagutskottets ovan nämnda ”eliminering” av egenartsskyddet och att det i flera av avgörandena inte görs något särskiljande av egenarten från anseendet – anses innebära att det inte har kunnat uteslutas att svensk rätt ger skydd även för upphovsmannens egenart – och att detta skydd avser upphovsmannens personliga känsla för sitt verk till skillnad från det anseende han kommer i åtnjutande av i andras ögon.<sup>64</sup>

De objektiva kriterier som HD använt sig av vid sin bedömning av om en vidtagen åtgärd innebär kränkning av respekträtten är huvudsakligen de faktorer som enligt AK:s betänkande skulle tillmätas betydelse, dvs. *förhållandena inom den konststart det är fråga om* och med beaktande av *omständigheterna i det särskilda fallet*, varvid hänsyn har tagits till *verkets art* och dess *betydelse i litterärt eller konstnärligt avseende*. I förekommande fall – *Rudling*-, *Max Walter*-, *Nowolin*- och *Journalist-avtal*-avgörandena – har det också haft betydelse om det klart framgått i vilken mån verket presenterats i ursprungligt skick, eller med tillägg eller ändringar eller jämte bidrag av andra.

Även om det inte kan uteslutas att ”förhållandena inom den konststart det är fråga om” kan ha haft ett inflytande på utgången även i de andra avgörandena, är det endast i *Max Walter*-avgörandet som domstolen gjorde ett explicit uttalande om vilken betydelse denna parameter kan tillmätas vid kränkingsbedömningen. Domstolen anförde att för bedömningen av vad som enligt en objektiv måttstock kunde anses vara kränkande skulle sådana moderna strömningar som *metakonsten* tillmätas ”ett ej oväsentligt inflytande som grund för att be-

<sup>64</sup> Jfr dock Streng s. 185 som anser att ”en indelning i separata skiljelinjer mellan begreppen anseende eller egenart ur praktisk synvinkel inte [är] av nöden”.

trakta förfarandet som tillåtligt”. Att kränkning inte ansågs föreligga, eftersom hänsyn dels skulle tas till strömningar inom *metakonsten* och dels att tilläggen klart gick att åtskilja från Svanbergs reproduktioner, är inte förenligt med AK:s uttalande att även om en bearbetning görs med formell skicklighet, kan den röja sådan brist på uppfattning och känsla för originalets *egenart* att resultatet är förringande för detta. Domstolens ståndpunkt i denna del öppnar onekligen dörren för att respekträttsens omfattning kan ges en *inskränkande* tolkning med hänsyn till nya konststrukturer och måhända också – vilket står i direkt strid med skälen bakom införandet av respekträtten såväl i Sverige som internationellt – nya distributionsformer vilka för sin realisering kräver (betydande) ändringar i verket.

Parametrarna ”verkets art och dess betydelse i litterärt eller konstnärligt avseende” synes ha haft en betydande inverkan på utgången i några av de refererade avgörandena. I *Rudling*-avgörandet anförde domstolen, som nämnts ovan, att den inte kunde göra några generella utlåtanden om tillämpningen av 3 § andra stycket URL på reproduktioner, eftersom sådana ”förekommer av så olika slag”, men att lagrummet befanns tillämpligt på de i målet avsedda bilderna. I *Nowolin*-avgörandet synes det faktum att det rörde sig om ett litterärt verk av lägre valör – en tidningsartikel om madrasser – ha haft inverkan på bedömningen att någon kränkning inte kunde anses föreligga. På motsvarande sätt måste förhållandet att det i avgörandet *Sveriges flagga* rörde sig om en sång som under årens lopp blivit allmänt känd och i stor utsträckning fått samma karaktär som en nationalsång anses ha haft en betydande inverkan vid bedömningen att det förelåg kränkning av de båda upphovsmännens respekträtt.

*Strömholm* har framhållit att det kan vara svårt att objektivt bestämma parametrarna ”verkets art och dess betydelse i litterärt eller konstnärligt avseende”. Enligt *Strömholm* bör man istället se till *genren* och det *tilltänkta användningsområdet*, varvid även det av upphovsmannen medgivna nyttjandet bör beaktas. Har upphovsmannen accepterat att tjäna ett *praktiskt syfte*, torde det vara svårare för honom att påtala sådana ändringar som betingas av detta.<sup>65</sup> *Rosén* har på liknande sätt uttryckt att om ett verk har skapas för ett praktiskt syfte, kan användaren tänkas ha större möjligheter att vidta ändringar motiverade av det syftet, hur mycket upphovsmannen än motsätter sig dem.<sup>66</sup> Denna tolkning finner stöd i *Den svenska fattigdomens betydelse*. Som *Rosén* har framhållit förefaller det inte kunna uteslutas att själva anställningsförhållandet påverkat bedömningen att de vidtagna åtgärderna inte kränkte upphovsmännens respekträtt, liksom de krav som ett företag av *public service*-typ kan ställa på anställdas prestationer.<sup>67</sup> Även i *Rudling*-avgörandet har det praktiska syftet tillmätts betydelse. Domstolen anförde att en ”viss beskärning måste vara tillåten beroende på bildernas tilltänkta användning”, men att en sådan beskärning inte fick vara ”vanställande”.

Hur kränkingsbedömningen skall göras i praktiken, dvs. hur kravet på att bedömningen skall ske från *upphovsmannens synvinkel* kan förenas med kravet på

<sup>65</sup> Strömholm i TfR 1975 s. 323.

<sup>66</sup> Rosén 2004 s. 684 och Upphovsrättens avtal s. 171.

<sup>67</sup> Förlagsrätt s. 214. Jfr Furumo i Reklamavbrotsprocessen. Eriksson/Sjöman ./.. TV4 – en dokumentation (2008) (cit. Reklamavbrotsprocessen) s. 39.

att så långt möjligt anlägga en *objektiv måttstock*, har varit föremål för mycket diskussion inom doktrinen.<sup>68</sup> Emellertid har, som anförts ovan, rättspraxis tagit fasta på objektiva kriterier – inte i något avgörande har upphovsmannens egen uppfattning i kränkingsfrågan ensam utgjort grund för bedömning att kränkning föreligger. Enligt min uppfattning var det inte heller AK:s avsikt. Vad det istället har handlat om är att kränkingsbedömningen skall ta sin utgångspunkt i upphovsmannens synvinkel, eftersom det ytterst är upphovsmannens intressen som skall beaktas – inte eventuella samhällsintressen eller ”objektiva” kriterier i betydelsen att det skall göras en sammanvägning av allsköns kriterier i likhet med t.ex. de hänsyn som beaktas inom ramen för 36 § URL.<sup>69</sup> Detta har sin naturliga grund i synen på verket som ett uttryck för upphovsmannens personlighet och respekträttens skydd för denna hans personliga bindning till verket. Såsom *Strömholm* har framhållit skall kränkingsbedömningen ta sin utgångspunkt i upphovsmannens beskrivning av hans egen reaktion och bedömning av frågan om han blivit kränkt, men därefter behöver objektivt bedömas om kränkningen varit intensiv nog, eller om den inte måste avfärdas som bagatellartad.<sup>70</sup> Vad det blir fråga om för domstolen att göra är en, vad *Nordell* har uttryckt, *objektiverad subjektiv bedömning*, dvs. avgöra om upphovsmannen ifråga har skäl att känna sig kränkt.<sup>71</sup> Det avgörande är dock att bedömningen skall göras utifrån de objektiva kriterier som AK ställt upp (se ovan). Här ligger såväl det subjektiva momentet, att det är åtgärder med det enskilda verket som utgör utgångspunkt för kränkingsbedömningen, som det objektiva momentet, att det inte är exploatörs-, samhälls- eller konsumentintresset som (primärt) skall tillgodoses. Däremot synes de konkreta exempel på respekträttslig kränkning som uttalades av AK – t.ex. att ett seriöst musikaliskt verk görs om till revyskiva eller en schlager eller framförs i jazztakt – inte ha fått direkt stöd i rättspraxis. Detta kan förstås som att innehållet i de objektiva kriterierna varierar över tid.<sup>72</sup> Det synes inte heller finnas någon mall eller schablon för hur kriterierna skall vägas mot varandra. Kriterierna ger istället utrymme för en viss *elasticitet*, dvs. en enskild domstols subjektiva bedömning i det enskilda fallet.<sup>73</sup>

Respekträttens elastiska karaktär och möjligheten att beakta praktiska hänsyn har fått viss doktrin och litteratur att framhäva uppfattningen att domstolen skall göra en *marknadsmässig* bedömning för att möjliggöra verksexploatering i nya

<sup>68</sup> Se t.ex. *Strömholm* i TfR 1975 s. 323 och *Nordell* 2003 s. 394.

<sup>69</sup> Jfr dock *Nordell* som har uttryckt att respekträtten ”liknar bestämmelserna om avtals ogiltighet i 3 kap. avtalslagen, närmast jämkningsregeln i 36 § avtalslagen – den stora generalklausulen. Käranden argumenterar för sin uppfattning att hans ideella rätt har blivit kränkt och svaranden argumenterar däremot. Det åvilar ytterst domstolen att med en objektiv måttstock avgöra om en kränkning har skett.” Se härom *Nordell* 2003 s. 395 f.

<sup>70</sup> *Strömholm* i NIR 1969 s. 218 och *Strömholm* i TfR 1975 s. 326. För ett liknande resonemang, se *Förlagsrätt* s. 113.

<sup>71</sup> *Nordell* 2003 s. 394 f.

<sup>72</sup> För ett liknande resonemang, se *Rosén* 1993 II s. 70 och *Rosén* 2004 s. 681. I den senare uttrycker *Rosén* att “[t]his legal figure reflects, like virtually no other, the specific assumptions, notions and values at each position of time in an ever-changing legal process.”

<sup>73</sup> Jfr *Rosén* 1993 II s. 66.

distributionsformer.<sup>74</sup> Sådana tankegångar har framförts av Rosén vid upprepade tillfällen.<sup>75</sup> Streng har på liknande sätt anfört att respekträtten bör följa vad som vid varje tidpunkt kan uppfattas som *god sed*<sup>76</sup> och dessutom att respekträtten ger uttryck åt *lojalitetsprincipen*.<sup>77</sup>

En alltför långtgående betoning av det praktiska syftet med en vidtagen åtgärd är dock inte förenlig med syftet med respekträtten.<sup>78</sup> AK uttryckte det på så sätt att även om upphovsmannen i viss utsträckning kan tillgodose sina personliga intressen med stöd av sina ekonomiska förfoganderätter, dessa inte i tillräcklig utsträckning kan förhindra kränkande åtgärder, *av så djupgående karaktär att de innebär ett intrång i verkets integritet*, som vidtas av tredje man som nyttjar verket genom stöd i avtal eller en inskränkingsbestämmelse. AK anger sedan vari sådana djupgående åtgärder kan bestå. Efter att ha redogjort för de objektiva kriterier utifrån vilka en ändring i verket i *normala fall* skall bedömas – beaktande av förhållandena inom den konstart det är fråga om, beaktande av omständigheterna i det särskilda fallet, varvid hänsyn bör tas till verkets art och dess betydelse i litterärt eller konstnärligt avseende – fastslår AK att upphovsmannen alltid bör vara skyddad mot att ändringar företas på ett sätt som *förringar originalets konstnärliga nivå och stil eller innebär ingrepp i dess bärande innehåll och tendens*.

