

**EMDS STRENGE PRØVING AV  
PROPORSJONALITETSVURDERINGEN I  
NØDVENDIGHETSKRITERIET I EMK ARTIKKEL 10 (2)**

Kandidatnummer: 340

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17 670 ord



# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Problemstilling og avgrensning	1
1.2	Avhandlingens metode og kilder	5
1.3	Den videre fremstilling	6
<b><u>2</u></b>	<b><u>ENKELTE GRUNNLEGGENDE UTGANGSPUNKTER</u></b>	<b><u>8</u></b>
2.1	Ytringer som vernes gjennom artikkel 10	8
2.2	Hvorfor verne ytringsfriheten? Demokrati som hovedbegrunnelse	9
2.3	Nødvendighetskriteriet	12
2.3.1	Innledning	12
2.3.2	En tredelt test	14
2.4	Subsidiaritetsprinsippet og statlig skjønnsmargin	15
2.4.1	Subsidiaritetsprinsippet	15
2.4.2	Statenes skjønnsmargin	17
<b><u>3</u></b>	<b><u>EMDS STRENGE PRØVING AV PROPORSJONALITETSVURDERINGEN</u></b>	<b><u>21</u></b>
3.1	Hvordan uttrykker EMD den strenge proporsjonalitetsvurderingen?	21
3.1.1	Innledning	21
3.1.2	Uttrykk for en streng proporsjonalitetsvurdering	22
3.1.3	Uttrykk for en mild proporsjonalitetsvurdering	26
3.1.4	Uttrykk for en ”normal” proporsjonalitetsvurdering?	29
3.2	Betydningen av ytringens tema for proporsjonalitetsvurderingen	31
3.2.1	Innledning	31
3.2.2	Politiske ytringer	32

3.2.3	Kommersielle ytringer og reklame – ”markt intern-standarden”	34
3.2.4	Pressefrihet og kildebeskyttelse	39
3.2.5	Kunstneriske ytringer	45
<b>3.3</b>	<b>Betydningen av inngrepets formål for proporsjonalitetsvurderingen</b>	<b>47</b>
3.3.1	Innledning	47
3.3.2	Beskyttelse av andres omdømme og rettigheter	49
3.3.3	Opprettholdelse av den dømmende makts myndighet og upartiskhet	52
<b>3.4</b>	<b>Andre variabler som kan tilsi en streng proporsjonalitetsvurdering</b>	<b>54</b>
3.4.1	Innledning	54
3.4.2	Europeisk konsensus	54
3.4.3	Inngrepets intensitet	55
3.4.4	Prinsippet om en dynamisk tolkningsstil	57
3.4.5	Betydningen av hvem som foretar inngrepet i ytringsfriheten	58
<b>4</b>	<b><u>HVORDAN KATEGORISERER EMD YTRINGER ETTER TEMA?</u></b>	<b>59</b>
<b>4.1</b>	<b>Politiske og ikke-politiske ytringer</b>	<b>59</b>
4.1.1	Hva er en politisk ytring?	59
4.1.2	Hva er en kommersiell ytring?	60
4.1.3	Skillet mellom faktaytringer og verdivurdering	64
4.1.4	Hva er en kunstnerisk ytring?	66
<b>5</b>	<b><u>OPPSUMMERING</u></b>	<b>70</b>
<b>6</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>71</b>
<b>7</b>	<b><u>LOVS- OG KONVENSJONSREGISTER</u></b>	<b>76</b>
<b>8</b>	<b><u>DOMSREGISTER</u></b>	<b>77</b>
<b>8.1</b>	<b>Den europeiske menneskerettighetsdomstol</b>	<b>77</b>
<b>8.2</b>	<b>Den europeiske menneskerettighetskommissjon</b>	<b>80</b>



# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og avgrensning

Temaet for denne avhandlingen er Den europeiske menneskerettighetsdomstols (heretter EMDs eller Domstolens) *streng* prøving av nasjonale forholdsmessighetsvurderinger under nødvendighetskriteriet i artikkel 10 (2) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK eller Konvensjonen).<sup>1</sup>

Nødvendighetskriteriet inneholder flere deler, blant annet et sentralt krav om proporsjonalitet ("the principle of proportionality"). I nær relasjon til dette har vi læren om statenes skjønnsmarginforhold ("margin of appreciation").

Proporsjonalitetsprinsippet går i grove trekk ut på at det nasjonale inngrepet i konvensjonsrettigheten må være proporsjonalt med de(t) legitime formåle myndighetene søker å oppnå ved vedtaket eller handlingen som innebærer inngrep i de ytringer som nyter beskyttelse etter EMK.<sup>2</sup> Dessuten må det foreligge proporsjonalitet mellom individenes rettigheter og samfunnets interesser. I skjønnsmarginen ligger det at visse vurderinger, deriblant vurderinger av om forholdsmessighetskravet er overholdt, i varierende grad overlates til nasjonale myndigheter. Grunnen til dette er blant annet fordi disse i

---

<sup>1</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMK) ble vedtatt 4. november 1950 og trådte i kraft 3. september 1953, etter at ti stater hadde ratifisert den. Nå er den bindende for alle 46 medlemsstater i Europarådet, jf.

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=3/24/2007&CL=ENG> (24. mars 2007) .

<sup>2</sup> Mer om proporsjonalitetsprinsippet og statenes skjønnsmargin se f.eks. Arai-Takahashi 2002, Jacobs and White 2006, s. 232-239, McBride 1999, s. 23-35, Merrills 1993, s. 151-169, Macdonald 1993, s. 83-125, Eissen 1993, s. 125-147, Sørensen 2004, s. 134-196 og Julsrud Jalling 1997, s. 168-179.

utgangspunktet anses for å være bedre egnet til å foreta disse vurderingene enn en internasjonal domstol, på grunn av deres faktiske og juridiske nærhet til saksforholdet. Som Sørensen uttaler det:

”På skjønnsmarginens område prøver Domstolene kriteriene i Konvensjonen fullt ut først når den nasjonale beslutningsprosess har sviktet; i saker der domstolen mener nasjonale myndighetsorganer ikke har gjennomført EMKs rettigheter på en effektiv og tilfredsstillende måte.”<sup>3</sup>

Disse prinsippene for tolkningen av Konvensjonen generelt og nødvendighetskravet spesielt vil stå sentralt i den videre fremstillingen.

De færreste bestemmelser i EMK gir et ubetinget krav på beskyttelse av de private rettighetshavernes interesser. Dersom tre kumulative vilkår er oppfylt, kan staten gjennom sine offentlige myndigheter gripe inn i flere av rettighetene uten at det innebærer noen overskridelse av de grenser EMK setter. Bestemmelsen om ytringsfrihet i EMK artikkel 10 er et eksempel på dette; det fremkommer av ordlyden i artikkel 10 (2):

”1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder

---

<sup>3</sup> Sørensen 2004, s. 135.

or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

Samme mulighet til å ta hensyn til offentlige myndigheters interesser finner vi i artikkel 8 (2), 9 (2) og 11 (2) i samme konvensjon. Lignende rettslige løsninger finnes også i bl.a. artikkel 5 og EMK P1 artikkel 1. For at et myndighetsinngrep skal kunne godtas etter konvensjonen, må det for det første være ”prescribed by law” (”foreskrevet ved lov”). Dette er et uttrykk for legalitetskontroll fra domstolene side. For det annet må inngrepet søke å nå ett eller flere av de legitime formål ved myndighetsadferd som er uttømmende opplistet i artikkel 10 (2). Formålene er vidt formulert.<sup>4</sup> Jørgen Aall omtaler dette som formålmessighetskravet.<sup>5</sup> Fra et domstolsperspektiv kan man dermed si at domstolene må foreta en *formålmessighetskontroll* i tillegg til legalitetskontrollen. Utover dette må domstolene også foreta en *forholdsmessighetskontroll*.

For det tredje må adferd fra offentlige myndigheters side, som griper inn i de interesser som er beskyttet etter EMK artikkel 10, også være å anse som ”necessary in a democratic society” (”nødvendig i et demokratisk samfunn”), for å kunne godtas etter konvensjonen.<sup>6</sup> Proporsjonalitetsvurderingen gjør seg gjeldende i forhold til nødvendighetskriteriet og de opplistede formål. Domstolenes vurdering av om nødvendighetskriteriet er overholdt eller ikke, kan praktiseres på ulike måter, og blir også praktisert på ulikt vis. Noen ganger vil EMD være tilbakeholden med å overprøve nasjonale myndigheters proporsjonalitetsvurdering. Intensiteten beror på en domstolsvurdering, basert på en rekke typemomenter:

”... the scope of the margin under Article 10 cannot be uniformly determined. The determination of margin depends on a number of variables, including the nature of

---

<sup>4</sup> Se f.eks. Jacobs and White 2006, s. 226 flg. og Arai-Takahashi 2006, s. 339 flg.

<sup>5</sup> Aall 2004, s. 129 flg.

<sup>6</sup> Se kapittel 2.3, Jacobs and White 2006, s. 232 flg. og Arai-Takahashi 2006, s. 340 flg.



the legitimate aim pursued, the scope, duration and effect of restricting measures as well as the nature of the expression, be it moral, commercial, artistic or political”.<sup>7</sup>

EMDs prøvingsintensitet og statenes skjønnsmargin avhenger blant annet av hva slags ytringer det er tale om, om ytringen er i rettighetens kjerne, inngrepets art og omfang, hvilket formål inngrepet søker å oppnå og hvorvidt det foreligger en europeisk konsensus omkring det aktuelle spørsmål.<sup>8</sup>

Domstolen har gjennomgående lagt en streng proporsjonalitetsvurdering til grunn ved nasjonale myndigheters inngrep i ytringer av viktighet for demokratiet – politiske ytringer. Temaet for avhandlingen dreier seg om nettopp den strenge proporsjonalitetsvurdering EMD i noen tilfeller foretar under forholdsmessighetsvurderingen, som er innbakt i nødvendighetsvilkåret i EMK artikkel 10 (2). Når prøvingsintensiteten er streng, innsnevres statenes skjønnsmargin. EMDs proporsjonalitetsvurdering blir strengere i den forstand at myndighetenes inngrep blir overprøvd av EMD i større grad enn hva som ville være vanlig.

EMK ble formell norsk lov i 1999 i og med vedtakelsen av menneskerettsloven.<sup>9</sup> I denne avhandlingen vil fokus imidlertid ligge på EMK som folkerettslig traktat, i den forstand at temaet ikke er norske domstolars vurdering av nødvendighetskriteriet, men EMDs håndtering av nasjonale myndigheters proporsjonalitetsvurdering under kriteriet. Jeg velger å legge det folkerettslige perspektiv til grunn da den internasjonale problemstilling som tas opp er av like stor interesse for alle medlemmer av Europarådet. Avhandlingens format tillater ikke også å legge et nasjonalrettslig perspektiv til grunn.

Avhandlingen avgrenses mot statenes positive forpliktelser til å sikre ytringsfriheten etter artikkel 10. Vurderingene av hvorvidt nasjonale myndigheter har gjort nok for å sikre

---

<sup>7</sup> Arai-Takahashi 2002, s. 101.

<sup>8</sup> Se f.eks. Takahashi 2002, s. 15, Sørensen 2004, s. 149-162 og Julsrud Jalling 1997, s. 170-176.

<sup>9</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai nr. 30 1999.

ytringsfriheten beror på vurderinger som kan minne mye om proporsjonalitetsvurderingen. Temaet er likevel et noe annet, og det finnes relativt lite praksis omkring dette.<sup>10</sup>

Det finnes ikke mye norsk litteratur om EMDs prøvingsintensitet av proporsjonalitetsvurderingen under artikkel 10.<sup>11</sup> Det kan derfor være hensiktsmessig med en egen redegjørelse for temaet i en avhandling som denne. En annen av årsakene til temavalget er at proporsjonalitetsvurderingen under nødvendighetskriteriet står svært sentralt i avgjørelsen av en stor del av sakene i EMD. Kunnskap om nødvendighetskriteriet generelt, og EMDs proporsjonalitetsvurderingen spesielt, er videre essensielt for å forstå EMK-retten. Prøvingsintensiteten illustrer den helt grunnleggende spenningen mellom statssuverenitet og hensynet til overnasjonal beskyttelse og et effektivt menneskerettighetsvern. Det er dessuten interessant å se på hvordan Domstolen verdsetter de ulike typer ytringer forskjellig, ved at politiske ytringer synes å nyte en større beskyttelse enn for eksempel kommersielle. Til sist kan det minnes om at ytringsfrihetens rekkevidde i forhold til andre grunnleggende rettigheter og friheter til stadighet tas opp både i nasjonal og internasjonal debatt, noe som gjør denne avhandlingen dagsaktuell.

## 1.2 Avhandlingens metode og kilder

Avhandlingen er deskriptiv. Jeg vil søke å få frem hvordan EMDs strenge prøvingsmodell av proporsjonalitetsvurderingen i nødvendighetskriteriet ser ut rettslig sett, og hvilke momenter som typisk trekker i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering.

Det er ikke nasjonal metode- og rettskildelære som benyttes, men den EMK-rettslige. EMD legger Wienkonvensjonen om traktatretten til grunn.<sup>12</sup> Dette ble uttalt i *Golder mot*

---

<sup>10</sup> Se Mirmotahari 2005, særlig s. 81-83.

<sup>11</sup> Se imidlertid Eggen 2002 og Sørensen 2004.

<sup>12</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties av 23. mai 1969, se spesielt artikkel 31 flg.

*Storbritannia*.<sup>13</sup> I denne avhandlingen velger jeg å ikke redegjøre for EMK-rettslig metode generelt, da dette har blitt gjort inngående av andre.<sup>14</sup> Rettspraksis fra EMD vil naturlig nok stå meget sentralt i denne avhandlingens analyse, selv om konvensjonsteksten er det naturlige utgangspunkt. Praksis som anvendes må sees på som eksempler, og ikke en uttømmende redegjørelse for domstolspraksis omkring avhandlingens tema. Praksis fra Den europeiske menneskerettighetskommisjon (heretter ”Kommisjonen”), som tidligere opererte som et silingsorgan ved siden av Domstolen, trekkes i beskjeden grad frem.<sup>15</sup> EMK-rettslig litteratur, og da først og fremst engelskspråklig, er også en kilde som har blitt benyttet under arbeidet med denne avhandlingen. Jeg har også sett hen til rettspraksis fra USA. EMD har tradisjonelt sett ikke vektlagt annen rettspraksis enn sin egen. Et eksempel på det motsatte finner vi imidlertid i De Meyers dissens i *Groppera Radio AG mot Sveits*.<sup>16</sup> Dessuten har utvilsomt amerikansk rettspraksis om ytringsfriheten vært en inspirasjonskilde i vestlige land.

### 1.3 Den videre fremstilling

Denne avhandlingens hovedfokus knytter seg til EMDs strenge prøvingsintensitet av nasjonal myndigheters proporsjonalitetsvurdering under EMK artikkel 10 (2). Med andre ord er det inngrep i ytringsfriheten som skal behandles. Av den grunn vil jeg i kapittel 2 gi en kort fremstilling av rettigheten det er aktuelt å innskrenke. Her tar jeg også opp visse grunnleggende poenger som hensyn bak vernet av ytringer – herunder demokratihensynet. Dessuten introduseres nødvendighetskriteriet, subsidiaritetsprinsippet og statenes skjønnsmargin, som er av betydning for den videre analysen. Kapittel 3 er avhandlingens

---

<sup>13</sup> *Golder mot Storbritannia* 1975 para. 29.

<sup>14</sup> Se f.eks. Matscher 1993, s. 63-83, Jacobs and White 2006, s. 38-56, Elgesem 2003, Møse 2002, s. 101-103 og Høstmælingen 2003, s. 83-108.

<sup>15</sup> Kommissjonen ble ved EMK tilleggprotokoll (P) 11, som trådte i kraft 1. november 1998, avviklet. Som følge av dette er de funksjoner som tidligere var fordelt på to konvensjonsorganer nå lagt til ett permanent rettslig organ, EMD.

<sup>16</sup> *Groppera Radio AG med flere mot Sveits* 1990.

hovedkapittel. Her beskriver jeg hvordan en streng proporsjonalitetsvurdering uttrykkes av EMD (kapittel 3.1), og gir fremstilling av de momenter som typisk kan tilsi en streng prøving (kapittel 3.2-3.4). De politiske ytringene og demokratihensynet får her en sentral plass. I kapittel 4 gjøres det rede for hvordan EMD kategoriserer ytringer etter tema. Avhandlingens oppsummering finnes i kapittel 5.

## 2 Enkelte grunnleggende utgangspunkter

### 2.1 Ytringer som vernes gjennom artikkel 10

Hvilke ytringer som nyter vern etter Konvensjonen fremgår av ordlyden i artikkel 10 (1):

“Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.”

Uttrykket ”expression” (”ytring”) har gjennomgående blitt underlagt en vid fortolkning av Domstolen. Det kan ikke oppstilles verken form- eller innholdskrav til ytringen for at den skal kunne nyte konvensjonsbeskyttelse. Ytringene kan være skriftlige, muntlige eller stilltiende. Ytringen kan skje gjennom ord, handlinger, musikk, malerier<sup>17</sup>, bøker<sup>18</sup>, filmer<sup>19</sup>, plakater, reklame, osv.

*Handyside mot Storbritannia* gjaldt inndragning av en utfordrende bok, beregnet for skoleungdom. Den omhandlet blant annet seksuelle temaer. Her uttales det at ikke bare informasjon og ideer ”that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter

---

<sup>17</sup> Se f.eks. Müller mot Sveits 1988.

<sup>18</sup> Se f.eks. *Handyside mot Storbritannia* 1976.

<sup>19</sup> Se f.eks. Otto-Preminger Institute mot Østerrike 1994.

of indifference, but also to those that *offend, shock or disturb* the State or any sector of the population” vernes etter bestemmelsen.<sup>20</sup>

En mulig innholdsmessig begrensning kan likevel utledes av artikkel 17. EMD benyttet denne i tolkningen av artikkel 10 (2) i *Lehideux og Isorni mot Frankrike*.<sup>21</sup> Domstolen uttalte her at en *nektelse eller omskrivning av klart etablerte historiske fakta*, så som Holocaust, kan føre til at ytringen faller utenfor bestemmelsens beskyttelse, jf. artikkel 17.<sup>22</sup> Dette kan etter mitt skjønn trekke i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering.

En inngående analyse av hvilke ytringer som nyter vern etter artikkel 10 faller utenfor denne avhandlingens formål.<sup>23</sup>

## 2.2 Hvorfor verne ytringsfriheten? Demokrati som hovedbegrunnelse

Vanligvis anføres tre hovedbegrunnelser for hvorfor ytringsfriheten har menneskerettslig beskyttelse.<sup>24</sup> Disse må en også anta er sentrale begrunnelser for ytringsfriheten i EMK artikkel 10.

---

<sup>20</sup> *Handyside mot Storbritannia* 1976 para. 49, min kursivering. For det samme, se f.eks. *Lingens mot Østerrike* 1986 para. 41, *Jerusalem mot Østerrike* 2001 para. 42 og *Open Door and Dublin Well Woman mot Irland* 1992 para. 71.

<sup>21</sup> *Lehideux og Isorni mot Frankrike* 1998.

<sup>22</sup> Artikkel 17 gir uttrykk for at ingen bestemmelser i EMK skal kunne tolkes slik at det medfører misbruk av noen av de andre rettighetene.

<sup>23</sup> For mer generelt om dette, se Eggen 2002, Barendt 2005, Jacobs and White 2006, s. 317-334, Møse 2002, s. 450-483 og Høstmælingen 2003, s. 249-261.

<sup>24</sup> Se f.eks. Barendt 2005, s. 6-23, Eggen 2002, s. 35-87 og Høstmælingen 2003, s. 250-261.

For det første er ytringsfriheten en forutsetning for demokratiet.<sup>25</sup> For det andre er friheten en forutsetning for de enkelte individers selvrealisering og personlige utvikling – selvutfoldelsesbegrunnelsen.<sup>26</sup> For det tredje anføres det gjerne i teorien at ytringsfriheten er en forutsetning for den dialektiske sannhetssøken.<sup>27</sup> Det å avdekke sannheten og øke individenes innsikt må kunne sies å være et gode i seg selv.<sup>28</sup> Begrunnelsene henger tett sammen. Selvutfoldelsesbegrunnelsen kan f.eks. være vanskelig å skille fra demokratibegrunnelsen. Det er ikke mulig å foreta en fullstendig kategorisering mellom begrunnelsene.

I *United Communist Party of Turkey mot Tyrkia* uttaler EMD at demokratiet er:

”... the only political model contemplated by the Convention, and, accordingly, the only one compatible with it”.<sup>29</sup>

Domstolen anerkjenner altså ikke andre styringsformer for et politisk samfunn på nasjonalnivå enn demokrati. Demokratiets sentrale stilling i menneskerettighetsbeskyttelsen finner vi flere steder i Konvensjonen, selv om den ikke direkte og eksplisitt sikrer demokratiet. Både i fortalen og i nødvendighetskriteriet står demokratiet sentralt som en underliggende verdi.<sup>30</sup> Dessuten er noen av rettighetene, deriblant ytringsfriheten, nødvendige betingelser for et reelt demokrati. I *Lingens mot Østerrike* uttaler EMD at frihet i den politiske debatt er ”at the very core” (”i kjernen”) av

---

<sup>25</sup> Se f.eks. Eggen 2002, s. 55-70, Emberland 2006, s. 39-44, Marks 1995, s. 209 flg. og Wingerei 2003, s. 10-11.

<sup>26</sup> Se f.eks. Eggen 2002, s. 80-87 og Wingerei 2003, s. 11.

<sup>27</sup> Se f.eks. Eggen 2002, s. 37-55, Barendt 2005, s 7-13 og Wingerei 2003, s. 9-10.

<sup>28</sup> Se f.eks. Eggen 2002, s. 37.

<sup>29</sup> *United Communist Party of Turkey med flere mot Tyrkia* 1998 para. 45. Denne saken gjaldt direkte artikkel 11 om forsamlings- og foreningsfriheten. Uttalelsene om demokratiet er imidlertid generelle og må kunne gjøres gjeldende for tolkningen av alle konvensjonsrettighetene og -frihetene.

<sup>30</sup> EMK, fortalens fjerde punkt.

Konvensjonens demokratibegrep.<sup>31</sup> Demokratihensynet står sentralt i denne avhandlingens hovedkapittel.

”Demokrati” har ingen allmenngyldig definisjon. I EMK-retten fremheves det *politiske* demokrati.<sup>32</sup> ”Politisk” er gjennomgående blitt tolket vidt i EMK-retten.<sup>33</sup> Maktfordeling, valgbarhet, stemmerett og avstandtagen fra totalitarisme, er sentrale prinsipper i Konvensjonens demokratibegrep. I *Handyside mot Storbritannia* nevnes ”pluralism, tolerance and broadmindedness” som grunnleggende forutsetninger for demokratiet.<sup>34</sup>

Demokratihensynet tilsier at politiske meningsytringer, i konvensjonens vide forstand, nyter et omfattende konvensjonsvern. Dette kan medføre at Domstolen vil legge til grunn en streng proporsjonalitetsvurdering ved nasjonale myndigheters inngrep i slike ytringer.

Eksempler fra EMD på at ytringsfriheten vernes både av hensyn til demokratiet og selvtvoldelsessynspunktet finnes i *Handyside mot Storbritannia* og *Barthold mot Tyskland*:

”Freedom of expression constitutes one of the *essential foundations of a democratic society* and one of the *basic conditions* for its progress and for the *development of every man and woman.*”<sup>35</sup>

I *Oberschlick mot Østerrike* trekkes også selvtvoldelseshensynet frem:

---

<sup>31</sup> Lingens mot Østerrike 1986 para. 42.

<sup>32</sup> For mer om EMKs liberale og formelle forståelse av demokratibegrepet, se Marks 1995, s. 209 flg.

<sup>33</sup> Se kapittel 3.2 og 4.1.

<sup>34</sup> *Handyside mot Storbritannia* 1976 para. 49.

<sup>35</sup> *Barthold mot Tyskland* 1985 para. 58 og *Handyside mot Storbritannia* 1976 para. 49, min kursivering. Lignende uttalelser finnes eksempelvis i *Lingens mot Østerrike* 1986 para. 41, *Castells mot Spania* 1992 para. 42, *Jersild mot Danmark* 1994 para. 31 og *Goodwin mot Storbritannia* 1996 para. 39.



”The Court recalls that freedom of expression, as secured in paragraph 1 of article 10, constitutes ... one of the *basic conditions ... for each individual’s self-fulfillment.*”<sup>36</sup>

At ytringsfriheten er en grunnleggende forutsetning for individenes selvutfoldelse, taler i seg selv for et effektivt vern, og dermed også en streng proporsjonalitetsvurdering.

Mens argumentet om sannhetssøken ikke er så uttalt i EMDs praksis, legger Domstolen jevnlig og eksplisitt vekt på demokratihensynet og hensynet til individets selvutfoldelse. Det kan likevel ikke utelukkes at EMD implisitt vektlegger hensynet til sannhet. Hensynet til sannhet er sentralt i forhold til skille mellom faktavurderinger og verddivurderinger.<sup>37</sup> Av demokratihensynet og hensynet til individets selvutfoldelse kan praksis tyde på at det er det første som står sterkest. *Müller med flere mot Sveits* kan her tjene som eksempel.<sup>38</sup>

Et fjerde hensyn bak ytringsfriheten kan også trekkes frem: Ytringsfriheten er viktig for muligheten til å ta opp krenkelse av de andre menneskerettighetene. Dette er imidlertid ikke et moment som vanligvis trekkes frem av Domstolen.

## 2.3 Nødvendighetskriteriet

### 2.3.1 Innledning

Ved avgjørelsen av om et inngrep i konvensjonsrettighetene er tillatt, er det som regel nødvendighetskriteriet som er vanskeligst for nasjonale myndigheter å godtgjøre. Tolkningen av hva som er ”nødvendig” illustrerer spenningen mellom individenes rettigheter og de legitime interesser staten kan ha i å innskrenke dem.

---

<sup>36</sup> Oberschlick mot Østerrike 1991 para. 57, min kursivering.

<sup>37</sup> Se kapittel 4.1.3.

<sup>38</sup> Müller med flere mot Sveits 1988. Se kapittel 3.2.5 og 4.1.4.

I *Handyside mot Storbritannia* heter det at det kreves ”a pressing social need” og at innskrenkningen må være ”proportionate to the legitimate aim pursued”, for at nødvendighetskravet skal kunne anses som oppfylt.<sup>39</sup>

EMD uttaler følgende om vurderingen av hvorvidt statene har gått lenger enn hva som kreves etter situasjonen:

”The Court’s supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterizing a ”democratic society”.”<sup>40</sup>

I *Silver med flere mot Storbritannia* uttales følgende grunnleggende betraktninger om nødvendighetskriteriet:<sup>41</sup>

”(a) The adjective ”necessary” is not synonymous with ”indispensable”, neither has it the flexibility of such expressions as ”admissible”, “ordinary”, ”useful”, ”reasonable” or ”desirable”...

(b) The contracting states enjoy a *certain but not unlimited margin of appreciation* in the matter of the imposition of restrictions, but *it is for the Court to give the final ruling* on whether they are compatible with the convention...

(c) The phrase ”necessary in a democratic society” means that, to be compatible with the convention, the interference must, inter alia, correspond to a ”*pressing social need*” and be ”*proportionate to the legitimate aim pursued*”.

---

<sup>39</sup> *Handyside mot Storbritannia* 1976 paras. 48-49.

<sup>40</sup> *ibid.* para. 26. For mer om EMK-rettens demokratibegrep, se kapittel 2.2, med videre henvisninger.

<sup>41</sup> *Silver med flere mot Storbritannia* 1983. For ordens skyld gjøres det oppmerksom på at denne ikke direkte gjaldt artikkel 10, men artikkel 6, 8 og 13. Det som sies om nødvendighetskriteriet er imidlertid generelt, og gjelder likefullt for artikkel 10.

(d) Those paragraphs in the Articles of the Convention which provide for an exception to a right guaranteed are to be *narrowly interpreted*.<sup>42</sup>

Av pkt a) ser vi at ”nødvendig” verken må tolkes for snevert eller for vidt. Statenes begrensede skjønnsmargin, og prinsippet om at Domstolen likevel alltid har det siste ordet, fremgår av b). Testen om at det må foreligge et ”pressing social need” (”tvingende samfunnsmessig behov”), samt kravet til proporsjonalitet mellom mål og middel, som også fremgår av den tidligere dommen *Handyside mot Storbritannia*, uttrykkes i pkt c). Til sist fremkommer utgangspunktet om at inngrepshjemlene i de ulike annet-leddene generelt sett skal tolkes snevert.