Inom denna respekträttsens ”kärna”<sup>79</sup> har inte eventuellt praktiskt syfte osv. någon betydelse för bedömningen av om kränkning föreligger. Enligt min mening är det så AK:s motiv måste läsas – åtgärder som vidtas med verket kan till en viss gräns anses tillåtna med hänsyn till de objektiva kriterier AK ställt upp, men att det finns en ”kärna” där vidtagna åtgärder endast kan tillåtas om det finns stöd från upphovsmannen i form av en eftergift enligt 3 § tredje stycket.<sup>80</sup> Denna tolkning har stöd i *Rudling*-avgörandet där HD angav att ”en viss beskärning måste vara tillåten beroende på bildernas tilltänkta användning”, men att ”den inte fick vara vanställande.”

**4.6 Eftergift av ideell rätt.** Enligt 3 § tredje stycket URL kan upphovsmannen med bindande verkan *efterge* sin ideella rätt endast såvitt angår en till art och omfattning begränsad användning av verket. Grundtanken är att den ideella rätten på

<sup>74</sup> Jämför de liknande resonemang som har framförts beträffande artikel 6bis BK, vilka redogörs för ovan.

<sup>75</sup> Se Rosén 1993 II s. 70 och Rosén 2004 s. 681.

<sup>76</sup> Streng s. 154, 181 f. och 315 f. För ett liknande resonemang om ”god tro”, se Rosén i NIR 1992 s. 645.

<sup>77</sup> Streng s. 129 ff. och 182.

<sup>78</sup> Jag ställer mig på det hela taget mycket frågande till att, såsom Streng, bruka de förmögenhetsrättsliga principerna god sed och lojalitetsplikt som förklaringsprinciper för omfånget av den personlighetsrättsligt grundande respekträtten. Respekträtten följer ett helt annat syfte än de förmögenhetsrättsligt präglade ekonomiska rättigheterna.

<sup>79</sup> För ett liknande resonemang, se Teaterrätt s. 105, Strömholm i TFR 1975 s. 323, Rosén 1993 I s. 276, Upphovsrättens avtal s. 170, Rosén i Vennebok til Koktvedgaard (1993) s. 69 och 72, Rosén i NIR 1993 s. 368 f. och Rosén 2004 s. 687.

<sup>80</sup> Även inom detta ”kärnområde” gäller att vissa fenomen inte *per se* kan innebära en kränkning av respekträtten, eftersom det som skall bedömas är de vidtagna åtgärdernas effekt på det enskilda verkets ”konstnärliga nivå och stil eller innebär ingrepp i dess bärande innehåll och tendens.”

grund av sin *djupt personliga natur* inte skall kunna vara föremål för *överlåtelser*.<sup>81</sup> Rättsverkan skall inte heller ges åt avtal och överenskommelser, genom vilka upphovsmannen *generellt* fråntas möjlighet att göra gällande den ideella rätten, eftersom sådana eftergifter kan få verkan långt in i framtiden och frånta upphovsmannen möjlighet att överblicka vad de betyder för hans personliga intressen.

En *eftergift*<sup>82</sup> av den ideella rätten är tillåten endast om den avser en till *art* och *omfattning* begränsad användning av verket. I motiven framhålls att ett förbud mot sådan begränsad eftergift skulle föra för långt och även kunna utgöra hinder för upphovsmannen att ekonomiskt utnyttja verket. En förvärvare av de ekonomiska rättigheterna måste nämligen kunna skydda sig mot att upphovsmannen i efterhand framställer mer eller mindre grundade påståenden om att verket i den nya versionen kränker hans ideella rätt. Om han inte kan få tillstånd från upphovsmannen att vidta sådana, för verksexploateringen nödvändiga, ändringar,<sup>83</sup> skulle det kunna medföra svårighet för honom att nå en uppgörelse med förvärvaren. Att rättsverkan ges åt en eftergift av rätten i ett sådant fall kan enligt motiven inte antas leda till förfång för upphovsmannens personliga intressen, eftersom användningsområdet för verket är begränsat på förhand.<sup>84</sup>

En eftergift enligt 3 § tredje stycket kan ske genom att upphovsmannen uttryckligen förklarar sig avstå från denna, men även om så inte skett kan omständigheterna vid en överlåtelse av förfoganderätt över verket vara sådana att upphovsmannen måste anses ha eftergivit den ideella rätten,<sup>85</sup> dvs. genom underförstådd eftergift eller tyst samtycke.<sup>86</sup> Enligt *Nordell* och *Olsson* kan en sådan eftergift av den ideella rätten föreligga i vissa typer av anställningsförhållanden, enligt *Olsson* särskilt inom offentlig förvaltning.<sup>87</sup> Vidare gäller att om upphovsmannen granskat och godkänt ändringar får det betraktas som att upphovsmannen har godkänt och står för en ny version av verket. Så kan t.ex. situationen vara vid filminspelning när upphovsmannen själv medverkar i omarbetningen eller omgestaltningen av verket.<sup>88</sup>

Som en följd av att upphovsmannen endast i begränsad omfattning kan efterge sin ideella rätt, anses följa att rättens ideella del, till skillnad från den ekono-

<sup>81</sup> SOU 1956:25 s. 127. Redan Eberstein uttryckte att rätten inte hade karaktären av personlig annat än om och i den mån den inte kunde övergå på annan person, se Eberstein s. 138.

<sup>82</sup> Med eftergift måste förstås medgivande. En eftergift synes annars, enligt sin ordalydelse, endast kunna ske i efterhand. Även om upphovsmannen *ex ante* inte generellt kan efterge sin ideella rätt, torde det vara möjligt för honom att efterge sin rätt *ex post* – när han sett slutresultatet av ändringar m.m. som vidtagits med hans verk. För ett resonemang härom, se Rosén 2004 s. 687, Rosén 1993 II s. 71, Rosén i NIR 1993 s. 367, Teatterätt s. 132 f. och Nordell 2003 s. 387 f. och 405.

<sup>83</sup> Bestämmelsen i 3 § tredje stycket har främst betydelse vid ändringar i verket, även om den (givetvis) även har sin tillämpning för namngivelsesrätten eller när verket återges i ett sammanhang som annars skulle vara otillåtet, se SOU 1956:25 s. 127 f.

<sup>84</sup> Op. cit. 128.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> Upphovsrättens avtal s. 170.

<sup>87</sup> Nordell i NIR 1993 s. 374 med hänvisningar och Olsson, Kommentar till upphovsrättslagen (2006) s. 100.

<sup>88</sup> SOU 1956:25 s. 128 f.

miska rätten, är *tvingande*.<sup>89</sup> Det avgörande för eftergiftens giltighet är således att den kan uppfattas som *begränsad* både till *art* och *omfattning* relativt det i 3 § första och andra stycket omtalade. Det är inte tillräckligt att eftergiften är bestämt angiven i ett avtal, eftersom även omfattande och väldefinierade eftergifter kan fränkännas giltighet.<sup>90</sup> Å andra sidan bör motsatsvis gälla att upphovsmannen kan förfoga över rätten så länge förfogandet faller inom det av lagen medgivna området, något *Nordell* kallat för *det lagbundna området*.<sup>91</sup> Det är endast inom detta område som överlåtelse (eller upplåtelse) och eftergift kan sammanfalla.<sup>92</sup> Därmed uppstår frågan hur upphovsmannen och den till vilken han har överlåtit (eller upplåtit) sina ekonomiska rättigheter skall kunna veta om upphovsmannen har eftergivit *för mycket* av sin ideella rätt. *Nordell* har framhållit att om upphovsmannen, i samband med överlåtelser, eftergivit *mer* än vad som medges enligt 3 § tredje stycket URL, borde han i makt av sin ideella rätt, åtminstone teoretiskt sett, kunna begränsa förvärvarens disposition över verket. I praktiken innebär det att en *risk* läggs på förvärvaren av de ekonomiska rättigheterna att säkerställa att de utnyttjandeformer som följer av avtalet *de facto* omfattas av eftergiftsbegränsningen i 3 § tredje stycket URL. För att komma till rätta med de olägenheter som den ideella rätten på detta sätt kan medföra har lagstiftaren på ett område där de ekonomiska intressena av upphovsrätten sägs överväga de personliga – datorprogram skapade i anställningsförhållanden (40 a § URL) – infört specialregler.<sup>93</sup> Av intresse för den här framställningen är om det finns anledning att införa motsvarande särbestämmelser även på andra områden, t.ex. filmverk. Jag återkommer till denna fråga i avsnitt 7.

## 5. NJA 2008 s. 309 (Reklamavbrott)

*5.1 Högsta domstolens ställningstagande och anförda skäl.* Här skall inte refereras avgörandet i dess helhet eftersom det finns återgivet på annan plats i detta nummer av NIR.<sup>94</sup> Istället skall koncentreras på de skäl som HD anför.

Domstolen konstaterade inledningsvis att det som kännetecknar ett filmverk är att till de skapande elementen i verket hör det i viss rytm fortgående förloppet, berättelsen, samt den atmosfär som skapas genom den för spelfilmen karakteristiska föreningen av bild och ljud. Domstolen ansluter sig här nära till uttalanden som har gjorts inom doktrinen.<sup>95</sup>

<sup>89</sup> Se *Nordell* i NIR 1993 s. 379, *Nordell* 2003 s. 393 och *Nordell*, Rätten till det visuella (1997) s. 291.

<sup>90</sup> Upphovsrättens avtal s. 170, *Rosén* 1993 II s. 71 f. och *Rosén* i NIR 1993 s. 366.

<sup>91</sup> *Nordell* 2003 s. 393.

<sup>92</sup> *Op. cit.* s. 385.

<sup>93</sup> I 26 c § URL finns en undantagsbestämmelse från upphovsmannens respekträtt till förmån för ägare till byggnader och bruksföremål. Den är motiverad av praktiska skäl och behandlas inte i det följande.

<sup>94</sup> NIR 2008 s. 505.

<sup>95</sup> Se framförallt *Peifer*, Werbeunderbrechungen in Spielfilmen nach deutschem und italienischem Urheberrecht, GRUR Int. 1995 s. 25–45, vars slutsatser återges i ett rättsutlåtande av Strömholm som inlämnades till Svea hovrätt i målet på begäran av filmregissörernas ombud. HD ansluter sig nästan ordagrant till *Peifers* bedömning. *Peifer* har i sin avhandling utvecklat sin syn på reklamavbrott och film, se *Peifer*, Werbeunterbrechungen in Spielfilmen: eine vergleichende

HD gör däremot aldrig något explicit uttalande om regissörernas roll i skapandet av filmverken, måhända mot bakgrund av att det inte var tvistigt mellan parterna att regissörerna var upphovsmän till respektive film – *Hajen som visste för mycket* (härefter: Hajen) och *Alfred*. Domstolen använder sig istället av uttryck som ”Claes Erikssons film” respektive ”Vilgot Sjömans film” och förutsätter därmed att det är regissörerna som är upphovsmän till filmens rytm och atmosfär osv. Att ett filmverks ”huvudregissör” skall betraktas som dess huvudupphovsman eller som en av dess upphovsmän står klart i svensk rätt,<sup>96</sup> men eftersom kränkning av respekträtten sker i ett bestämt verk hade det varit förtjänstfullt om HD hade klargjort hur resultatet av de två regissörernas skapande verksamhet konkret hade kommit till uttryck i de två filmverken.<sup>97</sup>

HD konstaterar att reklaminslagen bryter in i det förlopp som spelfilmen omfattar och i dess atmosfär. En spelfilm som visas med reklamavbrott måste därför genom dessa anses ha ändrats i den mening som avses i 3 § andra stycket URL.<sup>98</sup> Jag vill återigen framhålla att HD här inte tar sin utgångspunkt i de två filmer som faktiskt var uppe till prövning utan uttalar sig generellt.