### 2.3.2 En tredelt test

EMD har ved flere anledninger sammenfattet det generelle og reelle innholdet i nødvendighetskravet i forhold til artikkel 10. Første gang dette skjedde var i de såkalte ”Spycatcher”-dommene. I disse sakene publiserte klager et utdrag fra boken *Spycatcher*, som en tidligere ansatt ved den britiske sikkerhetstjenesten MI5 hadde skrevet. Britiske domstoler nektet klager å trykke ytterligere utdrag av boken. Det påberopte formål var hensynet til rikets sikkerhet. I *Observer og Guardian mot Storbritannia og Sunday Times (no. 2) mot Storbritannia* uttales følgende:

”... what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was ”*proportionate to the legitimate aim pursued*” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ”*relevant and sufficient*”.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Silver med flere mot Storbritannia 1983 para. 97, min kursivering.

<sup>43</sup> *Observer og Guardian mot Storbritannia* 1991 para. 59 og *Sunday Times mot Storbritannia (no. 2)* 1991 para. 50, min kursivering.

Av dette ser vi at nødvendighetsvurderingen fordrer en proporsjonalitetstest. Dette fremgår også av dommene nevnt i kapittel 2.3.1. Testen presiseres ved at det kreves at begrunnelsen bak inngrepet må være ”relevant” og ”tilstrekkelig”.<sup>44</sup> Ved proporsjonalitetsvurderingen vurderes inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten. Dersom begrunnelsen kan forankres i de påberopte legitime formål, vil den være ”relevant”. For at tilstrekkelighetskravet skal være oppfylt, kreves det at inngrepet må følge av et ”pressing social need” (”tvingende samfunnsmessig behov”).<sup>45</sup>

## 2.4 Subsidiaritetsprinsippet og statlig skjønnsmargin

### 2.4.1 Subsidiaritetsprinsippet

En fundamental problemstilling i forbindelse med EMDs kontroll med nasjonal overholdelse av EMK, er forholdet mellom subsidiaritet og universalitet. Vanligvis anvendes begrepet universalitet om rettsregler som er allmenngyldige, over hele verden. EMK er ingen global, men en regional konvensjon, i motsetning til f.eks. Menneskerettighetserklæringen.<sup>46</sup> Det er dermed noe upresist å bruke uttrykket universalitet i forbindelse med EMK. Likevel anvendes uttrykket i teorien.<sup>47</sup> I denne avhandlingen legges en noe snevrere forståelse av begrepet til grunn, nemlig ”universalitet” innenfor medlemslandene.

---

<sup>44</sup> Se f.eks. Vogt mot Tyskland 1995 para. 52, Handyside mot Storbritannia 1976 para. 50, Barthold mot Tyskland 1985 para. 55, Lingens mot Østerrike 1986 para 40, Müller med flere mot Sveits 1988 para. 32, Hertel mot Sveits 1998 para. 46 og Lehdiux og Isorni mot Frankrike 1998 para. 51.

<sup>45</sup> Se f.eks. Eggen 2002, s. 220.

<sup>46</sup> Universal Declaration of Human Rights av 10. desember 1948.

<sup>47</sup> Se f.eks. Mahoney 1997, s. 364 flg, Bernhardt 1993 og Petzold 1993.

EMD er en subsidiær rettsinstans i forhold til de nasjonale lovgivere, forvaltningsorganer og domstoler.<sup>48</sup> Det er ikke intensjonen med EMK-systemet at EMD skal være en fjerdeinstans, i den forstand at en enkeltsak kan overprøves i fjerde ledd ved å bringe den inn for EMD. Dette er en delbegrunnelse for at statene har blitt tilkjent en skjønnsmargin i forhold til nødvendighetskriteriet.

Subsidiaritetsprinsippet nevnes ikke eksplisitt i Konvensjonen. Av artikkel 1 fremgår det imidlertid at det er medlemsstatene som primært skal sikre rettighetene og frihetene. Det er i utgangspunktet opp til statene hvordan dette gjennomføres i praksis. Artikkel 13, om retten til "effective remedy", kan muligens sies å gi uttrykk for en subsidiaritetstankegang, i og med bestemmelsens krav til de nasjonale rettsmidler. I forlengelsen av dette minnes det om artikkel 35 (1). Her uttrykkes det at nasjonale rettsmidler må være uttømt før saken bringes inn for Domstolen.<sup>49</sup> Rettighetene og frihetene som innrømmes individene i EMK var ikke ment som en erstatning for nasjonale menneskerettighetsbestemmelser, snarere et supplement og sikkerhetsnett.<sup>50</sup>

Subsidiaritetsprinsippet viser seg i praksis på forskjellig vis. Det er i forhold til konvensjonsrettighetenes inngrepsjemerler subsidiaritetstankegangen viser seg klarest, gjennom statenes "margin of appreciation".<sup>51</sup> Skjønnsmarginen er et utslag av, og en naturlig videreføring av subsidiaritetsprinsippet.<sup>52</sup> Det er også i denne konteksten subsidiariteten har betydning for avhandlingens tema – proporsjonalitetsvurderingen. Skjønnsmarginen varierer ut fra en rekke forskjellige typemomenter – de samme typemomenter som gjør seg gjeldende i forhold til proporsjonalitetsvurderingens

---

<sup>48</sup> Dette presiseres bl.a. i *Handyside mot Storbritannia* 1976 para. 48, første avsnitt og *Sunday Times* 1979 para. 59, tredje avsnitt: "the initial responsibility for securing the rights and freedoms enshrined in the Convention lies with the individual Contracting states". Se forøvrig Elgesem 2003, s. 228-229.

<sup>49</sup> Se også *Lavender* 1997, s. 380 flg.

<sup>50</sup> *Petzold* 1993, s. 43.

<sup>51</sup> For nærmere om dette, se *Petzold* 1993 s. 55-59 og kapittel 2.4.2.

<sup>52</sup> *Sørensen* 2004, s. 145.

intensitet.<sup>53</sup> Skjønnsmarginen, her som en naturlig følge av subsidiaritetsprinsippet, medfører en mildere proporsjonalitetsvurdering fra Domstolens side. Eva Brems uttrykker det slik:

”Very few international treaties interfere with the sovereignty of the contracting states to the same extent as the European Human Rights Convention and its protocols. In this perspective, the domestic margin of appreciation is used to counterbalance this interference, returning some control to the national authorities.”<sup>54</sup>

Motsatt kan det sies at subsidiaritetsprinsippet skyves noe i bakgrunnen i de tilfeller hvor Domstolen foretar en intensiv proporsjonalitetskontroll.

#### 2.4.2 Statenes skjønnsmargin

Statenes skjønnsmargin fremgår heller ikke direkte av Konvensjonsteksten. Det er likevel en smakssak om man anser læren som domstolsskapt eller som en indirekte følge av konvensjonsteksten.<sup>55</sup>

I avveiningen mellom konvensjonsvernede rettigheter tilkjennes gjerne staten en vid skjønnsmargin og EMDs proporsjonalitetsvurdering er mindre intensiv.

Subsidiaritetshensynet og demokratihensynet trekker gjerne i retning av en mer omfattende nasjonal skjønnsmargin i disse tilfellene.<sup>56</sup> På den annen side vil hensynet til en effektiv

---

<sup>53</sup> Se kapittel 3.2-3.4.

<sup>54</sup> Brems 1996, s. 298.

<sup>55</sup> Se Sørensen 2004, s. 139. Hutchinson 1999, s. 639 hevder at skjønnsmarginlæren er ”entirely a product of the Strasbourg organs”, mens Mahoney 1998, s. 4 fremhever konvensjonsteksten som lærens primære rettsgrunnlag.

<sup>56</sup> Se f.eks. Sørensen 2004, s. 152.

menneskerettighetsbeskyttelse kunne relativisere marginenes omfang.<sup>57</sup> Rettighetene skal ikke være ”theoretical or illusory”, men ”practical and effective”.<sup>58</sup> Jo viktigere den individuelle rettighet det gripes inn i er for fellesskapet, desto mindre grunn er det til å vise tilbakeholdenhet med prøvingen.<sup>59</sup> I forhold til inngrep i konvensjonsrettigheter og -friheter for å fremme en individuell rettighet eller frihet som *ikke* vernes i EMK, er imidlertid ofte andre hensyn fremtredende. Sørensen hevder at ”subsidiaritetsprinsippet slår ikke til på samme måte, og avveiningene vil sjelden representere ”the foundation of a democratic society”.<sup>60</sup> Hensynet til en effektiv menneskerettighetsbeskyttelse trekker imidlertid i retning av at staten ikke skal tilkjennes en for vid skjønnsmargin, og en strengere proporsjonalitetsvurdering fra EMDs side.

Hvor vid skjønnsmargin statene innrømmes varierer. Skjønnsmarginen er ikke i noen tilfeller ubegrenset, og EMD har uttallige ganger uttalt at

”The domestic margin of appreciation goes... hand in hand with European supervision.”<sup>61</sup>

Første gang skjønnsmarginen eksplisitt ble brukt av Strasbourgorganene var av Kommisjonen i statsklagesaken mellom Hellas og Storbritannia, om forholdende på Kypros.<sup>62</sup> Saken dreide seg imidlertid ikke om skjønnsmarginen i forhold til artikkel 10 (2), men artikkel 15 om derogasjon. Neste gang skjønnsmarginen ble anvendt var også i forhold til art 15, denne gangen i individklagesaken Lawless mot Irland.<sup>63</sup> Tanken om statenes

---

<sup>57</sup> Se f.eks. Sørensen 2004, s. 146. Se forøvrig Zwaak 2006, s. 74-76 for en generell fremstilling av effektivitetsprinsippet.

<sup>58</sup> Airey mot Irland 1979 para. 24.

<sup>59</sup> Se f.eks. Sørensen 2004, s. 152.

<sup>60</sup> *ibid.* s. 152.

<sup>61</sup> Se f.eks. Handyside mot Storbritannia 1976 para. 49, Bladet Tromsø og Stensås mot Norge 1999 para. 58 og Demuth mot Sveits 2002 para. 40.

<sup>62</sup> Hellas mot Storbritannia 1956.

<sup>63</sup> Lawless mot Irland (no. 3) 1961.

skjønnsmargin vant raskt innpass i konvensjonsorganenes vurdering av andre artikler. Siden har skjønnsmarginen blitt anvendt i vidt omfang, spesielt i forhold til nødvendighetsvurderingen i artikkel 8 (2), 9 (2), 10 (2) og 11(2).

Første gang skjønnsmarginen ble anvendt i forhold til artikkel 10 var i *Handyside mot Storbritannia*:

”... Article 10 para. 2... leaves to the Contracting States a margin of appreciation.”<sup>64</sup>

Dessuten uttales det:

”By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as ”necessity” of a ”restriction” or ”penalty” intended to meet them.”<sup>65</sup>

Vi ser at både den geografiske og kunnskapsmessige nærhet kan tilsi en statlig skjønnsmargin, i ulik utstrekning.

#### Forholdet mellom EMDs proporsjonalitetskontroll og den statlige skjønnsmargin

For så vidt gjelder forholdet mellom proporsjonalitetsprinsippet og den statlig skjønnsmargin uttrykker EMK-teoretikere dette på noe forskjellig vis. Arai-Takahashi hevder at proporsjonalitetsprinsippet kan fungere som en motvekt til statens skjønnsmargin, på samme måte som skjønnsmarginen kan virke som en motvekt til en streng proporsjonalitetsvurdering:<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> *Handyside mot Storbritannia* 1976 para. 48, tredje avsnitt.

<sup>65</sup> *ibid.* para. 48, andre avsnitt.

<sup>66</sup> For det samme, se Einersen og Tyge 1991 s. 573 .



”It is possible to consider the application of the proportionality principle as *the other side* of the margin of appreciation. *The more intense the standard of proportionality becomes, the narrower the margin allowed to national authorities*”.<sup>67</sup>

Matscher hevder at proporsjonalitetstesten kan karakteriseres som “corrective and restrictive of the margin of appreciation”.<sup>68</sup> Han mener altså at proporsjonalitetstesten fungerer som en test for å sjekke hvorvidt nasjonale myndigheter har holdt seg innenfor sin skjønnsmargin.

Som ved vurderingen av hvor vid skjønnsmargin statene skal tilkjennes, beror intensiteten av EMDs proporsjonalitetsvurderingen på flere typemomenter. Arai-Takahashi uttrykker det slik:

”There is a *crude dichotomy* between restrained review and assertive scrutiny. A *significant correlation* can be identified between the wide margin and the lax standard or conversely between the narrow margin and the intense proportionality appraisal. *The survey of the case-law reveals that there are a number of prudential rationales operating behind the decisions of the Strasbourg organs in applying the margin of appreciation and the proportionality principle.*”<sup>69</sup>

Av dette fremgår det igjen at det er et forhold mellom proporsjonalitetsvurderingen og statenes skjønnsmargin. Det er ikke nødvendigvis slik at det eneste rette er å se på dem som motsatte størrelser, som det kan synes som Arai-Takahashi og Matscher gjør. Hvordan man ser på dette forholdet er imidlertid mindre interessant i denne avhandlingens sammenheng.

---

<sup>67</sup> Arai-Takahashi 2002, s. 14, min kursivering.

<sup>68</sup> Matscher 1993, s. 79.

<sup>69</sup> Arai-Takahashi 2002, s. 2, min kursivering.

### 3 EMDs strenge prøving av proporsjonalitetsvurderingen

#### 3.1 Hvordan uttrykker EMD den strenge proporsjonalitetsvurderingen?

##### 3.1.1 Innledning

Det anføres, både av Domstolen selv og i teorien, at prøvingsintensiteten i utgangspunktet er streng i forhold til ytringsfriheten, iallfall hvor nasjonale myndigheter gjør inngrep i frihetens kjerne – det politiske demokrati. Generelt sett er prøvingsintensiteten relativ i forhold til inngrep i artikkel 10, som ved flere andre konvensjonsrettigheter. Også i forhold til ytringsfriheten har Domstolen i visse tilfeller innrømmet statene en vid skjønnsmargin, og innsnevret sin mulighet til å overprøve nasjonale proporsjonalitetsvurderinger. Dette har skjedd ved inngrep i kunstneriske og spesielt kommersielle ytringer. Verken den milde, eller ”normale”, prøvingsintensitet – i den grad den kan identifiseres – er det sentrale i denne avhandlingen. Det er likevel nødvendig å forsøke å si noe om disse standardene, for å skape et sammenligningsgrunnlag for den strenge proporsjonalitetsvurderingen.

Strasbourg-organene har anvendt proporsjonalitetsprinsippet i avveiningen mellom individenes rettigheter og generelle samfunnsmessige interesser. EMD uttrykker gjerne at det må være en ”fair balance” mellom individets rettigheter og samfunnets interesser.<sup>70</sup> Domstolen har også anvendt proporsjonalitetsprinsippet i en snevrere og mer konkret forstand, i kraft at det kreves proporsjonalitet mellom statenes inngrep og formålet som søkes nådd.<sup>71</sup> EMD prøver da om det foreligger ”a reasonable relationship of

---

<sup>70</sup> Se f.eks. Stambuk mot Tyskland 2002 para. 52 og Krone Verlag GmbH mot Østerrike 2002 para. 31.

<sup>71</sup> Arai-Takahashi 2002, s. 14.

proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”.<sup>72</sup> Av dette ser vi at proporsjonalitetsvurderingen i denne sammenheng fordrer to tester; en avveining mellom individenes rettigheter og samfunnsinteresser og en avveining mellom mål og middel.

Proporsjonalitetsprinsippet knytter seg til både kravet om legitime formål og nødvendighetskriteriet. Uttrykket ”legitimate aim”, som anvendes relativt ukritisk både av EMD og teoretikerne, fremstår som et noe intetsigende uttrykk. De legitime formål gir i realiteten uttrykk for grensene for hva staten som reguleringsmyndighet kan foreta seg overfor privatpersoner innenfor EMKs rammer, altså de ytre grenser for statens mulighet til å begrense privat autonomi av hensyn til fellesskapet.

### 3.1.2 Uttrykk for en streng proporsjonalitetsvurdering

EMD har gitt ulike uttrykk for hvordan den foretar proporsjonalitetsvurdering ved nasjonale inngrep i ytringsfriheten. Følgende gjennomgang er ikke ment som en uttømmende opplisting av uttrykk EMD gjør bruk av ved en streng proporsjonalitetsvurdering, men er ment som eksempler.

I *Observer og Guardian mot Storbritannia* og *Sunday Times (no. 2) mot Storbritannia* uttaler Domstolen at:

”Freedom of expression, as enshrined in Article 10, is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions *must be convincingly established*.”<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Se f.eks. *Bladet Tromsø og Stensås mot Norge* 1999 para. 57 og *Fressoz og Roire mot Frankrike* 1999 para. 56.

<sup>73</sup> Se *Observer og Guardian mot Storbritannia* 1991 para. 59 og *Sunday Times mot Storbritannia (no. 2)* 1979 para. 50, min kursivering.

Begge sakene gjaldt inngrep i pressefriheten. Som jeg viser senere, er dette et moment som trekker i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering. Uttrykket ”convincingly established” er etter en naturlig språklig forståelse et sterkt uttrykk. Nødvendigheten av inngrepet i ytringsfriheten må være ”overbevisende”. Dette tolker jeg i den retning at det skal mye til for at proporsjonalitetskravet er oppfylt i saker hvor Domstolen anvender denne formuleringen, som den har gjort i en rekke saker.<sup>74</sup> Tendensen er at EMD anvender dette uttrykket dersom den nasjonale myndighetshandlingen griper inn i rettighetens kjerne, nemlig det politiske demokrati. Domstolens vurdering av nasjonale myndigheters håndtering av proporsjonalitetsprinsippet vil da bli intensiv.<sup>75</sup>

Uttrykket ”must be convincingly established” indikerer at Domstolen foretar en substansiell, og ikke bare en formell, proporsjonalitetskontroll. I tillegg til å vurdere hvorvidt nasjonale myndigheter formelt sett har foretatt en proporsjonalitetsvurdering, prøver EMD også om den nasjonale kontrollen er tilfredsstillende. Emberland uttrykker det slik:

”Generally, or at least in the context of political speech, the Court tends to apply a substantive control of domestic authorities’ assessment of ”necessity”. This control implies that the Court oversees the national appreciation of whether the interference was proportionate not only as a matter of principle but also in terms of the effects of the measure as felt by the applicant person. The Court, in other words, carries out an independent international assessment of proportionality of the case as a whole”.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Se f.eks. Handyside mot Storbritannia 1976, Barthold mot Tyskland 1985, Lingens mot Østerrike 1986, Müller med flere mot Sveits 1988, Hertel mot Sveits 1998, Lehideux og Isorni mot Frankrike 1998, Fressoz og Roire mot Frankrike 1999, Nilsen og Johnsen mot Norge 1999, Bladet Tromsø og Stensås mot Norge 2000.

<sup>75</sup> Se kapittel 3.2.2.

<sup>76</sup> Emberland 2006, s. 166, med videre henvisninger.

Domstolen har også valgt andre ord og vendinger for å uttrykke en streng proporsjonalitetsvurdering. I *Tønsbergs blad mot Norge*, uttales det at:

”*The most careful scrutiny* on the part of the Court is called for when, as in the present case, the measures taken or sanctions imposed by the national authority are capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of public concern.”<sup>77</sup>

”The most careful scrutiny” er også et sterkt språklig uttrykk. Hvorvidt uttrykket er sterkere enn ”convincingly established”, og dermed trekker i retning av en enda strengere proporsjonalitetsvurdering, er vanskelig å si noe om ut fra Domstolens argumentasjon. Dommerne i Strasbourg er de eneste som med sikkerhet kan si om de språklige nyansene, innenfor dem som trekker i retning av en streng proporsjonalitetskontroll, har et tilsiktet formål om å si noe om proporsjonalitetsvurderingens strenghet. Det finnes liten eller ingen veiledning fra EMD i forhold til dette spørsmålet.

I *Krone Verlag GmbH mot Østerrike* uttaler Domstolen:

”Any such restrictions must, however, be *closely scrutinised* by the Court.”<sup>78</sup>

Dette kan umiddelbart virke som et noe mildere språklig uttrykk enn ”the most careful scrutiny”. Likevel er det ikke tvilsomt at uttrykket indikerer en streng proporsjonalitetsvurdering.

Et lignende uttrykk for en streng prøving finner vi for eksempel i *Castells mot Frankrike*. Saken gjaldt inngrep i parlamentsmedlemmers ytringsfriheten. Domstolen uttaler at slike

---

<sup>77</sup> Tønsbergs blad og Haukom mot Norge 2007 para. 88, min utheving. For det samme, se Jersild mot Danmark 1994 para. 35 og Bergens Tidende mot Norge 2001 para. 52.

<sup>78</sup> Krone Verlag GmbH mot Østerrike 2004 para. 31, min kursivering.

inngrep:

”... call for *the closest scrutiny* on the part of the Court.”<sup>79</sup>

Igjen ser vi at EMD anvender sterke språklig uttrykk. ”The closest scrutiny” kan oversettes med ”den mest inngående prøving”. Etter en ren ordlydsfortolkning kan det anføres at Domstolen med dette mener å uttrykke at den foretar *den* mest inngående og samvittighetsfulle prøving av statlige proporsjonalitetsvurderinger – strengere enn hvor den anvender andre uttrykk, som f.eks. ”closely scrutinised” eller ”convincingly established”.

I *Falter Zeitschriften GmbH mot Østerrike* uttaler Domstolen at statene har en snever skjønnsmargin i forhold til spørsmål som er av offentlig og politiske interesse:

”... the Court finds that the domestic courts overstepped the *narrow margin of appreciation* accorded to Member States, and that the interference was disproportionate to the aim pursued and thus not ”necessary in a democratic society”.”<sup>80</sup>

Dette er et eksempel på at EMD ikke sier noe eksplisitt om deres prøvingsintensitet av nasjonale proporsjonalitetsvurderinger. Uttalelsen om at det i denne saken tilkjennes nasjonale myndigheter en snever skjønnsmargin, indikerer imidlertid, implisitt, at EMDs proporsjonalitetsvurdering er streng.

I *Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike* faller ytterligere et uttrykk, som etter en naturlig språklig forståelse, skulle tilsi en streng proporsjonalitetsvurdering:

---

<sup>79</sup> Castells mot Frankrike 1992, para. 42 i.f.

<sup>80</sup> Falter Zeitschriften GmbH mot Østerrike 2007 para. 26 jf. para. 23.

”... any interference with an artist's right to such expression *must be examined with particular care*”.<sup>81</sup>

Dissenterende dommer Jörundsson, i *Demuth mot Sveits*, uttrykker også en streng proporsjonalitetskontroll i sitt votum:

”From this perspective, it is necessary to *examine carefully* whether the measure at issue was proportionate to the aim pursued”.<sup>82</sup>

I dette kapittelet har det blitt vist syv eksempler på uttrykk som indikerer en streng overnasjonal prøving av den nasjonale proporsjonalitetsvurdering. Det kan tenkes at valget av uttrykk, innenfor dem som taler for en streng proporsjonalitetskontroll, er gjennomtenkt og gjort med hensikt. Med tanke på den enorme saksmengden EMD til enhver tid må forholde seg til, kan det på imidlertid ikke forventes at EMD benytter nøyaktig de samme ord og vendinger i alle saker hvor kontrollen er streng. Valget mellom uttrykkene *kan* derfor tenkes å være mer tilfeldig. Flere av uttrykkene er språklig sett svært like, selv om nyanseskjeller finnes. En gradering av strenghet mellom disse forskjellige uttrykkene, utover det jeg har antydnet, lar seg vanskelig oppstille. Klargjøring i så måte skjer i liten grad fra Domstolens side.

### 3.1.3 Uttrykk for en mild proporsjonalitetsvurdering

Til sammenligning har Domstolen i andre saker uttrykt seg mer forsiktig i forhold til proporsjonalitetsvurderingens intensitet. Dette gjelder for eksempel i saker hvor den aktuelle ytring kategoriseres som kommersiell. Eksempler på dette finner vi i *markt intern*

---

<sup>81</sup> Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike 2007 para. 33, min kursivering.

<sup>82</sup> Demuth mot Sveits 2002, dissensens åttende avsnitt, min kursivering.

*Verlag GmbH mot Tyskland og Groppera Radio AG mot Sveits*. Her uttales det at inngrepet må være ”... *justifiable in principle and proportionate*...”.<sup>83</sup>

En rent språklig fortolkning av Domstolens utsagn, indikerer en mildere proporsjonalitetsvurdering, enn i de tilfeller hvor domstolen anvender uttrykket ”convincingly established”, ”the closest scrutiny” eller andre nevnt i kapittel 3.1.2. For disse tilfellene kan det hevdes at proporsjonalitetsvurderingen er formell, og ikke substansiell, som i kapittel 3.1.2. I dette ligger det at Domstolen nøyer seg med å prøve hvorvidt nasjonale myndigheter faktisk har vurdert proporsjonaliteten i inngrepet. Domstolen prøver imidlertid ikke hvordan proporsjonalitetsvurderingen er gjort av statene. Calliess uttrykker det på denne måten:

”By way of the principle of proportionality, the Court exercises its scrutiny in a more restrained manner than in other areas inasmuch as it only check whether the national courts have in fact assessed the competing interests in an observable manner. It does not oversee whether the assessment substantively meets the Convention’s requirements.”<sup>84</sup>

”Justifiable in principle and proportionate” kan oppfattes som en noe upresis forkortelse kriteriene ”relevant”, ”sufficient” og ”proportionate to the legitimate aim pursued” som ble uttalt i blant annet *Observer og Guardian mot Storbritannia*.<sup>85</sup> Det må kunne legges til grunn at det noe modifiserte uttrykk for proporsjonalitetsvurderingen er gjort med hensikt. Bakgrunnen kan være at det i saker hvor statenes skjønnsmargin er omfattende kan være på sin plass med noe løsere kriterier ved nødvendighetsvurderingen.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> markt intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mot Tyskland 1989 para. 33 og Groppera Radio AG med flere mot Sveits 1990 para. 72.

<sup>84</sup> Oversettelse til engelsk i Emberland 2006, s. 167, se videre henvisninger.

<sup>85</sup> Se kapittel 2.3.2.

<sup>86</sup> Se f.eks. Eggen 2002, s. 221.



Videre kan det bemerkes at EMD i *markt intern Verlag GmbH mot Tyskland* heller ikke uttrykker at nødvendighetskriteriet innebærer at det må foreligge et "pressing social need", som vi kjenner fra dommer med en intensiv proporsjonalitetskontroll. Dette kan også indikere en noe mildere proporsjonalitetsvurdering fra Domstolens side.

Emberland oppsummerer forskjellen på den formelle og substansielle proporsjonalitetsvurderingen, som Calies trekker ut av *markt intern Verlag GmbH mot Tyskland*, slik:

"The departure from a full-fledged control of the substance of the proportionality between ends and means, and, implicitly, between private and public interests, is therefore the real impact of the markt intern majority's statements of an "essential" margin of appreciation, and the criteria of "principled justifiability" and "reasonableness".<sup>87</sup>

I *X og Scientologikirken mot Sverige*, som gjaldt svenske myndigheters inngrep i et trossamfunns markedsføring og salg av et måleinstrument som angivelig kunne lese folks mentale helse, formulerer Kommissjonen seg på et annet vis, i forhold til hva som kan se ut som en mild proporsjonalitetsvurdering:

"The level of protection must be less (for commercial expression) than that accorded to the expression of "political ideas", in the broadest sense, with which the values underpinning the concept of freedom of expression are chiefly concerned."<sup>88</sup>

At ytringens beskyttelsesnivå må være mindre, trekker i retning av en mildere proporsjonalitetsvurdering i forhold til nasjonale inngrep i den aktuelle ytring.

---

<sup>87</sup> Emberland 2006, s. 167.

<sup>88</sup> X og Scientologikirken mot Sverige (kommisjonsavgjørelse) 1979 para. 73.

### 3.1.4 Uttrykk for en "normal" proporsjonalitetsvurdering?

Over har det blitt vist hvordan Domstolen uttrykker en streng og en mildere prøving av nasjonale proporsjonalitetsvurderinger. Spørsmålet blir etter dette hvordan en "normal" eller "gjennomsnittlig" prøving ser ut, om en slik finnes. Slik jeg tolker EMD, uttrykker den ikke i noen tilfeller eksplisitt at den foretar en "normal" proporsjonalitetsvurdering. EMK-rettslig litteratur beskriver heller ikke, så vidt jeg vet, en slik prøvingsgrad. Det kan synes noe unaturlig å snakke om en gradering mellom en streng og en mild proporsjonalitetsvurdering, når en "normal" prøvingsintensitet aldri uttales. Selv om Domstolen ikke eksplisitt uttrykker hvordan en normal prøvingsintensitet ser ut, må man kunne anta at den i praksis kan foreta slike vurderinger. Domstolen kan tenkes å anvende et uttrykk som tilsier en streng proporsjonalitetsvurdering, mens den i realiteten foretar en prøving som nærmer seg den milde. På samme måte kan det tenkes at Domstolen uttrykker at den skal foreta en mild overprøving, mens den i realiteten ligger tett opp mot den strenge. Det kan også tenkes at den i enkelte tilfeller kan falle ned på en vurdering som verken kan sies å falle inn under normalkriteriene for verken en "streng" eller "mild" vurdering for fremtiden.