När det gäller HD:s bedömning av om ändringen var kränkande för regissörernas anseende eller egenart hänvisar domstolen till de uttalanden som gjordes av AK och departementschefen under lagstiftningsprocessen. HD framhåller således att vid bedömning av huruvida företagna ändringar kan anses kränkande för upphovsmannen skall saken ses från dennes synpunkt, men i övrigt skall en objektiv måttstock anläggas. Av särskilt intresse är att HD betonar AK:s uttalande att upphovsmannen har anspråk på skydd också mot förfaranden som, även om de inte är menliga för hans anseende i andras ögon, innebär ett angrepp mot verkets integritet och kränker den känsla han som konstnär hyser för

Untersuchung nach deutschem, italienischem und internationalem Urheberrecht unter Berücksichtigung des Rundfunkrechts (1994). Strömholms rättsutlåtande finns återgivet i Reklamavbrottsprocessen s. 184 ff. Även andra har uttalat sig om vari den skapande insatsen består i filmverk, se t.ex. Auktorrätt och film.

<sup>96</sup> Med anledning av Rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiderna för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter, infördes i svensk rätt några nya bestämmelser i URL med avseende på filmverk. Av artikel 2.1 i direktivet framgår att ett filmverks ”huvudregissör” skall betraktas som dess upphovsman eller som en av dess upphovsmän. Detta innebar ingen nyhet för svensk rätt som av gammalt uppfattat just huvudregissören som en av filmverkets upphovsmän (se SOU 1956:25 s. 134), varför direktivet inte föranledde några ändringar i URL, se prop. 1994/95:151 s. 25 f.

<sup>97</sup> Jfr Rosén 1993 II s. 66. Det kan framhållas att de två regissörerna även var manusförfattare och medverkade vid klippningen av respektive film. Att jag i den här artikeln refererar till de båda upphovsmännen som ”regissörer” har sin förklaring i att regissören normalt anses vara en films huvudupphovsman eller en av dess upphovsmän och att HD på flera ställen i sina domskäl bedömer reklamavbrottens inverkan på resultatet av regiarbetet. Att jag valt att beteckna upphovsmännen som ”regissörer” förklaras således av det var ostridigt mellan parterna att Claes Eriksson respektive Vilgot Sjöman var ”upphovsman” till respektive film. Jag utesluter dock inte att de båda regissörernas manusförfattande och klippningsarbete har haft en betydande inverkan på det färdiga filmverket.

<sup>98</sup> HD behövde därför inte pröva om reklaminslagen innebar att filmverken återgavs i ett främmande sammanhang.

det verk han skapat och departementschefens uttalande att skyddet för upphovsmannens egenart avser förfaranden som – även om de till äventyrs inte skadar upphovsmannens anseende – likväl kränker hans personlighet, sådan den kommit till uttryck i verket. Den ”nedtoning” av skyddet för egenarten som gjordes av lagutskottet, vilken förmodligen är förklaringen till att de flesta prejudice-rande rättsfallen på respekträttsens område (se ovan) inte åtskilt anseende- och egenartsskydden, återfinns inte i HD:s domskäl.

Beträffande förhållandena inom den konstart det är fråga om konstaterar HD att det är kännetecknande för filmverk att det skapande arbetet – inkluderande regi och klippning – syftar till en helhetsupplevelse som gör åskådaren delaktig i filmens berättelse i tid och rum. HD konstaterar vidare att den fiktiva tid under vilken filmen utspelar sig är komplex och unik för varje film – men (återigen) utan att göra något uttalande om de enskilda filmverk som det var fråga om i målet.

Av vad som framgått av avsnittet om gällande svensk rätt utgör utgångspunkten för bedömningen av om kränkning av respekträtten föreligger de konkreta åtgärder som gjorts i det enskilda verket. Respekträtten borde därför aldrig kunna uttryckas som en schablon eller som att vissa vidtagna åtgärder *per se* alltid skulle innebära kränkning av respekträtten. Emellertid gör HD – efter att ha konstaterat att varje avbrott varade i omkring fem minuter, innehöll ett tiotal reklamslag för varor och tjänster riktade till konsumenterna, skedde i samband med scenförändringar eller en förändring av filmens berättelse och hade en något högre ljudnivå än spelfilmen – följande generella uttalande:

”Avbrott i en spelfilm innebär att den avsedda helhetsupplevelsen bryts upp, och åskådaren riskerar att tappa tråden i berättelsen eller gå miste om hänvisningar framåt eller bakåt i berättelsen. Rumsligt innebär ett avbrott en förflyttning från filmens miljö till andra miljöer och stämningar som skapas av reklamslagen. Även när reklamavbrotten sker i samband med att filmens scener eller miljö förändras, bryts det av regissören avsedda samspelet mellan filmens olika scener genom att helt andra miljöer och företeelser infogas. Avbrott för reklam innebär också att filmens faktiska längd för åskådaren förlängs; filmens längd är inte en oviktig användning av verket.”

Även om uttalandet kan sägas ge uttryck åt något som AK framhöll, nämligen att en bearbetning, även om den görs med *formell skicklighet* och i och för sig kan äga ett visst värde, kan den sakna sådan brist på uppfattning och känsla för originalets *egenart* att resultatet är förringande för detta, borde uttalandet ha tagit sin utgångspunkt i de enskilda filmverken. Om HD hade önskat göra en bedömning med utgångspunkt i de enskilda verken, på samma sätt som i *Rudling*-avgörandet – där domstolen uttryckligen förklarade sig inte kunna säga något generellt om tillämpning av respekträtten på reproduktioner, eftersom sådana ”förekommer av så olika slag”, men att lagrummet befanns tillämpligt på de i målet avsedda bilderna – hade man istället tagit utgångspunkt i hur reklamavbrotten inverkar på de element som regissörerna själva framhöll som bärande för res-



pektive filmverk.<sup>99</sup> Beträffande *Hajen* hade en sådan bedömning kunnat ta sin utgångspunkt i ”filmens noggrant övervägda längd och rytm” och ”filmens sensmoral och dess satiriska beskrivning av en hysterisk jakt på pengar” och beträffande *Alfred* ”filmens drömmande, dröjande rytm” och det faktum filmen utspelas i en svensk och europeisk 1800-talsmiljö.

HD framhöll att en spelfilm i form av långfilm måste anses känsligare för ingrepp än en film av novell- eller episodkaraktär uppbyggd av sinsemellan fristående, avslutade delar som inte är avsedda att nödvändigtvis ses i inbördes sammanhang, eller en film i en icke-berättande genre, exempelvis en instruktions- eller undervisningsfilm. Beträffande företeelsen reklamavbrott uttalande dock HD följande:

”Oavsett en spelfilms konstnärliga nivå, ambition och tendens innebär företeelsen reklamavbrott *normalt* att kontinuiteten och dramaturgin i filmen bryts och att främmande filmbilder infogas i verket på ett sätt som är ägnat att kränka upphovsmannens egenart.” [Min kursivering]

Genom att på detta sätt relatera reklamavbrott till respekträttens kärna (se ovan) slår HD fast att företeelsen reklamavbrott är av sådan grundläggande oförenlig karaktär i relation till resultatet av regissörers skapande verksamhet – dvs. spelfilmer – att de kan presumeras vara kränkande för dem. Det innebär att HD närmast har eliminerat de övriga objektiva kriterier som enligt uttalandena i förarbetena och tidigare rättspraxis ska tillmätas betydelse vid bedömningen, dvs. *omständigheterna i det enskilda fallet* varvid hänsyn bör tas till *verkets art* och *betydelse i litterärt eller konstnärligt avseende*. Det har således ingen betydelse om det rör sig om en allvarlig film, såsom *Schindlers list*, eller en spelfilm av lägre konstnärlig värde.<sup>100</sup> Sett i det ljuset blev det heller aldrig nödvändigt för HD att utröna vad – *konkret* – i de två filmerna som var resultatet av de två regissörernas skapande verksamhet eller utröna hur just *Hajens* och *Alfreds* ”konstnärliga nivå, ambition och tendens” påverkades av reklamavbrotten. Att reklamavbrott i spelfilm normalt, dvs. oberoende av omständigheterna i det enskilda fallet, innebär respekträttslig kränkning var också de båda regissörernas uppfattning. Den kom också till uttryck i bl.a. åberopade sakkunnigutlåtanden.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Se NIR 2008 s. 510.

<sup>100</sup> Jfr Sjöström och Källén i Reklamavbrottsprocessen s. 339 f.

<sup>101</sup> Se Eriksson, Sjöman, Bergman, Furumo, Källén, Grede, Andersson och Söderbergh Widding i Reklamavbrottsprocessen s. 12 ff., 26 ff., 29, 32 ff., 46, 86 ff., 91 ff. och 338 ff., som alla framhåller att det inte finns ”naturliga” avbrott för reklam i spelfilmer eftersom avbrotten medför att främmande element förs in i berättelsen och styckar upp denna så att helhetsintrycket förskjuts eller förvrängs. Jfr Rosén 1993 II s. 68 f. som, med hänvisning till filmen ”Sophies val”, anför att ”uppspalming med reklamslag för tvättmedel och godis av en film vars allvarligt syftande tema är traumatiska upplevelser i koncentrationslägrens helvete, ter sig som sådana typer av åtgärder som lagstiftaren hade i åtanke som överträdelser av respekträtten.” Under alla förhållanden är Stockholms tingsrätts uttalande att ”några konstnärliga kvalitetskrav är däremot inte något som skall ställas upp” en misstolkning av förarbetena, se NIR 2008 s. 507.

HD konstaterar också att reklamavbrott sker i *kommersiellt syfte* och med avsikten att dra åskådarnas uppmärksamhet från filmen till reklaminslagen. De intressen som ligger bakom reklamavbrott är enligt HD emellertid inte sådana att de vid fastställande av vad som objektivt sett skall anses godtagbart väger över rättighetshavarens intresse av att hans verk inte återges på ett sätt som kränker hans ideella rätt. Detta ställningstagande kan jämföras med den uppfattning som framhållits av *Streng* att omfattningen av respekträtten skall tolkas inskränkande för att möjliggöra kommersiell exploatering i nya distributionsformer. HD:s uppfattning ligger istället i linje med vad som har framkommit vid beskrivningen av gällande rätt ovan: att det finns en respekträttslig ”kärna” som inte kan åsidosättas ens av ett väl så beaktansvärt praktiskt syfte med de vidtagna ändringarna.

Den status som HD har givit spelfilmer kan jämföras med den förhållandevis ”tillåtliga” attityd som kommit till uttryck beträffande andra typer av verk i några av de andra prejudicerande avgörandena. I *Max Walter*-avgörandet hade moderna strömningar som *metakonsten* betydelse för bedömningen att det inte förelåg en kränkning, i *Den svenska fattigdomens betydelse* hade det förhållande att filmen skapats i anställningsförhållande i ett *public service*-företag förmodligen ett visst inflytande på bedömningen att det inte förelåg kränkning, och i *Nowolin* rörde det sig om en journalistisk artikel om madrasser där upphovsmannen inte ansågs kränkt av att artikeln används i ett reklamsammanhang. Ur filmskaparnas synvinkel är det säkert extra välkommet att HD inte anammade synsättet i *Max Walter*-avgörandet eftersom det avgörandet kan anses innebära att hänsyn i betydande utsträckning bör tas till utvecklingen på marknaden, med innebörd att uphovsmännen får tåla (betydande) ändringar i sina verk, t.ex. för realisandet av nya exploateringsformer.

*5.2 Förhållandet mellan respekträtten och radio- och TV-lagen.* En särskild fråga som prövades av HD var förhållandet mellan respekträtten och bestämmelserna om reklamavbrott i radio- och TV-lagen (SFS 1996:844). TV4 hade nämligen gjort gällande att reklamavbrotten vid utsändning hade skett i enlighet med denna lagstiftning, som i denna del grundas på det s.k. TV-direktivet.<sup>102</sup> Bestämmelserna om reklamavbrott i radio och TV-lagen infördes år 2002 på grund av TV-direktivet i dess ändrade lydelse.<sup>103</sup> Tidigare medgavs TV4 rätt att göra avbrott endast för annonser *mellan* program.