En kan stille spørsmålet om en "normal" prøving av proporsjonaliteten ble foretatt av EMD i *Demuth mot Sveits*.<sup>89</sup> Saken gjaldt en sveitsisk TV-kanal som ikke fikk innvilget lisens av myndighetene. Kanalen skulle sende TV-programmer utelukkende om biler, og kunne således fremstå som en tv-kanal som drev reklame for bilbransjen. Domstolen mente at inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn, i artikkel 10 (2)s forstand. Det forelå altså ingen overtredelse av EMK artikkel 10. I dommen uttales det at:

"Where commercial speech is concerned, the standards of scrutiny *may* be less severe."<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Demuth mot Sveits 2002.

<sup>90</sup> *ibid.* para. 42, min kursivering.

Det er her interessant å merke seg at Domstolen ikke uttrykker at prøvingsintensiteten ”should” eller ”must” ”be less severe” ved inngrep i kommersielle ytringer. Dette, sammenholdt med ”may”, som er det relativt forsiktige språklige uttrykk Domstolen anvender, kan tas til inntekt for at det ikke er noen automatikk i at inngrep i kommersielle ytringer nødvendigvis medfører en mild proporsjonalitetsvurdering. Dette er i tråd med det faktum at ytringens tema ikke er det eneste momentet som må tas i betraktning ved avgjørelsen av hvorvidt inngrepet fordrer en streng proporsjonalitetsvurdering.<sup>91</sup>

Samtidig uttaler Domstolen i neste para. at:

*”From this perspective, the Court will carefully examine whether the measure in issue was proportionate to the aim pursued.”<sup>92</sup>*

Domstolen tar her utgangspunkt i det som ble sagt i dommens para. 42, og sier at det fra *dette perspektiv* må foretas en gjennomtenkt prøving av om midlene var proporsjonale med målet. Av dette kan det utledes at selv om proporsjonalitetsvurderingen i mange tilfeller er mild i forhold til inngrep i kommersielle ytringer, vil Domstolen her foreta en gjennomtenkt prøving. Det som kanskje er mest interessant er at Domstolen synes å gi uttrykk for at den vil foreta en *substansiell* proporsjonalitetskontroll, jf. ”... whether the measure in issue was proportionate to the aim pursued”.

Det uttales imidlertid mot slutten av samme avsnitt i dommen at Domstolen nøyer seg med å se på hvorvidt midlene sveitsiske myndigheter tok i bruk var ”justifiable in principle and proportionate”.<sup>93</sup> Dette er en formulering, som vist over, som i andre tilfeller ser ut til å gi uttrykk for en formell – og ikke substansiell – kontroll med nasjonale proporsjonalitetsvurderinger.

---

<sup>91</sup> Se kapittel 3.3 og 3.4.

<sup>92</sup> Demuth mot Sveits 2002 para. 43, min kursivering.

<sup>93</sup> *ibid.* para. 43, i.f.

Etter dette ser vi at Domstolen velger ord og uttrykk som indikerer både en formell og en substansiell proporsjonalitetskontroll. Etter min mening vil en substansiell proporsjonalitetskontroll alltid også føre med seg en formell kontroll, ettersom EMD ikke kan prøve de nasjonale proporsjonalitetsvurderinger uten å samtidig vurdere hvorvidt myndighetene faktisk har vurdert proporsjonaliteten. Hvorvidt Domstolen i denne konkrete saken foretar en substansiell, eller bare en formell proporsjonalitetskontroll, fremgår ikke klart av dommen. Uttalelsen ”the Court should not substitute its own evaluation for that of the national authorities in the instant case, where those authorities, on reasonable grounds, considered the restriction on the applicant’s freedom of expression to be necessary”, kan likevel trekke i retning av at Domstolen har foretatt en mild proporsjonalitetsvurdering.<sup>94</sup>

## 3.2 Betydningen av ytringens tema for proporsjonalitetsvurderingen

### 3.2.1 Innledning

At ytringsfriheten fortjener et omfattende vern under EMK er ikke omstridt. Spørsmålet er imidlertid om alle typer ytringer nyter, eller fortjener å nyte, samme vern. Nyter pornografiske eller kommersielle ytringer vern i like stor grad som f.eks. politiske ytringer, og fortjener de eventuelt det samme vern? I utgangspunktet har utvilsomt politiske ytringer en mer sentral stilling i demokratiet, enn hva pornografiske og til dels kommersielle ytringer har. Etter ordlyden i artikkel 10 (1) er det ”expressions”, herunder ”information and ideas” som vernes. Etter en rent språklig ordlydsfortolkning peker ”information” på utsagn som er objektivt konstaterbare, mens det ikke finnes objektive sannheter om ”ideas”.<sup>95</sup> I kapittelet her diskuterer jeg hvordan Domstolens kategorisering etter tema påvirker proporsjonalitetsvurderingen under nødvendighetskriteriet.

---

<sup>94</sup> Demuth mot Sveits 2002 para. 48.

<sup>95</sup> Se kapittel 4.1.3.

Etter mitt skjønn kan det diskuteres om ytringens beskyttelsesverdi bør begrenses av ytringens tema i seg selv.<sup>96</sup> Med dette mener jeg at enhver ytring i prinsippet har krav på et visst vern. Noen ytringer kan imidlertid, i utgangspunktet, synes mindre beskyttelsesverdige enn andre. Likevel vil en prinsipiell avgrensning av konvensjonsvernet etter ytringens tema være betenkelig, all den tid den konkrete ytring kan være av stor viktighet i et demokratisk samfunn. Praksis fra Domstolen viser med tydelighet at ytringene kategoriseres som f.eks. politiske, kommersielle eller kunstneriske – og at omfanget av Domstolens mulighet for å overprøve nasjonale myndigheters proporsjonalitetsvurdering avhenger av, blant annet, denne kategoriseringen. Som Barendt uttrykker det:

”The weight given to free speech interests and the degree of their protection may vary significantly according to the characterization of the expression as political, commercial, artistic, and so on.”<sup>97</sup>

### 3.2.2 Politiske ytringer

Dommen *Lingens mot Østerrike* er tydelig i forhold til de politiske ytringers viktighet i demokratiet:

”More generally, freedom of political debate is *at the very core* of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention.”<sup>98</sup>

Dette viser at politiske ytringer er kjernen i demokratiet, som Konvensjonen bygger på.

---

<sup>96</sup> For det samme, se Eggen 2002, s 164.

<sup>97</sup> Barendt 2005, s. 157. Se også Eggen 2002, s. 164-165 og Arai-Takahashi 2002, s. 108: ”With respect to the restrictions imposed on dissemination of a commercial nature, the Strasbourg organs tend to broaden the margin of appreciation, relaxing the rigour of proportionality”.

<sup>98</sup> *Lingens mot Østerrike* 1982 para. 42, min kursivering.

*Nilsen og Johnsen mot Norge* kan tas til inntekt for det samme. Av sitatet under ser vi at det er liten adgang til å gjøre inngrep ved de slike ytringer, noe som innebærer en streng proporsjonalitetsvurdering:

“... according to the Strasbourg Court’s case-law, there is *little scope* under Article 10 § 2 of the Convention for *restrictions on political speech or on debate on questions of public debate*.”<sup>99</sup>

Mens det finnes mange eksempler på at EMD uttaler at politiske ytringer er i kjernen av demokratiet, har jeg ikke vært i stand til å finne uttalelser fra Domstolen hvor den *eksplisitt* uttaler at nettopp det faktum at den politiske ytring er sentral i det demokratiske samfunn, tilsier en streng proporsjonalitetsvurdering. Ut i fra formålsbetraktninger tilsier imidlertid sitatene over at inngrep i de politiske ytringer i utgangspunktet må underlegges en streng proporsjonalitetsvurdering, i og med demokratiets grunnleggende betydning i EMK.<sup>100</sup> I teorien sies det gjerne at EMD foretar en mer intensiv proporsjonalitetsvurdering i forhold til visse rettigheter, mens statenes skjønnsmargin er videre i forhold til andre.<sup>101</sup> Dette er lite presist. En bedre tilnærming er å se på hvilke aspekter i rettigheten det er tale om å gjøre inngrep i – om inngrepet skjer i rettighetens kjerne.<sup>102</sup> Det trekker i retning av en snever skjønnsmargin dersom aspektet kan anses som spesielt grunnleggende for demokratiet. Dette medfører at skjønnsmarginen er snever og proporsjonalitetsvurderingen streng i forhold til inngrep i politiske ytringer, som er essensielle i demokratiet.

---

<sup>99</sup> Nilsen og Johnsen mot Norge 1999 para. 46, min kursivering. Se også Wingrove mot Storbritannia 1996 para. 58.

<sup>100</sup> Se kapittel 2.2.

<sup>101</sup> Se f.eks. Møse 2002, s. 100-101 og Høstmælingen 2003, s. 124.

<sup>102</sup> For det samme, Sørensen 2004, s. 153 med videre henvisninger.

### 3.2.3 Kommersielle ytringer og reklame – ”markt intern-standarden”

Det er i dag ikke tvil om at også de kommersielle ytringer i prinsippet har krav på beskyttelse etter artikkel 10.<sup>103</sup> Likevel kan det synes som om slike ytringer i praksis ikke nyter bestemmelsens vern i like stor grad som de politiske. Domstolens prøving av nasjonale myndigheters forholdsmessighet ved inngrep i de politiske ytringer vil gjennomgående være strengere.

Et eksempel på at statene innrømmes en vid skjønnsmargin ved inngrep i kommersielle ytringer finner vi i *markt intern Verlag GmbH mot Tyskland*.<sup>104</sup> Markt intern, ved redaktør Klaus Beerman trykket en artikkel om en sak hvor et engelsk postordrefirma som solgte skjønnsprodukter ikke hadde returnert kjøpssummen til en misfornøyd kunde. Artikkelen oppfordret andre som hadde vært utsatt for det samme om rapportere om dette. Forlaget ble underlagt en midlertidig forføyning, og senere dom, på at de måtte avholde seg for å gjenta slike utsagn. Artikkelen var adressert til en begrenset krets (”addressed to tradespeople”).<sup>105</sup> Flertallet kom til at ytringen var av kommersiell karakter.<sup>106</sup> Domstolen kom, under sterkt dissens, til at nødvendighetskriteriet var oppfylt.<sup>107</sup> Med hensyn til kommersielle forhold og urettferdig konkurranse, mente Domstolens flertall at den burde begrense sin overprøving til hvorvidt de nasjonale midler var ”in principle justifiable and proportionate”, og ikke foreta en streng proporsjonalitetskontroll når nasjonale domstoler ”on reasonable grounds” fant restriksjonene ”necessary”.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> Se f.eks. *Barthold mot Tyskland* 1985 para. 42 og *markt intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mot Tyskland* 1989 para. 26.

<sup>104</sup> *markt intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mot Tyskland* 1989.

<sup>105</sup> *ibid.* para. 26.

<sup>106</sup> *ibid.* para. 26.

<sup>107</sup> Flertallet og mindretallet bestod av ni dommere hver, slik at presidentens dobbeltstemme ble avgjørende.

<sup>108</sup> *markt intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mot Tyskland* 1989 para. 33. For det samme *Jacobowski mot Tyskland* 1994 para. 26.

Domstolen uttaler at den nasjonale skjønnsmargin

”... is essential in commercial matters and, in particular, in an area as complex and fluctuating as that of unfair competition.”<sup>109</sup>

Domstolen ser altså på skjønnsmarginen som *fundamental* i kommersielle forhold generelt, og i komplekse og omskiftende rettsområder som konkurranseretten spesielt. Dette indikerer at skjønnsmarginen er større enn ”normalt”. Grunnen til at Domstolen anser akkurat konkurranseretten som ”complex and fluctuating” uttales ikke eksplisitt. Det forklares heller ikke hvorfor ”complexity” og ”fluctuation” trekker i retning av en spesielt vid skjønnsmargin. Etter mitt skjønn kan årsaken være at momentet indikerer at det er politisk debatt og uenighet omkring temaet.<sup>110</sup> Dette gjør det nærliggende at nasjonale myndigheter tilkjennes en ikke ubetydelig skjønnsmargin.

Som det vil bli vist i kapittel 4.1.2 kan kommersielle ytringer ha politiske overtoner. Spørsmålet blir dermed om det er slik at kommersielle ytringer som har politiske innslag blir underlagt den samme strenge proporsjonalitetsvurdering som ”rene” politiske ytringer. Grensetilfeller bør kunne løses ut i fra en presumsjon om at ytringen er å anse som politisk, iallfall hvis en presumsjon om at ytringen er å anse som kommersiell ville lede til en mildere prøvingsintensitet i inngrep av ytringen.<sup>111</sup>

Avgjørelsen i *markt intern Verlag GmbH mot Tyskland* har i ettertid blitt kritisert i teorien. Arai-Takahashi kritiserer EMD for å foreta en for mild (”lax”) proporsjonalitetsvurdering:

”Such a restrained approach should not reduce the standard of proportionality to the

---

<sup>109</sup> markt intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mot Tyskland 1989 para. 33.

<sup>110</sup> Se også Emberland 2006, s. 186.

<sup>111</sup> Barendt 2005, s. 398.



most lax form, which requires the Strasbourg organs only to verify whether the Member State exercised its discretion "reasonably, carefully and in good faith".<sup>112</sup>

Mindretallet mente også at nasjonale myndigheter i denne saken ble tilkjent en for vid skjønnsmargin. Bakgrunnen for uenigheten er noe uklar. Det kan anføres at mindretallet ikke legger like stor vekt på skillet mellom kommersielle og politiske ytringer, som flertallet gjør. Alternativt kan det også tenkes at mindretallet er uenig i at ytringen er å anse som kommersiell, selv om dette ikke uttales eksplisitt. Kritikken i teorien, og mindretallets syn, har imidlertid ikke vunnet innpass i Domstolen. Den såkalte "markt intern-standarden" har gjennomgående blitt fulgt opp i senere praksis fra EMD.<sup>113</sup> I *Krone Verlag GmbH mot Østerrike (no 3)*, som gjaldt reklamer for egen avis, uttaler EMD:

*"... such a margin of appreciation is particularly essential in the complex and fluctuating area of unfair competition. The same applies to advertising. The Court's task is therefore confined to ascertaining whether the measure taken at national level are justifiable in principle and proportionate".*<sup>114</sup>

Standarden har også blitt anvendt i forhold til kommersiell kringkastning, for eksempel i *Gropper Radio AG mot Sveits* og *Demuth mot Sveits*.<sup>115</sup>

Etterfølgende praksis fra Domstolen viser altså at markt intern-standarden er veletablert i EMK-retten. Arjen Van Rijn oppsummerer det på denne måten:

"Having regard to the Markt Intern Verlag and Klaus Beerman Case, the Casado

---

<sup>112</sup> Arai-Takahashi 2002, s. 109. Se også Lester 1993, s. 478-480 og Eissen 1993, s. 145-146.