Enligt radio- och TV-lagen får reklamavbrott infogas i spelfilmer om den programlagda sändningstiden överstiger 45 minuter. Avbrott får göras en gång för varje hel period om

<sup>102</sup> Rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG. Bestämmelserna om reklamavbrott i TV-direktivet ansluter nära till motsvarande bestämmelser i artikel 14 i Europarådets TV-konvention.

<sup>103</sup> Bestämmelserna om reklamavbrott i TV-direktivet i sin ändrade version skiljer sig dock inte från bestämmelserna om reklamavbrott i det ursprungliga direktivet.

45 minuter. Om den programlagda sändningstiden är minst 20 minuter längre än två eller flera fullständiga perioder om 45 minuter får annonser sändas ytterligare en gång (7 kap. 7 a § radio- och TV-lagen). Om dessa villkor är uppfyllda får reklamavbrott göras förutsatt att det sker på ett sådant sätt att – med hänsyn till naturliga pauser samt programmets sändningstid och karaktär – varken programmets integritet och värde eller rättighetshavarnas rättigheter kränks (7 kap. 7 § första stycket radio- och TV-lagen).<sup>104</sup> Före ändringen gällde att program inte fick avbrytas med sändning av annonser; sådana fick dock sändas i längre pauser i sportprogram, i pauser i program som avsåg föreställningar och evenemang där pauser förekom även för publiken samt mellan delar av program som bestod av avslutande delar; i spelfilmer fick annonsavbrott inte förekomma.<sup>105</sup>

Av förarbetena till lagändringen framgick att den hade konkurrens- och konsumentpolitiska syften, nämligen att komma till rätta med de konkurrensackdelar för svenska programföretag i förhållande till utländska som den dåvarande regleringen ledde till.<sup>106</sup> Dessutom fyllde de tidigare reglerna som tillät avbrott mellan program inte sitt syfte, eftersom TV4 hade börjat avbryta program för ett annat program, s.k. ”inför”-program – t.ex. ”inför Bingolotto”. En följd av denna reglering var att längre program, som filmer, ofta avbröts av ett eller t.o.m. två andra program, vilka omgavs av reklamavbrott. Avbrotten blev härigenom betydligt längre än om avbrott för annonser kunde tillåtas.<sup>107</sup> I förarbetena betonades att lagändringen inte inverkar på de upphovsrättsliga reglerna och att en kränkande ändring eller ett avbrott i ett filmverk, i den mån det följde av avtal eller gällande rätt, även i framtiden skulle kräva rättighetshavarnas tillstånd.<sup>108</sup>

HD konstaterar att bedömningen av om reklamavbrott i en spelfilm kränker upphovsmannens anseende eller egenart skall göras på grundval av de kriterier som framkommit i förarbetena till URL och att faktorer såsom TV-tittarnas uppfattning om reklamavbrott inte skall beaktas vid kränkingsbedömningen. Tittarintresset fick istället bli tillgodosett genom den offentlighetsrättsliga regleringen i radio- och TV-lagen.

Att inte radio- och TV-lagen kan påverka innehållet i respektträtten är inte förvånande eftersom den lagen explicit anger att annonser inte får avbryta program om det sker på sådant sätt att ”rättighetshavarnas rättigheter kränks”.<sup>109</sup> Såsom framhållits inom doktrinen fördes diskussioner vid tillkomsten av TV-direktivet, vars bestämmelser om reklamavbrott alltså utgör förlaga till bestäm-

<sup>104</sup> Bestämmelserna har sin motsvarighet i artikel 11 i TV-direktivet.

<sup>105</sup> Prop. 1995/96:160 s. 122 f. jämförd med prop. 1990/91:149 s. 102 ff.

<sup>106</sup> Prop. 2001/02:82 s. 11. I praktiken handlade det om att TV4 genom dåvarande regler fick en konkurrensackdel i förhållande till TV3 och kanal 5, båda verksamma i Storbritannien.

<sup>107</sup> Prop. 2001/02:82 s. 10 f.

<sup>108</sup> Op. cit. s. 13.

<sup>109</sup> Givetvis gäller även det omvända, dvs. bestämmelserna om reklamavbrott i radio- och TV-lagen, vilka syftar till att skydda ett programs integritet och värde i TV-publikens perspektiv, gäller oberoende av om någon upphovsrätt kränkts. Se härom avgörandet av Kammarrätten i Stockholm 2007-03-14 i mål nr 4091-06.

melserna i den svenska radio- och TV-lagen, om att låta också upphovsrättsliga överväganden ingå i direktivet, men att detta – efter invändningar från upphovsrättsorganisationer – inte genomfördes.<sup>110</sup>

I vilket fall framstår det som motsägelsefullt när en lagstiftning medger avbrott för reklam i spelfilmer, förutsatt att vissa närmast formella villkor är uppfyllda, samtidigt som dessa *normalt* kränker den respekträtt som tillkommer spelfilmens upphovsman.<sup>111</sup> Att de båda regelsystemen inte är samordnade förklaras ytterst av att det ena handlar om gemenskapsharmoniserad rätt medan det andra är nationellt bestämd rätt.<sup>112</sup>

Att de respekträttsliga aspekterna av reklamavbrott inte är harmoniserade inom EU innebär att det, åtminstone potentiellt, föreligger en störning på den inre marknaden för exploatering av film. Även om alla medlemsstater tillhandahåller ett respekträttsligt skydd i åtminstone den nivå som artikel 6bis BK påbjuder, kan rättspraxis skilja sig åt t.ex. vad gäller avvägningen mellan upphovsmannens personliga inställning och ett objektiva betraktelsesätt.<sup>113</sup> Hur allvarlig ”störning” på den inre marknaden denna brist på harmonisering innebär är beroende av hur rättspraxis ser ut i medlemsstaterna.

Beträffande reklamavbrott finns ett antal avgöranden av intresse från Italien. Under 1980-talet väckte flera regissörer talan vid domstol för att få förbud mot att deras filmer visades i TV med reklamavbrott. Initialt var domstolarnas bedömning att reklamavbrott inte *generellt* kunde anses förbjudna, men att det kunde vara fråga om respekträttslig kränkning om avbrotten, efter en bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall, angrep en films faktiska identitet och helhetsverkan.<sup>114</sup> I ett senare överrättsavgörande har fastslagits en tydligare

<sup>110</sup> Se Peifer i GRUR Int. 1995 s. 43.

<sup>111</sup> Rosén anför: ”Slutsatsen måste bli att radio- och TV-lagens bestämmelser om att spelfilm faktiskt får avbrytas med ett visst antal reklamavbrott ter sig helt irrelevanta, eftersom man i ljuset av Högsta domstolens dom knappast kan tänka sig att några reklamavbrott kan ske i spelfilm utan att rycka sönder de konstnärliga element som domstolen generellt utpekat som beaktansvärda i det strikt ideellrättsliga sammanhanget.” Se Rosén i JT 2008–09 s. 127.

<sup>112</sup> Traditionellt brukar kunna uppställas ett krav på att gällande rätt utgörs av ett motsägelsefritt och koherent system av normer, se t.ex. Peczenik, Vad är rätt? (1995) s. 151 ff. Inför inrättandet av en ny reklamfinansierad svensk TV-kanal uttalade departementschefen följande: ”Att generellt säga att annonsavbrott i program strider mot upphovsmannens ideella rätt leder enligt min mening alltför långt.” Se prop. 1990/91:149 s. 106. Inför HD:s avgörande i Reklamavbrottsmålet gjordes inom doktrinen försök att finna en koherens mellan respekträtten och bestämmelserna om reklamavbrott i radio- och TV-lagen, bl.a. mot bakgrund av detta förarbetsuttalande. Se t.ex. Rosén i Rättsvetenskapen inför rätta s. 78 ff. och Strömholm i Reklamavbrottsprocessen s. 188 ff. Dessa försök får sägas ha varit mindre framgångsrika, mycket beroende på att de tar som utgångspunkt traditionell juridisk tolkningsmetodik där ”lagstiftaren” förutsätts vara en enhet som uttrycker en enda någorlunda sammanhängande och konsistent ståndpunkt i rättsfrågor. Jfr Gautier, *Propriété littéraire et artistique* (1991) s. 168 som karakteriserar den uppkomna regelkonkurrensen som ”en lindrigt uttryckt besvärande normkonflikt.”

<sup>113</sup> Jfr Furumo i Reklamavbrottsprocessen s. 34.

<sup>114</sup> Avgöranden av förstainstansen i Rom den 30 december 1982, den 24 oktober 1984 och den 30 juli 1985 samt förstainstansen i Milano den 13 december 1984. Jfr Fabiani, The inclusion of advertising spots during the broadcasting of cinematographic works on television in relation to the protection of author's moral rights, ALAI (1987) s. 105 ff., Fauceglia i GRUR Int. 1992 s. 217 ff., Collovà i RIDA 1990 (146) s. 124 ff., Rosén i Rättsvetenskapen inför rätta s. 66 f., Kamina,

ordning: appellationsdomstolen i Rom konstaterade att *varje avbrott i princip* var kränkande för upphovsmannen.<sup>115</sup>

Enligt fransk rätt, som medger ett starkt respekträttsligt skydd där upphovsmannens subjektiva upplevelse tillmäts stor betydelse vid kränkingsbedömningen, anses reklamavbrott generellt innebära respekträttslig kränkning. Till exempel ansågs kränkning föreligga när en film vid TV-visningen delats upp i två delar och där varje del hade avbrutits för reklam ett antal gånger.<sup>116</sup> Från Tyskland finns inte något avgörande som behandlar frågan om respekträtt och reklamavbrott. Inom den tyska doktrinen synes dock uppfattningen vara att i vart fall beträffande konstnärliga filmer, behöver upphovsmannen inte tolerera reklamavbrott på andra ställen än sådana som överenskommit på förhand eller utgör naturliga brytpunkter.<sup>117</sup>

HD:s ställningstagande att reklamavbrott i spelfilmer normalt utgör kränkning av upphovsmannens respekträtt får sägas ligga i linje med nu beskrivna kontinentaleuropeiska praxis och teoribildning.<sup>118</sup> Den fråga som inställer sig är hur stora möjligheterna är att erhålla medgivanden för reklamavbrott på förhand. Eftersom reklamavbrott normalt anses kränkande för upphovsmannen är sådana medgivanden nödvändiga för exploatering i reklamfinansierad television. De eventuella skillnader som ändå kan finnas i respekträttsligt skydd mellan medlemsstaterna kan i så fall överbryggas genom kontraktsrätten.<sup>119</sup>

*5.3 Generella slutsatser och HD:s bedömning i avtalsfrågan.* Den generella slutsatsen av Reklamavbrottsavgörandet är att spelfilmens upphovsman – regissören – åtnjuter ett mycket starkt skydd för sina personliga bindningar till det verk som han skapat. Ett genomgående drag i HD:s domskäl är också betonandet av hur de vidtagna åtgärderna – reklaminslag – inverkar på de bärande elementen i verket. En bedömning med utgångspunkt i upphovsmannens anseende hade förmodligen inte fångat upp detta fenomen. Genom avgörandet har HD således också gjort tydligt att respekträtten i svensk rätt, i enlighet med vad AK och departementschefen föreslog och förmodligen också med vad artikel 6bis BK föreskriver, ger skydd åt upphovsmannens *egenart* såväl som hans anseende – och detta måste gälla för upphovsmän till alla typer av verk, inte endast filmverk. HD:s domskäl visar också att det inte finns någon motsättning mellan ett objektivt synsätt och skyddet för upphovsmannens egenart – även egenarten går att bedöma utifrån de objektiva kriterier som AK ställde upp, även om HD i detta avgörande inte gjorde en bedömning utifrån de enskilda verken. Den nedto-

Film Copyright in the European Union (2002) (cit. Kamina) s. 327 och Furumo i Reklamavbrottsprocessen s. 36 f.