<sup>113</sup> Se f.eks., Casado Coca mot Spania 1994 para 50, Jacobowski mot Tyskland 1994 para 26, Hertel mot Sveits 1998 para 47 og Krone Verlag GmbH mot Østerrike (no. 3) 2004 para 30.

<sup>114</sup> Krone Verlag GmbH mot Østerrike (no 3) 2004 para. 30, min kursivering.

<sup>115</sup> Gropper Radio AG mot Sveits 1990 para. 72 og Demuth mot Sveits 2002 para. 41.

Coca Case and the Jacobowksi Case, it may be concluded that *the margin of appreciation of national authorities increases when commercial speech is involved, while the Strasbourg supervision becomes less strict.*<sup>116</sup>

Spørsmålet i dag er ikke om inngrep i kommersielle ytringer er underlagt en mildere proporsjonalitetsvurdering, snarere hvilke ytringer som er å anse som rent kommersielle og hvilke som kategoriseres som politiske.<sup>117</sup>

### ”Profesjonsreklame”

Domstolen anvender betegnelsen ”professional advertising” om reklamering og annonsering fra visse yrkesgrupper, som advokater, leger, veterinærer o.l. Disse ytringene er i utgangspunktet kommersielle. Sammenhengen med reklame for produkter og andre tjenester er nær. Det kan imidlertid argumenteres for at profesjonsreklame er av den mer samfunnsnyttige sorten, og nærmere rettighetens kjerne. Slike ytringer kan være viktigere i demokratiet enn andre former for reklame. Dermed kan det også tenkes at slike ytringer nyter et større vern, ved at nasjonale inngrep fordrer en strengere proporsjonalitetsvurdering fra EMDs side.

I utgangspunktet kan det se ut som domstolspraksis gir uttrykk for en mild proporsjonalitetsvurdering, og en vid statlig skjønnsmargin ved inngrep i ”professional advertising”, som ved andre kommersielle ytringer. *Casado Coca mot Spania* er illustrerende. Saken gjaldt spanske inngrep i en advokats annonsering for sin egen virksomhet.

”Because of their direct, continuous contact with their members, *the Bar authorities and the country’s courts are in a better position than an international court to determine how, at a given time, the right balance can be struck between the various*

---

<sup>116</sup> van Rijn 2006, s. 801, min kursivering.

<sup>117</sup> Se kapittel 4.

interests involved, namely the requirements of the proper administration of justice, the dignity of the profession, the right of everyone to receive information about legal assistance and affording members of the Bar the possibility of advertising their practices.”<sup>118</sup>

Det kan synes som Domstolen gjør unntak fra utgangspunktet om en mild proporsjonalitetsvurdering, og vid statlig skjønnsmargin, i to typetilfeller. Det som sies i det følgende må kunne gjøres gjeldende for inngrep både i profesjonsreklame, og andre kommersielle ytringer med politiske overtoner.

For det første kan det spores en intensiv proporsjonalitetsvurdering ”where interfering measures cause deterring repercussions for the pursuit of professional activities”.<sup>119</sup> Dette innebærer at et hensyn som typisk trekker i retning av en strengere proporsjonalitetsvurdering, nemlig hensynet til andres rettigheter og omdømme, trekkes inn i vurderingen. Et eksempel på dette finner vi i *Barthold mot Tyskland*, hvor Domstolen mente at formålet med ytringen ikke var det kommersielle, men å rette fokus mot et (påstått) reelt problem innen en profesjon. EMD la stor vekt på det Arai-Takahashi omtaler som ”the chilling effect doctrine” ved proporsjonalitetsvurderingen av inngrepet. Denne doktrinen innebærer at Domstolen ikke tillater innskrenkninger i ytringsfriheten som kan medføre at personer som havner i lignende situasjoner ikke utøver sin ytringsfrihet, av frykt for konsekvensene. Domstolen mente at tyske myndigheters håndtering av saken kan medføre en risiko for

”... *discouraging members of the liberal professions from contributing to public debate* on topics affecting the life of the community if ever there is the slightest likelihood of their utterances being treated as entailing, to some degree, an advertising effect”.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> Casado Coca mot Spania 1994 para. 55, min kursivering.

<sup>119</sup> Arai-Takahashi 2002, s. 110.

<sup>120</sup> Barthold mot Tyskland 1985 para. 58, fjerde avsnitt, min kursivering.

For det andre er proporsjonalitetsvurderingen gjerne streng dersom den kommersielle ytring kan sies å bidra til den offentlige debatt omkring et tema som har alminnelig interesse i et demokratisk samfunn. I dette ligger det at ytringen i så fall har politiske overtoner.<sup>121</sup> Ytringen vil dermed være verdifull ut i fra demokratibegrunnelsen. *Hertel mot Sveits* er her et eksempel. Klager ble her nektet å trykke sine synspunkter mikrobølgeovners negative innvirkning på helsen. Sveitsiske myndigheter mente at klagers ytringer ville medføre en urettferdig konkurranse i næringslivet. Dette var altså ikke tale om inngrep i profesjonsreklame, men en annen ytring, som i utgangspunktet er kommersiell. EMD fant inngrepet ikke proporsjonalt.<sup>122</sup> Etter å ha omtalt den såkalte marked intern-standarden, uttaler Domstolen at:

”It is however necessary to *reduce the extent of the margin of appreciation* when what is at stake is not a given individual’s purely “commercial” statements, but his *participation in a debate affecting the general interest*, for example, over public health; in the instant case, it cannot be denied that such a debate existed.”<sup>123</sup>

Av sitatet fremgår det at den statlige skjønnsmargin må reduseres, og proporsjonalitetskontrollen intensiveres, når ytringen ikke er rent kommersiell, men også gir et bidrag i en offentlig debatt av generell interesse.<sup>124</sup>

### 3.2.4 Pressefrihet og kildebeskyttelse

I likhet med hva praksis indikerer i forhold til prøvingsintensiteten ved inngrep i politiske ytringer, er inngrep i pressefriheten og kildebeskyttelsen gjennomgående underlagt en streng proporsjonalitetsvurdering. Dette gir en konsekvent praksis uttrykk for, noe som

---

<sup>121</sup> Se kapittel 4.

<sup>122</sup> Hertel mot Sveits 1998.

<sup>123</sup> *ibid.* para. 47.

<sup>124</sup> Hertel mot Sveits 1998 omtales videre i kapittel 4.

belyses i dette kapitlet.<sup>125</sup> Bakgrunnen for den strenge prøvingsintensitet er den avgjørende posisjon pressen har i et demokratisk samfunn. Pressen gir publikum informasjon og ideer, og er med det medvirkende til at individene kan delta i det politiske demokrati, som opplyste individer. Pressen bidrar på en måte som gjør at individene kan mene noe om politikerne og deres holdninger. Som det uttales i *Linges mot Østerrike*:

”Freedom of the press furthermore affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders.”<sup>126</sup>

*Observer og Guardian mot Storbritannia* gjaldt også pressefrihetens vern etter artikkel 10. Domstolen uttaler her at:

”... the danger inherent in prior restraints are such that they call for *the most careful scrutiny* on the part of the Court. This *especially so as far as the press is concerned*, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest.”<sup>127</sup>

Domstolen uttrykker her eksplisitt at inngrep i pressefriheten underlegges en streng prøving. Uttrykk som vanligvis indikerer en streng og substansiell proporsjonalitetsvurdering - ”the most careful scrutiny” – anvendes.<sup>128</sup> En delbegrunnelse for den strenge prøving er at pressens ytringer har liten verdi dersom de ikke er dagsaktuelle. Selv kortvarige publiseringsforbud kan skade nyhetens verdi betraktelig. Dette momentet bør etter mitt skjønn veie enda tyngre i dag, enn på den nevnte dommens

---

<sup>125</sup> Se også Takahashi 2002, s. 127: ”The consistent policy of the Strasbourg organs is to provide the press with the widest scope of protection, tightly adjusting the scope of national margin in the assessment of its restrictions”.

<sup>126</sup> *Linges mot Østerrike* 1986 para. 42. For det samme, se *Castells mot Spania* 1992 para. 43.

<sup>127</sup> *Observer og Guardian mot Storbritannia* 1991 para. 60, min kursivering.

<sup>128</sup> Se kapittel 3.1.2.

tidspunkt. I dag er Internett en viktig nyhetskilde. Nyhetene er tilgjengelige straks etter de har skjedd. Det finnes dessuten TV-kanaler med nyhetssendinger døgnet rundt. Kortvarige inngrep i ytringen vil dermed være enda mer skadelig enn tidligere.

Pressen yter også bidrag i det demokratiske samfunn i den forstand at den gjør allmennheten i stand til å gjøre seg opp meninger om samfunnsproblemer av allmenn interesse.

I *Tønsbergs Blad mot Norge* uttales det at:

*”The most careful scrutiny on the part of the Court is called for when, as in the present case, the measures taken or sanctions imposed by the national authority are capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of public concern.”*<sup>129</sup>

EMD trekker her frem den potensielle avskrekkende virkning et inngrep i ytringsfriheten kan ha for andre potensielle ytrere. Det er dette Arai-Takahashi omtaler som ”the chilling effect”. I dette konkrete tilfellet innebærer det en streng prøving av proporsjonaliteten, da inngrep kan føre til at den øvrige presse vegrer seg for å delta i en debatt av generell samfunnsmessig interesse.

Likevel må det ikke tapes av syne at også journalister har ”duties and responsibilities”, jf. artikkel 10 (1). Pressefrihetens bredde kan begrenses med hensyn til nasjonal sikkerhet, beskyttelsen av domstolens autoritet og upartiskhet eller andre legitime formål. Viktig i denne sammenheng er imidlertid pressens funksjon som ”public watchdog” (”offentlig vaktbikkje”). Pressens primære samfunnsoppgave er å informere publikum om ”matters of

---

<sup>129</sup> Se *Tønsbergs blad og Haukom mot Norge* 2007 para. 88, min utheving. For det samme, se *Jersild mot Danmark* 1994 para. 35 og *Bergens Tidende mot Norge* 2001 para. 52.

public interest”.<sup>130</sup> Pressen er med på å opplyse individene, og er dermed en bidragsyter til den offentlige debatt. Den har også en kontrollerende funksjon ovenfor myndighetene, ved at pressen informerer allmennheten om myndighetshandlinger.

Den strenge proporsjonalitetsvurdering i forhold til inngrep i pressefriheten skjer på forskjellig vis. Den såkalte ”chilling effect doctrine” anvendes i større grad i denne konteksten enn i andre saker om inngrep i ytringsfriheten.<sup>131</sup> Dessuten argumenteres det i praksis i tråd med hva Arai-Takahashi omtaler som ”the less restrictive alternative doctrine”, som innebærer at en streng bevisbyrde for nasjonale myndigheter, som må vise at tilstrekkelige (”sufficient”) grunner for inngrepet foreligger.<sup>132</sup>

Et spørsmål som er nærliggende å reise i denne sammenheng er hvorvidt ytringer i pressen alltid samtidig vil være en ”politisk” ytring, i Konvensjonens vide forstand. Uten en fullstendig gjennomgang av domstolspraksis er det vanskelig å konkludere med det ene eller det andre. *Markt intern Verlag GmbH mot Tyskland* trekker imidlertid i retning av at spørsmålet må besvares benektende.

### Kildebeskyttelse

I nær sammenheng med pressefriheten er prinsippet om kildebeskyttelse. Med dette mener jeg her at pressen ikke har plikt til å tilkjennegi hvem som er kildene til deres reportasjer. Kildebeskyttelse er dermed en form for negativ ytringsfrihet – en rett til å forholde seg taus. Dette kan sees på som en forutsetning for en omfattende pressefrihet. En plikt til å

---

<sup>130</sup> Se f.eks. *Sunday Times mot Storbritannia* 1979 para. 65, *Sunday Times mot Storbritannia* (no. 2) 1991 para. 50, *Goodwin mot Storbritannia* 1996 para. 39 og *Tønsbergs Blad og Haukom mot Norge* 2007 para. 102.

<sup>131</sup> Se f.eks. *Bladet Tromsø og Stensås mot Norge* 1999 para. 64 og *Goodwin mot Storbritannia* 1996 para. 39

<sup>132</sup> Så vidt meg kjent anvender ikke EMD eksplisitt begrepet ”the less restrictive alternative doctrine”. Likevel kan Takahashis pedagogiske begrepsbruk forsvares ut fra Domstolens argumentasjon. Tridimas kaller begrepet ”the least restrictive alternative test”, Tridimas 1999, s. 68.

opplyse om sine kilder kan medføre en ”chilling effect”, som kan medføre at pressen ikke ville være i stand til å fylle sin rolle som ”public watchdog”. Kilder og informanter vil i noen tilfeller vegre seg for å informere pressen, dersom de ikke sikres anonymitet.

Et eksempel på Konvensjonens beskyttelse av pressens kilder finnes i *Goodwin mot Storbritannia*.<sup>133</sup> Journalisten Goodwin ønsket å trykke en artikkel om de økonomiske vansker selskapet Tetra slet med. Bakgrunnsopplysningene for artikkelen fikk journalisten fra en kilde som ønsket å være anonym. Kilden hadde stjålet informasjonen, uten at Goodwin kunne være klar over dette. Journalisten fikk forbud mot å trykke artikkelen om forholdet i selskapet, i tillegg til å bli ilagt bot. Goodwin fikk også et krav mot seg om å tilkjennegi kilden, slik at Tetra kunne gå til sak mot vedkommende. Domstolen fant, med elleve mot syv stemmer, at inngrepet var i strid med EMK. Flertallet uttaler at:

”Protection of journalistic sources is *one of the basic conditions for press freedom...*”.<sup>134</sup>

At kildebeskyttelsen er en grunnleggende forutsetning for pressefriheten, som igjen er helt sentral i det demokratiske samfunn, tilsier en streng proporsjonalitetsvurdering fra EMDs side. Gjennomgangen av dommen viser også at Domstolens proporsjonalitetskontroll er streng.