<sup>115</sup> Roms appellationsdomstol den 16 oktober 1989. Jfr Peifer i GRUR Int. 1995 s. 36 och Strömholm i Reklamavbrottsprocessen s. 191 f.

<sup>116</sup> Tribunal de Grande Instance de Paris den 24 maj 1989, fastställt av Cour d'appel de Paris den 26 november 1990. Underrättens dom är refererat i RIDA 1990 (143) s. 353.

<sup>117</sup> Schricke, Urheberrecht. Kommentar (2006) s. 312 ff. med hänvisningar.

<sup>118</sup> Jfr Sjöström och Källén i Reklamavbrottsprocessen s. 338.

<sup>119</sup> Jfr Upphovsrättens avtal s. 242.

ning eller måhända eliminering av egenartsskyddet som lagutskottet gav uttryck åt, och som också kan sägas ha avspeglat sig i flertalet tidigare prejudikat, måste därmed också anses vara uttraderad.<sup>120</sup> Avgörandet innebär härigenom ett avsteg från den praxis som utvecklats av domstolen tidigare. HD borde därför ha motiverat sitt ställningstagande tydligt. Genom att inte förhålla sin bedömning till tidigare avgöranden kan HD knappast beskyllas för att ha skapat förutsebarhet på marknaden.<sup>121</sup>

Det går emellertid inte att generellt utsträcka HD:s uttalanden om *reklamavbrott* till att omfatta andra upphovsmannakategorier.<sup>122</sup> De ”skapande element” som avgörandet tar sikte på när det gäller filmverk – det i viss rymd fortgående förloppet, berättelsen, samt den atmosfär som skapas genom den för spel-filmen karakteristiska föreningen av bild och ljud, får ju anses vara resultatet av regissörens arbete.<sup>123</sup> Däremot medför avgörandet att respekträtten fått en renässans genom att HD visat en större hänsyn till upphovsmäns känsla för det egna verket framför de kommersiella villkor som råkar råda för dagen.<sup>124</sup>

Genom att ge upphovsmännen en sådan stark respekträtt kan HD:s ställningstagande också sägas underblåsa den inneboende konflikt som råder mellan de ekonomiska och de ideella intressen som upphovsrätten önskar tillgodose och som varit föremål för diskussion vid såväl utformningen av artikel 6*bis* BK som 3 § URL.

De hinder för verksexploatering som respekträtten kan innebära för förvärvaren av de ekonomiska rättigheterna kan i de flesta fall lösas avtalsvägen genom att exploatören erhåller tillstånd från upphovsmannen i enlighet med 3 § tredje stycket URL. De reella problemen och riskerna uppstår dock när ett fenomen är känt av parterna på förhand men det utgör en sådan betydande användning av verket att det inte *kan* efterges.<sup>125</sup> Den kanske allvarligaste kritiken mot Reklamavbrottsavgörandet är därför att HD inte gav 3 § tredje stycket en tydlig uttolkning, särskilt vad beträffar gränserna för tyst eller underförstått eftergivande. HD anger summariskt att man ”ansluter sig till domstolarnas bedömning att [Eriksson] och [Sjöman] inte eftergivit sin ideella rätt i vad avser avbrotten i filmerna samt att intrången har skett av oaktsamhet.”<sup>126</sup> Vad HD avser härmed är oklart.

Först skall framhållas att inte heller hovrätten gjorde någon egen bedömning vad gäller avtalsfrågan, utan endast anslöt sig till tingsrättens bedömning i fråga om eftergift från Eriksson och Sjöman av deras ideella rätt i vad avser avbrotten

<sup>120</sup> Jfr Furumo i Reklamavbrottsprocessen s. 43.

<sup>121</sup> Jfr Heuman i Festskrift till Per Olof Bolding (1992) s. 201 ff. som diskuterar Högsta domstolens ”prejudikatmedbrytande” verksamhet.

<sup>122</sup> Jfr Rosén i JT 2008–09 s. 129, som synes utsträcka HD:s resonemang till att omfatta ”var och en av de många upphovsmän och utövande konstnärer som bidragit till eller medverkat i en spel-film”.

<sup>123</sup> Jfr Auktorrätt och film s. 110 f. med hänvisningar.

<sup>124</sup> Jfr Sjöström och Källén i Reklamavbrottsprocessen s. 338 ff.

<sup>125</sup> Jfr Rosén 1993 II s. 71, Upphovsrättens avtal s. 170 och 2004 s. 691 f.

<sup>126</sup> Se NIR 2008 s. 511.

i filmerna och bedömningen av huruvida kränkningarna hade skett av oaktsamhet.<sup>127</sup> En tolkning av HD:s uttalande är att den endast delar tingsrättens och hovrättens slutsats att någon eftergift inte kunde anses ha skett, men att den inte utvecklar sina egna skäl härför. Härigenom skulle HD ha gjort frågan om eftergift (och oaktsamhet) till en bevisfråga, dvs. domstolen anser att en eftergift under omständigheterna visst skulle kunna vara möjlig inom ramen för 3 § tredje stycket, men att man anser att TV4 inte har visat att regissörerna har eftergivit sin ideella rätt. Detta förefaller vara den mest plausibla tolkningen.

En annan tolkning är att HD inte endast delar tingsrättens slutsats, utan även dess motivering.<sup>128</sup> I frågan om regissörerna i samband med att de upplät eller överlät sina ekonomiska rättigheter till filmbolagen därmed också fick anses ha eftergivit sin ideella rätt, konstaterade tingsrätten att någon sådan eftergift inte kunde anses ha skett. Tingsrätten framhöll också att inget hade framkommit som tydde på att Eriksson och Sjöman vid upplåtelsen av de ekonomiska rättigheterna till filmbolagen gjordes uppmärksamma på att visning skulle kunna komma att ske just i TV4 och på det sätt som skett i dessa fall, dvs. genom att reklamen infogats som avbrott i filmerna. Tingsrättens bedömning i denna del får anses ge uttryck åt huvudregeln att även om upphovsmannen förklarar sig överlåta ”alla sina rättigheter”, kan han göra anspråk på att bli angiven som verkets upphovsman eller motsätta sig att verket utsättes för förvanskande ingrepp.<sup>129</sup> Det hindrar givetvis inte att en eftergift kan ske *separat* efter att de ekonomiska rättigheterna överlåtits eller upplåtits. Tingsrätten konstaterade i denna del att Eriksson inte kunde anses ha givit något godkännande för reklamavbrott i filmen i samband med att han kontaktades av SF innan filmbolaget upplät visningsrätten av *Hajen*. Hur Sandrews, som innehavare av Sjömans ekonomiska rättigheter till *Alfred*, upplät visningsrätten till filmen till TV4 hade enligt tingsrätten inte berörts av parterna på annat sätt än att filmbolaget hade rätt att tillåta visningen av filmen i TV-kanaler och därmed också i TV4.

Vidare anförde tingsrätten – närmast *obiter dictum* – att om avtalen skulle anses ha den innebörden att filmbolagen rent allmänt fick upplåta visningsrätt med möjlighet för TV-bolag att infoga reklaminslag, kunde detta inte ses som en till art och omfattning begränsad användning av filmverken. Det skulle enligt tingsrätten vara omöjligt för upphovsmännen att överblicka en sådan verkan av avtalen. Enligt tingsrätten kunde det därför inte anses att Eriksson och Sjöman i dessa fall eftergivit sin ideella rätt till filmverken i förhållande till TV4. Tingsrättens bedömning i denna del tycks utgå från bedömningen att ”reklamavbrott” är av sådan generell karaktär att det inte utgör en begränsad användning av verket. Följden av detta resonemang är inte helt klar. Den mest sannolika tolkningen är att reklamavbrott som fenomen generellt inte kan medges på förhand, men att det för en regissör är möjligt att ge tillstånd till visning av reklamfilm i varje enskilt fall. Sannolikt skulle det även vara möjligt att efterge rätten vid likartade

<sup>127</sup> Se NIR 2008 s. 509.

<sup>128</sup> Denna uppfattning har anförts av Rosén i JT 2008–09 s. 128 f.

<sup>129</sup> Se AK:s resonemang i avsnitt 4.6 ovan om eftergift av ideell rätt.

visningar, t.ex. i en viss TV-kanal.<sup>130</sup> HD:s oklara bedömning beträffande 3 § tredje stycket URL innebär avsevärda osäkerheter beträffande exploatering av film.

Det bör också framhållas att HD anförde att det faktum att radio- och TV-lagstiftningen uttryckligen angav att "rättighetshavarnas rättigheter" inte påverkades av bestämmelserna om reklamavbrott, innebar att bedömningen av om respekträttslig kränkning förelåg skulle göras oberoende av de offentlighetsrättsliga bestämmelserna. Denna bedömning kan ifrågasättas eftersom praxis på marknaden bör påverka bedömningen av om det föreligger tyst eller underförstått samtycke. Att det finns radio- och TV-lagstiftning som uttryckligen tillåter reklamavbrott bör rimligtvis inte medföra att branschpraxis inte kan påverka vad som kan anses utgöra tyst eller underförstått samtycke i 3 § tredje stycket URL. I sammanhanget kan framhållas, som redogjorts för ovan, att TV4 redan innan de fick tillåtelse att göra avbrott för reklam ofta avbröt visning av filmer för att visa nyheter och s.k. "inför"-program. Dessa avbrott medförde mer omfattande avbrott än de reklamavbrott som gjordes i *Alfred* och *Hajen*. Med tanke på denna praxis på marknaden borde det således inte ha varit främmande för domstolarna att göra bedömningen att de båda regissörerna fick anses ha gjort tyst eller underförstått samtycke till att visa reklam i sina filmer.<sup>131</sup>

*5.4 Konsekvenser på avtalsmarknaden.* Marknadens aktörer började anpassa sig till situationen att reklamavbrott kunde strida mot respekträtten redan innan avgörandet blev slutligt avgjort av HD. TV4 har numera som uttalad policy att säkerställa att man har rätt att visa reklam i filmer.<sup>132</sup> För de regissörer som inte vill se sina filmer avbrutna av reklam innebär Reklamavbrottsavgörandet och TV-kanalernas avtalspolicy att det numera går att förhindra visning av den film man skapat.<sup>133</sup>

Det har i och för sig alltid varit möjligt för regissörerna att med stöd av sina *ekonomiska* rättigheter begränsa filmbolagens möjligheter att ge tv-kanalerna rätt att göra avbrott för reklam i filmerna. Enligt den dispositiva bestämmelsen i 28 § URL har den till vilken upphovsrätt överlåtits inte rätt att ändra verket samt ej heller överlåta rätten vidare.

Å andra sidan syftar 3 § tredje stycket till att inte ge rättsverkan åt avtal, genom vilka upphovsmannen *generellt* fråntas möjlighet att göra gällande den ideella rätten, eftersom sådana eftergifter kan få verkan långt in i framtiden och frånta upphovsmannen möjlighet att överblicka vad de betyder för hans personliga intressen. Härigenom har lagstiftaren givit *prioritet* åt de personliga intressen

<sup>130</sup> Jfr Rosén i JT 2008–09 s. 129 som anför att "[e]tt faktiskt inhämtat uttryckligt godkännande i förhand har följaktligen inget värde för det TV-bolag som avser att sända spelfilm med avbrott för reklam."

<sup>131</sup> Jfr Rosén i Rättsvetenskapen inför rätta s. 85 f. och Kamina s. 285 ff.

<sup>132</sup> Se artikel i Svenska Dagbladet den 12 april 2006, "Reklamavbrotten blir kvar – trots domen", åtkommen den 3 september 2008 via [http://www.svd.se/kulturnoje/nyheter/artikel\\_309730.svd](http://www.svd.se/kulturnoje/nyheter/artikel_309730.svd) och artikel i Dagens Nyheter, "TV4:s reklampauser bröt mot upphovsrätten", åtkommen den 3 september 2008 via <http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=2204&a=536586>.

<sup>133</sup> Jfr Curman i Reklamavbrottsprocessen s. 342 f.



som tillkommer upphovsmannen över de intressen som kan tillkomma skilda exploatörer av deras verk. Eftersom det inte råder ett totalt överlåtelseförbud, måste förhållandet mellan de ekonomiska och ideella rättigheterna emellertid förstås så att det i gränsdragningsituationer är de personliga intressenas styrka – inte deras art – som är utslagsgivande.<sup>134</sup> Den fråga som då inställer sig är om denna prioritering fortfarande är önskvärd eller om det finns anledning att nu införa särbestämmelser för respekträtt och film för att tillåta reklamslag, för att därigenom uppväga de ekonomiska intressena.<sup>135</sup> En analys av lämpligheten av en sådan bestämmelse måste ta sin utgångspunkt i hur marknaden för filmproduktion ser ut idag, det nuvarande regelsystemets *interna balans* och det internationella regelverket på området. Också särregleringar för respekträtt och film som finns i andra länder kan beaktas.

## 6. Särreglering för respekträtt och film?

*6.1 Respekträttens interna balans.* Vidtagna åtgärder med ett verk skall vid kränkingsbedömningen enligt 3 § andra stycket URL bedömas utifrån en rad parametrar såsom *förhållandena inom den konststart det är fråga om* och med beaktande av *omständigheterna i det särskilda fallet*, varvid hänsyn bör tas till *verkets art* och dess *betydelse i litterärt eller konstnärligt avseende*. De senare kriterierna har sedermera inom doktrinen och i praxis ansetts innebära att man istället bör se till *genren* och det *tilltänkta användningsområdet*, varvid även det av upphovsmannen medgivna nyttjandet bör beaktas. Har upphovsmannen accepterat att tjäna ett *praktiskt syfte* torde det vara svårare för honom att påtala sådana ändringar som betingas av detta. Sammantaget innebär det att 3 § andra stycket URL medger att hänsyn i viss utsträckning kan tas även till motstående intressen, t.ex. sådana som tillkommer en producent eller senare förvärvare av de ekonomiska rättigheterna. Sådana hänsyn kan tas så länge den vidtagna åtgärden inte ligger inom respekträttens kärna, dvs. åtgärden inte *förringar originalets konstnärliga nivå och stil* eller *innebär ingrepp i dess bärande innehåll och tendens*. En åtgärd med verket som kränker upphovsmannens rätt enligt 3 § andra stycket URL kan emellertid vara tillåten om upphovsmannen har eftergivit sin ideella rätt enligt 3 § tredje stycket URL. Eftersom en sådan eftergift även kan vara tyst eller underförstådd, uppstår en *glidande skala* som ger omfånget av respekträtten en viss *elasticitet*. Åtgärder med verket kan vara tillåtna inom ramen för 3 § andra stycket förutsatt att de inte sker i den respekträttsliga kärnan, men åtgärder som i och för sig anses strida mot 3 § andra stycket kan vara tillåtna om de kan anses vara föremål för en eftergift som är tillåten enligt tredje stycket.<sup>136</sup>

<sup>134</sup> Jfr Eberstein s. 120 ff.

<sup>135</sup> Immaterialretsaftaler s. 279 och Meedom i NIR 1985 s. 163.

<sup>136</sup> Jfr Rosén som förefaller se en direkt överlappning mellan sådana åtgärder som utgör kränkning av den respekträttsliga ”kärnan” och sådan användning av verket som inte kan efterges på förhand. Se härom Rosén s. 687 och Rosén 1993 I s. 276. Jag delar inte denna uppfattning. Roséns resonemang synes förutsätta att en icke begränsad användning är detsamma som användning eller åtgärd som ”förringar originalets konstnärlig nivå och stil” eller ”ingrepp i originalets bärande innehåll och tendens”, vilket inte har täckning ens rent språkligt.

Svårigheten att veta vilka åtgärder som kan bli nödvändiga med hänsyn till de krav som nya exploateringsformer uppställer medför att en förvärvare av de ekonomiska rättigheterna har ett intresse av att *på förhand* erhålla besked från upphovsmannen om att han inte kommer att göra sin respekträtt gällande. Upphovsmannens personliga koppling till sitt verk har emellertid motiverat att han inte på förhand kan göra några breda, generella eftergifter. Därmed åläggs förvärvaren av de ekonomiska rättigheterna en *risk* att inte kunna exploatera de ekonomiska rättigheterna på det sätt han har förväntat sig. Å ena sidan kan detta uttryckas som att lagstiftaren härigenom har skapat en *market failure*, men å andra sidan förefaller det vara lagstiftarens avsikt. Det *ska* inte vara möjligt för upphovsmannen att generellt efterge sin ideella rätt på förhand, eftersom de ideella rättigheterna motiveras av ett helt annat syfte än de ekonomiska rättigheterna. Därför är det missvisande att tala om *market failure*, eller att den ideella rättens tvingande natur skapar ”rättssystematiska problem”.<sup>137</sup> Den ideella rätten har som en av sina funktioner att ändra förhandlingsstyrkan mellan upphovsmannen och den som exploaterar hans verk.<sup>138</sup> En borte gräns finns dock. I sitt betänkande anförde AK att en alltför ”stark” respekträtt skulle kunna hämma upphovsmannens möjligheter att exploatera sitt verk:

”Huvudregeln bör emellertid begränsas till fall, där en eftergift på sätt nu anförts är av mera generell räckvidd. Att upprätthålla regeln i andra fall skulle föra för långt och stundom kunna utgöra hinder för upphovsmannen att ekonomiska utnyttja verket. Detta gäller främst då verket överlätes för att efter bearbetning eller omgestaltning användas för ett visst på förhand bestämt ändamål. Som exempel kan nämnas, att upphovsmannen överläter rätt att använda verket för filminspelning. ... För att inte riskera att upphovsmannen i efterhand framställer mer eller mindre grundade påståenden om att verket i den nya versionen kränker hans ideella rätt, kan det därför vara av vikt för filmföretaget att i förväg erhålla ett bindande besked att denne avstår från att göra rätten gällande. Även för upphovsmannen är det av betydelse att ett sådant avstående tillerkänns rättslig giltighet; skulle han icke vara bunden därav, kunde detta försvåra möjligheten för honom att nå en uppgörelse med filmföretaget.”<sup>139</sup>

Film exploateras numera i många fler s.k. visningsfönster än vad som var fallet vid införandet av den svenska upphovsrättslagen. Den traditionella biografen har sedan många år kompletterats av hyr- och köpvideo och sedan ännu längre tillbaka av visning av film i TV. Reklamfilmsfinansierad TV och betal-TV samt beställning av film via nätverk som Internet – s.k. beställvideo (video on demand) – har ökat antalet visningsformer ytterligare.<sup>140</sup> Reklamfinansierade TV-företag är idag medfinansierare till i stort sett alla långfilmer som produceras i Sverige, en ordning som är sanktionerad och uppmuntrad av lagstiftaren.<sup>141</sup> Finansieringen

<sup>137</sup> Jfr Nordell 2003 s. 385.

<sup>138</sup> Dietz, Legal Principles of Moral Rights. ALAI (1993) s. 66 och Meedom i NIR 1985 s. 163.

<sup>139</sup> SOU 1956:25 s. 127 f.

<sup>140</sup> Fokus på film – en ny svensk filmpolitik, prop. 2005/06:3 s. 17.

<sup>141</sup> Ibid.

av film är i dagsläget således beroende av de intäkter som reklamavbrotten genererar. Mot denna bakgrund är det olyckligt att HD inte motiverade sig vad gäller bedömningen av 3 § tredje stycket URL. Delar HD tingsrättens bedömning att reklamavbrott inte *kan* efterges på förhand eller anser HD att det visst skulle kunna ha varit möjligt för regissörerna att efterge sin respekträtt i denna del, men att det inte har bevisats att så var fallet i de två situationer som var uppe till prövning? Om HD delar tingsrättens bedömning i dess helhet så innebär det att HD ger respekträtten en innebörd som står i direkt strid mot vad AK önskade åstadkomma.

I förlängningen innebär tingsrättens resonemang att grunden för filmproduktion i Sverige undermineras, eftersom det sätt varpå några av de viktigaste medfinansierarna bygger sin affärsmodell – reklamintäkter – inte är respekträttsligt tillåten och inte kan medges på förhand. TV-kanalerna står potentiellt inför risken att de medfinansierar en film men sedan åläggs ett förbud att visa den med reklaminslag. Mot denna bakgrund borde HD – om inte annat för att skapa förutsebarhet på marknaden och minimera riskexponeringen för TV-företagen – tydligt ha motiverat sig i sin bedömning beträffande 3 § tredje stycket URL.

Reklamavbrottsavgörandet kan anses ge uttryck åt en situation där respekträttens interna balans inte räcker till, eftersom motstående betydande ekonomiska intressen inte kan tillgodoses inom ramen för vare sig andra eller tredje stycket. Syftet med bestämmelsen i tredje stycket var ju att ge upphovsmannen möjlighet att *överblicka* sina upplåtelser och överlåtelser så att hans verk inte exploaterades på ett sätt som kunde anses kränkande för honom. Om ett fenomen som är *känt på förhand* och som dessutom utgör en av förutsättningarna för att filmen överhuvudtaget skall produceras anses vara en sådan art och omfattning av verket som inte kan efterges på förhand, måste det leda till slutsatsen att respekträtten är *internt obalanserad* till nackdel för de intressen som tillkommer filmens exploatörer.<sup>142</sup> Ett slutgiltigt ställningstagande i denna del är, som redan framhållits, emellertid inte möjligt, eftersom HD inte gav klart besked i vad som gäller beträffande upphovsmännens eftergift. HD borde ha meddelat klart besked beträffande förutsättningarna för eftergift när en åtgärd faller inom ramen för 3 § andra stycket, särskilt beträffande åtgärder som – i likhet med den uppkomna situationen – hamnar inom ramen för den respekträttsliga ”kärnan”. HD hade också behövt utveckla förutsättningarna för att lämna tyst eller underförstått samtycke till en annars kränkande åtgärd.

Oaktat att HD inte tog ställning i den så viktiga avtalsdelen innebär Reklamavbrottsavgörandet att de farhågor som uttryckts om att en enskild upphovsman skulle kunna använda sin respekträtt för att hindra exploatering av det verk vars ekonomiska rättigheter han upplåtit eller överlåtit till annan, har realiserats. Därmed aktualiseras frågan om det är önskvärt att införa en särreglering för respekträtt och film för att ta hänsyn till de motstående intressen som kan

<sup>142</sup> Detta kan också uttryckas som att – för att upprätthålla en balans mellan upphovsmannens personliga intressen och motstående ekonomiska intressen – ju större omfång som ges 3 § andra stycket, desto större bör möjligheten bli att erhålla medgivanden inom ramen för 3 § tredje stycket. Jfr Rosén i NIR 1993 s. 369 och Rosén 1993 I s. 276.

tillkomma t.ex. filmproducenten eller en senare förvärvare av de ekonomiska rättigheterna.