EMD trekker fram den potensielle ”chilling effect” et krav om avsløring av kilder kan medføre:

”Having regard to the importance of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially *chilling effect* an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with

---

<sup>133</sup> Goodwin mot Storbritannia 1996.

<sup>134</sup> *ibid.* para. 39, min kursivering. Se også lignende uttalelse i Barendt 2005, s. 440.



Article 10... unless it is *justified by an overriding requirement in the public interest.*<sup>135</sup>

Her ser vi at det må sterke grunner til for å gjøre lovlige inngrep i kildebeskyttelsen. Det taler dermed for en streng proporsjonalitetsvurdering fra Domstolens side, dersom nasjonale myndigheter har gjort inngrep i pressefriheten, gjennom å kreve at journalisten må tilkjenne gi sin kilde.

Statenes skjønnsmargin blir snevret inn, som følge av demokratiets interesser i en vid pressefrihet:

”In the present context... *the national margin of appreciation is circumscribed by the interest of democratic society in ensuring and maintaining the free press.*”<sup>136</sup>

Videre presiseres det i forhold til proporsjonalitetsvurderingen at:

”... limitations on the confidentiality of journalistic sources call for *the most careful scrutiny* by the Court”.<sup>137</sup>

Mindretallet ønsket å tilkjenne de britiske myndigheter en videre skjønnsmargin, og mente på denne bakgrunn at inngrepet var ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

---

<sup>135</sup> Goodwin mot Storbritannia 1996 para. 39, siste setning, min kursivering.

<sup>136</sup> *ibid.* para. 40, min kursivering.

<sup>137</sup> *ibid.* para. 40, min kursivering.

### 3.2.5 Kunstneriske ytringer

Ytringer av kunstnerisk innhold nyter i følge Eggen et relativt sterkt vern, men kanskje ikke like sterkt som politiske. Eggen begrunner dette i deres nære forankring i det andre hovedhensyn bak artikkel 10, selvtfoldelseshensynet.<sup>138</sup>

I *Müller mot Sveits* stilte kunstneren Müller ut bilder med seksualitet som gjennomgående tema.<sup>139</sup> Bildene skildret blant annet seksuelle handlinger mellom menn og dyr. Kunstverkene var tilgjengelige for alle, ettersom det ikke var aldersgrense eller adgangsbetaling på utstillingen. Det var heller ingen form for varsling om hva som ventet de besøkende. Sveitsiske myndigheter konfiskerte bildene og bøtela Müller. Domstolen uttalte at det ikke er tvilsomt at også kunstneriske ytringer vernes av artikkel 10. De legitime formål som ble påberopt var beskyttelsen av ”morals and the rights of others”. I en sak som denne, som gjaldt det kunstneriske uttrykk, kunne det kanskje være nærliggende å anta at Domstolen ville legge stor vekt på individenes selvtfoldelse og selvrealisering som grunnlag for ytringens verdi, i tråd med de tradisjonelle begrunnelser for ytringsfrihetens vern. Domstolen nevner ytringsfriheten som en ”basic condition... for the self-fulfilment of the individual”.<sup>140</sup>

EMD legger imidlertid, også i denne saken, vekt på ytringens bidrag i demokratiet:

”Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a *democratic society*.”<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Eggen 2002, s. 232.

<sup>139</sup> Müller med flere mot Sveits 1988.

<sup>140</sup> *ibid.* para. 33.

<sup>141</sup> *ibid.* para. 33, min kursivering. Hvorvidt EMD vektlegger selvtfoldelseshensynet eller demokratihensynet sterkest er vanskelig å si noe sikkert om. Hensynene kan gli over i hverandre. Det kan synes som at Eggen mener at EMD legger sterkest vekt på demokratihensynet, jf. Eggen 2002, s. 85.

I og med at det påberopte formål var knyttet til moral, tilkjente Domstolen de sveitsiske myndigheter en vid skjønnsmargin:

*”Today, as at the time of the Handyside judgment... it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken of the requirements of morals varies from time to time and for place to place, especially in our era, characterised as it is by a far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the ”necessity” of a ”restriction” or ”penalty” intended to meet them.”<sup>142</sup>*

Av dette ser vi at en vid skjønnsmargin og en mild proporsjonalitetsvurdering, delvis ble begrunnet i det faktum at det ikke finnes noen felles europeisk allmenmoral.<sup>143</sup> Dermed var de sveitsiske myndigheters nærhet til de lokale forhold av betydning for proporsjonalitetsvurderingens intensitet. Domstolen foretok ingen inngående proporsjonalitetsvurdering. Flertallet kom til at de sveitsiske myndigheter hadde holdt seg innenfor sin skjønnsmargin, og at det dermed ikke forelå noen brudd med artikkel 10.

Videre kan det bemerkes at Domstolen delte opp vurderingen i forhold til reaksjonene mot klager, nemlig bot og konfiskasjon. Det kan synes som at Domstolen foretar en noe mer inngående proporsjonalitetsvurdering i forhold til konfiskasjonen, ved at det vurderes hvorvidt formålet kunne nåes ved mindre inngripende tiltak overfor kunstneren. Bakgrunnen for dette kan være at EMD ser på konfiskasjonen som mer inngripende enn boten. Inngrepets art og omfang – intensitet – er et moment som kan trekke i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering.<sup>144</sup> Domstolen kom imidlertid til at inngrepet var

---

<sup>142</sup> Müller med flere mot Sveits 1998 para. 35, min kursivering.

<sup>143</sup> Se kapittel 3.4.2.

<sup>144</sup> Se kapittel 3.4.3.

proporsjonalt. Inngrepet hadde kanskje ikke blitt vurdert proporsjonalt om nasjonale myndigheter hadde valgt å tilintetgjøre bildene, som var et alternativ etter nasjonal lovgivning.<sup>145</sup>

Mindretallet, ved dommer Spielmann, synes å mene at flertallet innrømte sveitsiske myndigheter en for vid skjønnsmargin.

Det kan spørres om Domstolen ville foretatt en strengere proporsjonalitetsvurdering dersom ytringens tema hadde blitt vurdert som mer politisk, mens det legitime formål fortsatt var å beskytte allmenmoralen. Situasjonen ville da være at et typemoment – at det var tale om en politisk ytring – ville trekke i retning av en intensiv proporsjonalitetsvurdering, mens det legitime formål – allmenmoralen – ville trekke i motsatt retning.<sup>146</sup>

### 3.3 Betydningen av inngrepets formål for proporsjonalitetsvurderingen

#### 3.3.1 Innledning

EMK artikkel 10 (2) lister uttømmende opp en rekke legitime formål, som kan begrunne inngrep i ytringsfriheten. Formålene formuleres slik:

”... in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of

---

<sup>145</sup> Arai-Takahashi 2002, s. 103 og 207, er ikke enig i at inngrepet var proporsjonalt. Han mener at den riktige løsning, jf. hans ”less restrictive alternative doctrine”, ville vært å holde utstilling mer lukket på et annet sted.

<sup>146</sup> Skillet mellom politiske og kunstneriske ytringer diskuteres videre i kapittel 4.1.4.

information received in confidence, or maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

Vi ser at formålene er mange og vidt formulerte. Praksis fra Strasbourg-organene viser at dersom inngrepet begrunnes i visse formål taler dette for en streng proporsjonalitetsvurdering, mens andre formål trekker i retningen av en videre statlig skjønnsmargin. Bakgrunnen for skillet må kunne sies å være at Domstolen føler seg mer kompetent til å foreta en inngående prøving hvor juridiske hensyn begrunner inngrepet. Dessuten erkjenner Domstolen at nasjonale myndigheter i mange tilfeller har bedre faktakunnskap om forhold innenfor de nasjonale grenser enn hva de internasjonale dommere i Strasbourg har, og dermed er bedre egnet til å forestå prøvingen. EMD føler seg ikke like kompetent hvor nasjonale myndigheter påberoper seg politiske, sikkerhetsmessige<sup>147</sup> eller moralske<sup>148</sup> hensyn som begrunnelse for inngrepet.<sup>149</sup>

Begrunnelsen for en mild proporsjonalitetsvurdering i forhold til moralthensyn er til dels store forskjeller, både over tid og mellom medlemsstatene, i synet på moralspørsmål, og da spesielt spørsmål knyttet til religion. Dette i motsetning til ”the protection of the reputation or rights of others” (”beskyttelse av andres omdømme og rettigheter”)<sup>150</sup> eller ”for maintaining the authority and impartiality of the judiciary” (”oppretholdelse av den dømmende makts myndighet og upartiskhet”).<sup>151</sup>

---

<sup>147</sup> Se f.eks. *Observer og Guardian mot Storbritannia* 1991.

<sup>148</sup> Se *Handyside mot Storbritannia* 1976, *Müller med flere mot Sveits* 1998 para. 35 og *Wingrove mot Storbritannia* 1996 para. 58.

<sup>149</sup> For det samme, se *Eggen* 2002, s. 235.

<sup>150</sup> Se f.eks. *Lingens mot Østerrike* 1986, *Oberslick mot Østerrike* 1991 og *Schwabe mot Østerrike* 1992, hvor nasjonale myndigheter tilkjennes en liten skjønnsmargin og proporsjonalitetsvurderingen er streng.

<sup>151</sup> Se f.eks. *Sunday Times mot Storbritannia* 1979.

### 3.3.2 Beskyttelse av andres omdømme og rettigheter

Praksis fra Domstolen viser at inngrep i ytringsfriheten med det formål å beskytte andres omdømme og rettigheter, til dels er underlagt en streng prøving fra Strasbourg-organene. Analyser av praksis viser at proporsjonalitetsvurderingens intensitet avhenger av hvem sitt omdømme eller hvem sin rettighet det er tale om å beskytte gjennom inngrepet.

I forhold til inngrep i ytringer som kan være skadelige for dommers omdømme, har statene blitt tilkjent en relativt vid skjønnsmargin, slik at Domstolens proporsjonalitetsvurdering ikke har vært utpreget intensiv.<sup>152</sup>

Inngrep i ytringer som kan være skadelig for politiets eller politikeres omdømme eller rettigheter, underlegges gjerne en strengere proporsjonalitetsvurdering fra EMDs side.

I *Thorgeirson mot Island* påstod klageren brudd på både artikkel 6 om rettferdig rettergang, og artikkel 10 om ytringsfriheten.<sup>153</sup> Thorgeirson skrev to artikler om politibrutalitet og vold på Island. Artikkelen var kritisk til politiets til tider voldsomme opptreden, og ikke minst til det faktum at det var politiet selv som etterforsket saker relatert politivold. Det påberopte formål for inngrepet i ytringsfriheten var vernet om andres – politiets – omdømme.

Domstolen uttalte at den ikke skiller mellom rent politiske ytringer og andre ytringer av ”public interest”.<sup>154</sup> EMD mente videre at det å avkreve Thorgeirson for beviser for hans uttalelser var ”an unreasonable, if not impossible task”, ettersom ytringene, etter Domstolens skjønn, bar preg av å være verdivurderinger.<sup>155</sup> EMD mente at Thorgeirsons artikkel tok opp ”a matter of serious public concern”, og at hans hensikt ikke var å sverte

---

<sup>152</sup> For mer om dette, se Arai-Takahashi 2002, s. 116 flg. For et eksempel se Barfod mot Danmark 1989.

<sup>153</sup> Thorgeir Thorgeirson mot Island 1992.

<sup>154</sup> *ibid.* para. 64.

<sup>155</sup> *ibid.* para. 65 i.f. For mer om skillet mellom verdivurderinger og faktaytringer, se kapittel 4.1.3.

politiets omdømme, snarere å få et uavhengig organ til å etterforske politivoldssaker. Den islandske domfellelsen var ”capable of discouraging open discussion in matters of public concern”.<sup>156</sup> Dette trekker, som vist tidligere, i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering av EMD. Domstolen konkluderer åtte mot én med at islandske myndigheters begrunnelse for inngrepet ikke viser at inngrepet var proporsjonalt med formålet.<sup>157</sup>

Arai-Takahashi sammenfatter domstolens proporsjonalitetsvurdering i forhold til inngrep i ytringer som kan skade politiets og politikeres omdømme slik:

”The assessment of proportionality tends to be carried out with close regard to the ”purpose and impact” of the expression. Strict scrutiny may also be evidenced by an occasional willingness to impose on national authorities a burden of proof, requiring them to adduce convincing reasons warranting the existence of a ”pressing social need” or the reasonable balance between competing interests.”<sup>158</sup>

Ved avgjørelsen av om statene har gått lenger enn den nasjonale skjønnsmargin tillater i forhold til inngrep i ytringer mot politikere, trekker Arai-Takahashi frem tre grunnleggende prinsipper.<sup>159</sup> For det første viser en etablert praksis fra EMD at politikere må tåle mer kritikk enn privatpersoner, da politikere frivillig har inntatt en funksjon som alltid er under vurdering fra publikum og pressen.<sup>160</sup> Arai-Takahashi omtaler dette som ”the public-figures doctrine”. Denne doktrinen indikerer en streng proporsjonalitetsvurdering fra EMDs side. I tråd med *Castells mot Spania* anfører han videre at regjeringsmedlemmer må tåle enda mer

---

<sup>156</sup> Thorgeir Thorgeirson mot Island 1992 para. 68.

<sup>157</sup> Den islandske dommer dissenterte.

<sup>158</sup> Arai-Takahashi 2002, s. 120-121.

<sup>159</sup> *ibid.* s. 121.

<sup>160</sup> Se f.eks. Oberschlick mot Østerrike 1991 paras. 57-59 og Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs og Gubi mot Østerrike 1994 para. 37.

enn opposisjonen.

”The limits of permissible criticism are wider with regard to the Government than in relation to a private citizen, or even a politician.”<sup>161</sup>

Dette indikerer av en enda strengere proporsjonalitetsvurdering fra EMDs side.

Ofte er det slik at de kritiske ytringer mot politikere kommer fra pressen. Som tidligere vist har pressen en grunnleggende funksjon som ”public watchdog” i det demokratiske samfunn. Dette trekker i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering. Til sist trekker Arai-Takahashi fram det han omtaler som ”the chilling effect doctrine”, som et argument for en streng proporsjonalitetsvurdering ved inngrep i pressens ytringer som kan skade politikeres omdømme og rettigheter.

Ytringer mot andre statsansatte eller privatpersoner kan ikke begrunnes like sterkt i demokratihensynet. Praksis fra EMD viser at inngrep i slike ytringer ikke underlegges en like streng proporsjonalitetsvurdering.