En särreglering för respekträtt och film motiveras framförallt av de höga framställningskostnaderna för filmverk och mängden inblandade rättsinnehavare. Såsom *Lögberg* och *Kamina* har framhållit är det inte gentemot distributörer, biografägare och andra filmexploatörer som filmproducenten har behov av att vilja förbättra sin ställning. Vad producenten istället önskar är att få *garantier* från upphovsmännen att filmens exploatering i en framtid inte kommer att förhindras av att någon till filmverket bidragande upphovsman gör gällande att kränkning har skett av den respekträtt som tillkommer honom.<sup>143</sup> Den nuvarande ordningen tillmötesgår därför inte i tillräcklig utsträckning filmproducentens intressen av att på förhand veta vilka dispositioner som upphovsmannen avser att förbehålla sig. Enligt *Lögberg* kunde det därför finnas anledning att överväga särbestämmelser för ideell rätt och film:<sup>144</sup>

”Man måste hejda pulveriseringen av auktorrätten i de fall, då allmänna intressen och betydande investeringar stå på spel, och hindra missbruk av *droit moral*.”<sup>145</sup>

”Det ligger nära till hands, att filmföretaget förhandlar med tredje man, främst då biografägare, distributörer i skilda länder etc., om ekonomiskt utnyttjande av den färdigställda filmen. För tredje man skulle det innebära ett mycket stort riskmoment, om han icke skulle kunna lita på att det filmföretag han förhandlar med är behörigt att å honom överföra rätt att offentligt visa filmen.”<sup>146</sup>

Liknande synpunkter har framförts av *Rosén*.<sup>147</sup> Någon särreglering för respekträtt och film har aldrig varit föremål för övervägande i svensk rätt. Vid införandet av 1960 års upphovsrättslag infördes däremot *tolkningsregeln* i 39 § URL om att överlåtelse av rätt till inspelning av litterärt eller konstnärligt verk på film omfattar rätt att genom filmen på biograf, i television eller annorledes göra verket tillgängligt för allmänheten. Bestämmelsen motiverades av de betydande ekonomiska intressen som ofta ligger bakom filmproduktion och faktum att den ursprungliga upphovsrätten till en film vanligen var splittrad på flera händer.<sup>148</sup> Med anledning av de särskilda förhållandena på filmmusikens område kom bestämmelsen inte att omfatta musikaliska verk. Departementschefen framhöll att bestämmelsen visserligen inte skulle utsäga mer än som torde anses gälla i praxis, men att en uttrycklig lagbestämmelse var av värde, eftersom frågan om räckvidden av filmföretagens visningsrättigheter i framtiden kunde väntas bli mer aktuell än vad då var fallet, bl.a. i fråga om visning i television. En lagbestämmelse var ägnad att förebygga tvister i hithörande fall.<sup>149</sup>

<sup>143</sup> Auktorrätt och film s. 203 och *Kamina* s. 285 ff. och 327.

<sup>144</sup> Auktorrätt och film s. 246 f.

<sup>145</sup> Op. cit. s. 207.

<sup>146</sup> Op. cit. s. 240 f.

<sup>147</sup> *Rosén* 1993 II s. 52 ff.

<sup>148</sup> SOU 1956:25 s. 144 ff.

<sup>149</sup> Prop. 1960:17 s. 209.

Sammanfattningsvis gäller alltså att den svenska upphovsrättslagen inte uppställer några ideellrättsliga särregler för filmverk.<sup>150</sup> Däremot övervägdes på det internationella planet en särreglering beträffande respekträtt och film vid Stockholmskonferensen 1967.

6.2 *Stockholmskonferensen 1967*. Skyddet i artikel 6bis BK för upphovsmannens ”ära och anseende” har som framkommit inte ändrats sedan 1928. Däremot fördes vid Stockholmskonferensen 1967 fram propåer om att införa särskilda bestämmelser eller undantag för film. Förslagen hade sitt ursprung i frågan om vilka ändringar (eller andra åtgärder) i verket som enligt skyddet i artikel 6bis skulle få vidtas sedan upphovsmannen upplåtit sina ekonomiska rättigheter.

Inför Stockholmskonferensen 1967 diskuterades artikel 6bis och dess förhållande till förutsättningarna för moderna utnyttjanden av spelfilm inom ramen för en särskilt tillsatt expertkommitté. Kommittén fann dock att ämnet var alltför detaljerat för att kunna behandlas i en internationell konvention och föreslog istället att det skulle överlämnas till nationell rätt.<sup>151</sup> Vid själva konferensen förde dock en delegation fram förslag om att en upphovsman som bidragit till ett filmverk skulle kunna utöva rättigheterna inom ramen för 6bis endast ”to an extent that takes equitable account of the interests of the other authors and those of the maker of the film.”<sup>152</sup> Förslaget avsåg att beakta de motsättningar som kan uppstå i situationer av delad eller gemensam upphovsrätt, samt de motsättningar som kan uppstå mellan upphovsmännen till filmen och filmens producent(er).<sup>153</sup> Förslaget syftade till att minska risken för att den ideella rätten skulle kunna tillämpas som ett grovt redskap för upphovsmännen att tillskansa sig otillbörligt goda ekonomiska villkor för filmverkens utnyttjande på marknaden eller till att störa filmdistributionens komplicerade mekanismer.<sup>154</sup> Förslaget mötte dock kraftigt motstånd från dem som ansåg att de personliga intressena var av ”absolut” karaktär och därför inte kunde åsidosättas. I slutändan infördes inga särbestämmelser för filmverk vid Stockholmskonferensen.<sup>155</sup> Däremot infördes en särbestämmelse i artikel 14bis(2)b om överlåtelse av de ekonomiska rättigheterna i vissa fall:

I de unionsländer, vilkas lagstiftning bland rättsinnehavare till filmverk räknar upphovsmän som lämnat bidrag till filmverkets framställning, kan dessa upphovsmän dock inte motsätta sig filmverkets mångfaldigande, spridning, offentliga framförande, överföring till allmänheten med tråd, utsändning genom radio samt återgivande till allmänheten och ej heller återgivande av talade inslag i text eller översättning av dem till annat språk,

<sup>150</sup> Rosén 1993 II s. 66 och 74.

<sup>151</sup> Ricketson/Ginsburg s. 597 f.

<sup>152</sup> Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to July 14, 1967 (cit. Stockholm 1967) s. 135.

<sup>153</sup> Adeney 2006 s. 148 f.

<sup>154</sup> Rosén 1993 II s. 55 och Karnell, Rätten till programinnehållet i TV (1970) (cit. Rätten till programinnehållet i TV) s. 147 f.

<sup>155</sup> Stockholm 1967 s. 136.

allt dock under förutsättning att nämnda upphovsmän åtagit sig att lämna bidrag som nu sagts och ingen överenskommelse av motsatt eller särskilt innehåll träffats.

Bestämmelsen i 14*bis*(2)b innebär i korthet att filmproducenten *in dubio* är fri att utnyttja filmverket på angivet sätt oberoende av upphovsrättsöverlåtelse eller andra medgivanden. Denna presumptionsregel till förmån för ett filmverks producent gäller enligt artikel 14*bis*(3) dock inte ”upphovsmän till scenariotexter, dialoger och musikaliska verk, som skapats särskilt för framställning av filmverket, och ej heller på dettas huvudregissör”.

Bestämmelsen i 14*bis*2(b) är inte en legitimationsregel i vanlig mening av innebörd att tredje man i god tro är skyddad genom sitt avtal med framställaren.<sup>156</sup> En godtroende tredje man, t.ex. en TV-kanal som tror sig ha förvärvat alla nödvändiga rättigheter för visning av en film, kan alltså inte förlita sig till presumptionsbestämmelsen för det fall att en i filmen medverkande upphovsman hävdar att kanalen genom visningen gör intrång i eller kränker hans rättigheter.

Stadgandet om att de medverkande upphovsmännen inte kan motsätta sig bl.a. dubbning och subtitling väcker frågan om sådana åtgärder *in dubio* inte kan anses kränka de ideella rättigheterna. En dubbning eller subtitling kan ju givetvis ske på ett för berörd upphovsman kränkande sätt. Denna ”konflikt” mellan upphovsmannens respekträtt och presumptionsbestämmelsen i artikel 14*bis*(2)b verkar dock ha lösts genom att upphovsmannen till scenariotexter och dialoger samt filmens huvudregissör undantas från presumptionsbestämmelsen. Därmed synes denna ”inneboende” konflikt mellan 6*bis* och presumptionsbestämmelsen vara löst.

Huruvida presumptionsregeln, relativt de upphovsmän den har avseende på, fungerar som en slags restriktion mot ”långtgående” tillämpning av respekträtten enligt artikel 6*bis* är emellertid osäkert.<sup>157</sup> Enligt vissa bedömare skulle presumptionsregeln i artikel 14*bis*(2)(b) BK ge filmproducenter ”complete freedom to do everything needed to ensure the international circulation of their film,”<sup>158</sup> medan andra framhåller att bestämmelsen inte innebär att framställare (producenter) av filmverk erhållit några dispenser från det ideellrättsliga skydd som konventionen tillerkänner varje upphovsman.<sup>159</sup> Denna senare tolkning, som jag stödjer, har flera starka skäl för sig. För det första bygger BK på den dualistiska principen med tydlig åtskillnad mellan ekonomiska och ideella rättigheter. Presumptionsregelns syfte att underlätta den ekonomiska exploateringen av film skall därför hållas åtskild från frågan om denna exploatering sker på ett sätt som är till men för upphovsmännens ära eller anseende. De ideella rättighe-

<sup>156</sup> Rätten till programinnehållet i TV s. 148.

<sup>157</sup> Rosén 1993 II s. 59.

<sup>158</sup> WIPO – Guide to the Berne Convention (1978) s. 87. Den nuvarande utformningen av bestämmelsen måste dock, enligt min uppfattning, förstås så att den inte innebär motsvarande presumtion vad gäller exploatering över Internet on demand eller på annat sätt.

<sup>159</sup> Jfr Rosén 1993 II s. 55 och Rätten till programinnehållet i TV s. 148 f., Karnell i 36 Copyright World December 1993 / Januari 1994 s. 27 f., och Ricketson/Ginsburg s. 598 f.

terna infördes just med tanke på att skydda upphovsmännen mot den annalkande industrialiseringen och kommersialiseringen av verk. För det tredje måste det faktum att de förslag om ändringar av artikel 6bis med hänsyn till filmverk som fördes fram vid Stockholmskonferensen 1967 inte fick något genomslag, förstås så att filmproducenter inte medgivits undantag från det ideellrättsliga skydd som tillkommer upphovsmännen enligt artikel 6bis BK.<sup>160</sup>

6.3 *Särreglering för respekträtt och film enligt tysk rätt.* I tysk rätt, som i övrigt enligt § 14 av 1965 års tyska upphovsrättslag<sup>161</sup> uppvisar en ideellrättslig grundsyn jämförbar med den svenska, finns en specialbestämmelse i § 93 i samma lag som syftar till att underlätta respekträtts tillämpning på film. Respekträtten är enligt § 93 endast tillämplig på ”gröbliche Entstellungen” (sv. ungefär ”grova förvanskningar”) och ”andere gröbliche Beeinträchtigungen” (sv. ungefär ”grov vandalisering” eller ”grov fördärvelse”) vid filmverks framställning och utnyttjande. Bestämmelsen i § 93 uppställer även ett krav på att bidragsgivande upphovsmän bör ta ”angemessene Rücksicht” (sv. ungefär ”skälig hänsyn”) till varandra och till filmproducenten vid utövandet av sin respekträtt. I doktrinen har stadgandet ansetts förutsätta att ett intrång manifesteras av efterkommande åtgärder som innebär en fullständig förvridning av verkets ursprungliga anda och mening eller en omgestaltning av i upphovsrättslig mening väsentliga delar av en film som helt strider mot de berättigade upphovsmännens klara intentioner.<sup>162</sup> Den för upphovsmän till filmverk eller bidragsgivare därtill mer begränsade respekträtten söker härmed uppenbarligen ge lättnader för filmproducenterna vid hanteringen av många upphovsmäns medverkan vid filmframställning.<sup>163</sup>

## 7. Slutdiskussion

Utgången av Reklamavbrottsavgörandet var på flera sätt problematisk. Oaktat frågan om reklamavbrott kan anses utgöra kränkning av en regissörs respekträtt i det enskilda fallet är de huvudsakliga invändningarna att HD vid sin bedömning inte tog utgångspunkt i de två filmer som förelåg för prövning, att domstolen inte förhöll sig till tidigare rättspraxis på området och, slutligen, att HD inte motiverade sig tydligt i avtalsdelen. Sammantaget innebär dessa *formella* invändningar att HD har skapat osäkerhet på marknaden och därmed försvagat förutsättningarna för produktion av film. Genom betonandet av skyddet för upphovsmännens egenart medför avgörandet härtill en renässans för upphovsrätts personlighetsrättsliga skydd – vilket väcker frågor om respekträtts inverkan även på andra områden än film.

De diskuterade problemen har sitt ursprung i den syn på upphovsrättsligt skapande som legat till grund för skyddet för upphovsmännens ideella rättigheter

<sup>160</sup> Jfr Rosén 1993 II s. 55 och 74 och Rätten till programinnehållet i TV s. 148 f.

<sup>161</sup> Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. September 1965.

<sup>162</sup> Jfr Schricke, Urheberrecht. Kommentar (2006) s. 1787 ff. med hänvisningar.

<sup>163</sup> Rosén 1993 II s. 70 med hänvisningar.

såväl i Sverige som internationellt. Som framkommit utgår den svenska upphovsrättens verksbegrepp från synen på det upphovsrättsliga skapandet som något "högstpersonligt" – ett konstnärligt eller litterärt arbete som förtjänar skydd. Härigenom skyddas primärt upphovsmannens ekonomiska och ideella intressen. Denna grundkonstruktion har huvudsakligen inte ändrats sedan upphovsrättslagens tillkomst.<sup>164</sup>

Skyddet av upphovsmannens ekonomiska intressen innebär normalt också en positiv "bieffekt" på det kulturella utbudet. Att det är upphovsmannens intressen som primärt ligger i förgrunden innebär dock att intresset för att stimulera exploatering och utbud inte har kommit till uttryck i lagen. Inom doktrinen har framhållits att det traditionella kontinentaleuropeiska originalitetskravet inte är ägnat att realisera vissa av de föremål som ligger bakom den moderna upphovsrätten.<sup>165</sup>

På filmområdet har starka ekonomiska intressen alltid gjort sig gällande. Det riskmoment som respekträtten innebär för såväl filmproducenten som den till vilken de ekonomiska rättigheterna senare upplåts har alltsedan upphovsmannens respekträtt infördes i Bernkonventionen 1928 lett till propåer att särreglera filmområdet. Någon sådan har inte införts på det internationella planet och i svensk rätt har endast införts presumtionsregeln avseende de ekonomiska rättigheterna i 39 § URL. I Tyskland finns en särreglering för respekträtt och film som avser att tona ner de negativa effekter som respekträtten kan innebära för filmens exploatering och i Sverige har hela den ideella rätten särreglerats i fråga om datorprogram som skapats i anställningsförhållanden i 40 a § URL.

Vad det i grunden handlar om är hur lagstiftaren skall värdera det arbete som regissören gör: är det ett konstnärligt skapande i linje med de grundtankar som AK generellt slog fast beträffande alla uphovsmän, eller är filmproduktion av sådan karaktär att ett avsteg från huvudprincipen bör övervägas? Även om filmproduktion har ett kommersiellt syfte, har den *dessutom* oftast ett konstnärligt syfte och där är det regissören som står för helhetsprestationen.<sup>166</sup> Om HD hade gjort en bedömning utifrån de två filmer som faktiskt var uppe till prövning hade förmodligen den osäkra situation som nu kan sägas vara för handen aldrig uppstått. Vid utformningen av respekträtten avsåg nämligen AK att det enskilda verkets karakteristika skulle utgöra underlag för en elastisk bedömning utifrån objektiva kriterier. Därigenom kunde t.ex. ett eventuellt praktiskt syfte med en vidtagen åtgärd med verket tillmätas betydelse vid en påstådd kränkingsbedömning. I motsats till detta synsätt innebär ställningstagandet att reklamavbrott kan presumeras innebära kränkning av regissörernas respekträtt, tillsammans

<sup>164</sup> På vissa områden – fotografiska verk, datorprogram och databaser – har unionen harmoniserat originalitetsbegreppet. Detta skall dock inte utsträckas till att gälla även på andra områden. Se här om t.ex. Karnell i NIR 1998 s. 157 ff.

<sup>165</sup> Strömholm i TfR 1975 s. 306 och Rosenmeier i Festskrift til Koktvedgaard s. 499.

<sup>166</sup> Jfr Dworkin s. 112, Koktvedgaard, Moral Rights – Denmark. ALAI (1993) s. 119, Eklöf, Upphovsrätt i konkurrens (2005) s. 98 och Wolk, Arbetstagares immaterialrätter (2006) s. 43 ff. som alla diskuterar en uppdelning mellan klassisk och industriell upphovsrätt och om det kan finnas anledning att särskilja deras reglering – så som t.ex. har gjorts för datorprogram. Författarna framhåller dock problem med gränsdragningsvårigheter.



med den oklara bedömning som HD gjorde i avtalsdelen och det faktum att HD inte relaterade sitt ställningstagande till tidigare avgöranden på respekträttsens område trots att man avvek från tidigare praxis, att den *elasticitet* och *interna balans* som AK sökte uppställa vid utformningen av 3 § andra och tredje stycket URL har ersatts av osäkerhet på marknaden för exploatering av film. Eftersom TV-företagen är viktiga finansiärer av film och TV-fönstret utgör en viktig del i det upphovsrättsliga kretsloppet för exploatering och nyproduktion av film, kan det för att stimulera utvecklingen i filmproduktion finnas anledning för lagstiftaren att intervensera och särreglera frågan om respekträtt och film. Ett sätt att ”tona ner” respekträtten med avseende på film kan därför vara en sådan särlösning som finns i Tyskland. Det skulle inte innebära en lika genomgripande effekt som en särreglering i linje med den som vi redan har för datorprogram. En sådan bestämmelse bör kunna övervägas inom ramen för den pågående Upphovsrättsutredningen som bl.a. har till uppgift att se över frågor som rör tredje kapitlet URL.<sup>167</sup>

Genom att alltid ha stått för betydande ekonomiska intressen kan produktionen av film sägas ha befunnit sig i frontlinjen för den strukturella konflikten mellan upphovsrättsens ekonomiska och personlighetsrättsliga sida. Den ökade användningen av informationsteknologi som har inneburit ökade möjligheter att exploatera upphovsrättsligt skyddat material i nya distributionsformer, har dock medfört att starka ekonomiska intressen gjort sig gällande inom hela det upphovsrättsliga området. Härigenom har också den politiska uppmärksamheten höjts för området. Såväl internationellt genom TRIPS-avtalet och de senare antagna WIPO-fördragen, som regionalt genom EU:s många initiativ på upphovsrättsområdet, har upphovsrätten betraktats som ett verktyg för att bidra till en viss sorts utveckling i samhället och vara ett medel i utvecklingen och konkurrensen på den internationella marknaden. Den syn på skapande verksamhet som kom till uttryck i Auktorrättskommitténs (AK) betänkande, och som kom att utgöra grundtankarna i 1960 års upphovsrättslag, har därigenom utmanats av ett mer utilitaristiskt färgat synsätt – främst påverkat av den anglo-amerikanska *copyright*-traditionen. Det tydligaste exemplet är att upphovsrätten och Bernkonventionen har införlivats i det internationella handelssystemet genom TRIPS-avtalet, men att den ideella rätten uttryckligen har lämnats utanför avtalet. Inom EU har inte heller vidtagits några åtgärder på den ideella rättens område. Några sådana planeras inte heller för framtiden.<sup>168</sup>

Tendensen har alltså ganska länge varit att ”author’s rights has become a right without authors”.<sup>169</sup> Schovsbo har uttryckt att målet varit att utsläcka den konti-

<sup>167</sup> Direktiv 2008:37.

<sup>168</sup> Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, Bryssel 19 juli 2004, SEC(2004) 995 avsnitt 3.5. Jfr den studie om den ideella rätten och ny teknik som genomfördes på uppdrag av kommissionen: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Final report. ETD/99/B5-3000/E28 (cit. Study concerning moral rights). För en historisk översikt av gemenskapens (icke-)initiativ på den ideella rättens område, se Kamina s. 285 ff.

<sup>169</sup> Rosén i NIR 2006 s. 14 med hänvisningar.

mentaleuropeiska upphovsrätten – som har den fria, kreativa konstnären som ideal – till fördel för *copyright*-modellen – som har kulturproducenten som ideal.<sup>170</sup> I skarp kontrast till denna utveckling står den förstärkning, åtminstone i förhållande till tidigare HD-avgöranden, av upphovsrättens personlighetsrättsliga sida som Reklamavbrottsavgörandet kan sägas innebära genom skyddet för de båda regissörernas egenart.<sup>171</sup>

I det längre perspektivet måste nog unionen ompröva sin ovilja att harmonisera den ideella rätten. Reklamavbrottsavgörandet visar på det ohållbara i att låta den ideella rätten ligga kvar på nationell lagstiftarnivå. Digitaliseringstekniken och Internet har och kommer i än ökad utsträckning att ställa krav på möjligheten att exploatera verkssinnehåll på sätt som förutsätter att åtgärder vidtas med verkssubstansen.<sup>172</sup> Även om Reklamavbrottsavgörandet måhända ligger i linje med kontinentaleuropeisk praxis och teoribildning, innebär avgörandet, som framkommit ovan, betydande osäkerheter på avtalsmarknaden. En vid respektträtt medför osäkerheter för exploateringen, något som i slutändan drabbar inte endast upphovsmannen utan även konsumenterna i form av begränsningar i utbudet. För att skapa förutsebarhet på den inre marknaden och stimulera utvecklingen av nya distributionsformer bör därför den ideella rätten harmoniseras.

På ett mer praktiskt plan aktualiseras frågan om vilken betydelse avgörandet har för exploatering av upphovsrättsligt skyddat material i nya distributionsformer och medier, vilka för sin realisering kräver att det vidtas åtgärder med verket som inte direkt kan sägas påverka upphovsmannens anseende men däremot den av HD accentuerade egenarten. Egenarten är, som framkommit ovan, betydligt svårare att objektivisera på förhand och innebär därmed också en ökad risk för verksexploatören. Jag hoppas kunna återkomma till denna fråga i en framtida artikel.

<sup>170</sup> Schovsbo i NIR 1998 s. 483. Jfr Streng s. 109 och Karnell i NIR 1997 s. 371 och Eklöf, Upphovsrätt i konkurrens (2005) s. 29 f.

<sup>171</sup> Jfr dock resolutionen från ALAI-kongressen 1993 där det anfördes att även om viss flexibilitet i tillämpningen av de ideella rättigheterna kan vara nödvändig bl.a. med hänsyn till vilken typ av verk det är fråga om och syftet med verksutnyttjandet, upphovsmannen alltid skall ges skydd för sin personlighet såsom den kommit till uttryck i verket.

<sup>172</sup> Study concerning moral rights s. 206 ff.