Jeg har nå vist hvordan potensielt krenkende ytringer *mot* politi og politikere er underlagt en streng proporsjonalitetsvurdering. Praksis fra Domstolen viser at også statlige inngrep i ytringer *fra* disse gruppene fordrer en streng proporsjonalitetsvurdering.<sup>162</sup> Også her er hovedbegrunnelsen ytringenes essensielle funksjon i det demokratiske samfunn.

En interessant dom i forhold til inngrep i ytringer begrunnet i ”the rights of others” finnes i *Krone Verlag GmbH mot Østerrike (no 3)*.<sup>163</sup> Saken gjaldt en avis som reklamerte for sitt

---

<sup>161</sup> Castells mot Spania 1992 para. 46, andre avsnitt.

<sup>162</sup> Se f.eks. Lingens mot Østerrike 1986 para. 43, Oberschlick mot Østerrike 1991 para. 59, Nilsen og Johnsen mot Norge 1999 para. 52, tredje avsnitt, Castells mot Spania 1992 para. 42 og Piermont mot Frankrike 1995 para. 76.

<sup>163</sup> *Krone Verlag GmbH & Co KG mot Østerrike (no 3)* 2004.



eget produkt. Ifølge annonsen var Neue Kronenzeitung ”the best”. Avisen fikk forbud mot å kalle en annen lokalavis, Salzburger Nachrichten, ”expensive”, uten at de innholdsmessige forskjellene i avisene ble presentert for leserne. I vurderingen av om forholdsmessighetskravet var overholdt i denne saken, uttalte Domstolen først det generelle prinsipp om at EMDs oppgave ved inngrep i kommersielle ytringer og reklame er å påse hvorvidt inngrepet er ”justifiable in principle and proportionate”.<sup>164</sup> Dette er et utsagn som har blitt brukt når Domstolen foretar en formell proporsjonalitetskontroll.<sup>165</sup> Deretter ble det uttalt at:

”Any such restrictions must, however, be *closely scrutinised* by the Court”<sup>166</sup>

Grunnen til at Domstolen i dette tilfellet likevel foretok en streng og substansiell proporsjonalitetsvurdering er grunnet i at inngrepets formål var ”the rights of others”. Dermed bekrefter denne saken at vurderingen av om nasjonale proporsjonalitetsvurderinger er mildt eller strengt overprøvd beror på flere ting enn ytringens tema. I dette konkrete tilfellet legger Domstolen større vekt på inngrepets formål, andres rettigheter, fremfor ytringens tema.

For en mer utførlig analyse av betydningen av hvem som blir kritisert og den kritisertes egen person, vises det til annen litteratur.<sup>167</sup>

### 3.3.3 Opprettholdelse av den dømmende makts myndighet og upartiskhet

Dersom inngrepet i ytringsfriheten er gjort med begrunnelse i opprettholdelsen av den dømmende makts myndighet og upartiskhet har EMD gjennomgående tilkjent statene en

---

<sup>164</sup> Krone Verlag GmbH & Co KG mot Østerrike (no 3) 2004 para. 30.

<sup>165</sup> Se kapittel 3.1.3.

<sup>166</sup> Krone Verlag GmbH & Co KG mot Østerrike (no 3) 2004 para. 31, min kursivering.

<sup>167</sup> Se f.eks. Eggen 2002, s. 775-799.

liten skjønnsmargin og selv foretatt en streng proporsjonalitetsvurdering. Begrunnelsen for dette er dels begrepets objektivitet, og dels hensynet til rettsenhet. ”Like nærliggende som europeisk rettsenhet synes det å være at hensynet til demokrati ikke tilsier tilbakeholdenhet, samt at ”rule of law” tilsier en inngående prøving”.<sup>168</sup> ”Rule of law” – rettsstatsprinsippet – er en ytterligere grunnverdi i EMK-retten, i tillegg til det politiske demokrati, i følge Konvensjonens fortale.

I *Sunday Times mot Storbritannia* mente klager at det var et ulovlig inngrep at avisen ble nektet å kommentere en sak av offentlig interesse. Begrunnelsen for inngrepet fra myndighetene i Storbritannia var ”the authority of the judiciary”. EMD uttaler at:

”The domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of *common ground* in this area... Accordingly, here a more *extensive European supervision* corresponds to a *less discretionary power of appreciation*.”<sup>169</sup>

Her ser vi at konsensussynspunktet trekkes frem, som en begrunnelse på en strengere prøvingsintensitet fra Domstolens side.<sup>170</sup> I tillegg trekkes det frem at ”the authority of the judiciary” er et objektivt begrep, noe EMD føler seg mer skikket til å prøve, enn f.eks. moralspørsmålene som var aktuelle i *Handyside mot Storbritannia*. Videre kan det bemerkes at også en annen vesentlig faktor trakk i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering – nemlig pressefriheten.<sup>171</sup> Det gjøres oppmerksom på at dommen ble avsagt under dissens.

---

<sup>168</sup> Sørensen 2004, s. 150.

<sup>169</sup> *Sunday Times mot Storbritannia* 1979 para. 59, sjette avsnitt.

<sup>170</sup> Se kapittel 3.4.2.

<sup>171</sup> Se kapittel 3.2.4.

## 3.4 Andre variabler som kan tilsi en streng proporsjonalitetsvurdering

### 3.4.1 Innledning

I kapittel 3.2 og 3.3 har jeg gjennomgått momenter av stor betydning for EMDs strenge proporsjonalitetsvurdering. I det følgende diskuteres kort andre momenter som kan trekke i retning av en streng proporsjonalitetskontroll. Gjennomgangen tar ikke sikte på å være uttømmende.

### 3.4.2 Europeisk konsensus

Tidligere har jeg pekt på hvordan Domstolen vektlegger hvorvidt det foreligger en europeisk konsensus på det aktuelle spørsmål, i forbindelse med hvor streng proporsjonalitetsvurdering foretar.<sup>172</sup> Dette kan fortjene nærmere omtale.

Dersom et nasjonalt tiltak som griper inn i ytringsfriheten ikke finnes i andre medlemsland, er dette et moment som *kan* tilsi at tiltaket ikke er i samsvar med konvensjonen. Dette trekker igjen i retning av en snever statlig skjønnsmargin og en strengere proporsjonalitetsvurdering fra EMDs side.<sup>173</sup> Da konvensjonen ikke krever absolutt uniformitet, må imidlertid betydningen av konsensusmomentet ikke overdrives. Dette gir f.eks. *Sunday Times mot Storbritannia* uttrykk for:

”The Court cannot hold that the injunction was not ”necessary” simply because it could or would not have been granted under a different legal system.”<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> Se kapittel 3.3.3.

<sup>173</sup> For det samme, se Sørensen 2004, s. 159.

<sup>174</sup> *Sunday Times mot Storbritannia* 1979 para. 61.

Siden et av konvensjonens hovedformål er å bidra til utviklingen av felleseuropeiske normer, er det naturlig at felles europeisk praksis vektlegges. Det vil imidlertid "sjelden, eller aldri, foreligge fullstendig "rettsenhet"". <sup>175</sup> Det er dermed mer presist å si at det dreier seg om et spørsmål om *graden* av rettsenhet. Graden av rettsenhet er ikke en objektiv sannhet som kan konstateres. Dette illustreres i *Sunday Times mot Storbritannia*. <sup>176</sup> Flertallet på elleve dommere mente at det forelå høy grad av rettsenhet i forhold til innholdet av "authority and impartiality of the judiciary". Mindretallet på ni var ikke enig i dette.

Det kan spørres om hvorvidt rettsenhetsmetoden er en god metode. <sup>177</sup> Individet kan ha et beskyttelsesbehov, selv om det er høy grad av konsensus om det motsatte. Effektivitetshensynet, prinsippet om "rule of law" (rettsstatsprinsippet) og demokratihensynet, kan tilsi andre løsninger enn hensynet til konsensus. <sup>178</sup>

### 3.4.3 Inngrepets intensitet

Einersen og Trier hevder at en inngripende sanksjon mot ytringen er et tungtveiende argument for en snever skjønnsmargin. <sup>179</sup> Det følger i og for seg direkte av proporsjonalitetsprinsippet natur at særlig tungtveiende grunner må foreligge, for at et intensivt inngrep skal være rettmessig. Statenes skjønnsmargin innsnevres da samtidig.

Et eksempel på dette finner vi i *Sunday Times mot Storbritannia*:

---

<sup>175</sup> Sørensen 2004, s. 159.

<sup>176</sup> *Sunday Times mot Storbritannia* 1979.

<sup>177</sup> For det samme, se Sørensen 2004, s. 160.

<sup>178</sup> Einersen og Trier 1991, s. 586 flg. synes også kritisk til en for sterk vektlegging av konsensusmomentet. For det samme, se Julsrud Jalling 1997, s. 179.

<sup>179</sup> Einersen og Trier 1991, s. 586.

”The injunction, in the form ordered by the House of Lords, was not directed against the draft Sunday Times article alone... The applicants allege that it also prevented them from passing the results of their research to certain Government committees and to a Member of Parliament and from continuing their research, delayed plans for publishing a book and debarred the editor of The Sunday Times from commenting on the matter or replying to criticism aimed at him. In fact, the injunction was couched in terms wide enough to cover such items; *its very breadth calls for a particularly close scrutiny of its "necessity"*. ”<sup>180</sup>

Eggen hevder at etterfølgende domstolspraksis viser at en streng reaksjon i forhold til en ytring ikke tillegges særlig stor selvstendig vekt i EMDs proporsjonalitetsvurdering, men at det kan fungere som et tilleggsargument.<sup>181</sup> Det kan imidlertid virke som momentet ble tillagt betydelig vekt i *Marônek mot Slovakia*:<sup>182</sup>

”Furthermore, and most importantly, the Court finds a *disparity* between the measures complained of and the behaviour they intended to rectify. In particular, *the reasons invoked by the domestic courts do not appear sufficiently convincing to justify the relatively high amount of compensation awarded to the claimants.*”<sup>183</sup>

Dette sitatet kan tas til inntekt for at størrelsen på erstatningssummen var et avgjørende moment for at artikkel 10 var krenket.

Et annet eksempel finnes i *Skalka mot Polen*.<sup>184</sup> De aktuelle ytringer gjaldt kross kritikk av polske domstoler og dommere. Klageren ble dømt til åtte måneders fengsel. EMD kom til

---

<sup>180</sup> Sunday Times mot Storbritannia 1979 para. 63, første avsnitt, min kursivering.

<sup>181</sup> Eggen 2002, s. 481-482.

<sup>182</sup> Marônek mot Slovakia 2001.

<sup>183</sup> *ibid.* para. 58.

<sup>184</sup> Skalka mot Polen 2003.

at inngrepet ikke var proporsjonalt, og vektla det strenge reaksjonen klagerens ytring ble møtt med:

“It is the Court's assessment that the sentence of eight months' imprisonment was disproportionately severe... In the Court's view, the *severity of the punishment applied in this case exceeded the seriousness of the offence.*”<sup>185</sup>

Praksis fra Domstolen viser at en *mild* sanksjon ovenfor ytringer i beskjeden grad vektlegges ved EMDs proporsjonalitetsvurdering, slik at statene ikke tilkjennes en videre skjønnsmargin av denne grunn.<sup>186</sup>

#### 3.4.4 Prinsippet om en dynamisk tolkningsstil

EMD opererer med en dynamisk tolkningsstil. Dette innebærer at rettighetene må tolkes i lys av den generelle samfunnsutvikling i medlemslandene.<sup>187</sup> Ordlyden er som nevnt utgangspunktet for tolkningen, og setter visse grenser for *hvor* evolutiv tolkningen kan være.

En naturlig følge av dette er at en ytring som i dag kategoriseres som kommersiell eller kunstnerisk, ikke nødvendigvis vil vurderes som dette i fremtiden. Dette igjen innebærer at inngrep i slike ytringer, som i dag er underlagt en mild proporsjonalitetsvurdering, i fremtiden kan fordre en strengere proporsjonalitetstest.<sup>188</sup>

Samfunnsutviklingen kan også gjøre seg gjeldende i relasjon til de legitime formål. Det er

---

<sup>185</sup> Skalka mot Polen 2003 paras. 41-42.

<sup>186</sup> For det samme, se Eggen 2002, s. 480.

<sup>187</sup> Prinsippet ble for første gang klart uttrykt i Tyrer mot Storbritannia 1978.

<sup>188</sup> Se f.eks. Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike 2007, som omtales i kapittel 4.1.4.

ikke usannsynlig at f.eks. *Handyside mot Storbritannia* i dag ville fått en annen løsning, nettopp på grunn av samfunnsutviklingen i forhold seksualspørsmål.

#### 3.4.5 Betydningen av hvem som foretar inngrepet i ytringsfriheten

Emberland uttrykker at hvor EMD støtter seg til ”democratic processes... an application of this argument... tends to result in a wider domestic margin of appreciation, with regard to the ”democratic necessity” of an interference”.<sup>189</sup> Her trekkes altså demokratihensynet fram som et argument for en videre statlig skjønnsmargin. Jo nærmere de folkevalgte det nasjonale inngrep skjer, desto mer tilbakeholden vil EMD være i forhold til proporsjonalitetskontrollen, på bakgrunn av nettopp demokratihensynet.

Proporsjonalitetsvurderingen kan være strengere ved inngrep gjort av domstolene, i og med at dommere ikke er valgt, og dermed ikke har samme demokratiske legitimitet som de folkevalgte politikere. Marks forklarer den mildere prøvingsintensitet i forhold til inngrep i kommersielle ytringer med at disse ikke er like viktige for demokratiet.<sup>190</sup> Poengene uttales ikke, så vidt meg kjent, eksplisitt av Domstolen. Det kan likevel tenkes at EMD tar det i betraktning, ut fra en formålsbetraktning.

---

<sup>189</sup> Emberland 2006, s. 187, med videre henvisninger.

<sup>190</sup> Marks 1996, s. 233.

## 4 Hvordan kategoriserer EMD ytringer etter tema?

### 4.1 Politiske og ikke-politiske ytringer

#### 4.1.1 Hva er en politisk ytring?

I kapittel 3.2.2 ble det vist hvordan EMD ofte foretar en streng proporsjonalitetsvurdering ved inngrep i såkalte politiske ytringer. I forlengelsen av dette må det spørres om hva som skal til for at en ytring skal anses som politisk, og hvorfor visse ytringer ikke fortjener denne statusen. Det er ikke mulig, ut fra praksis fra Strasbourg-organene, å gi en uttømmende definisjon av hva som skal til for at ytringen skal bli kategorisert som ”politisk”. Det er imidlertid for snevert å begrense begrepet til ytringer som kan påvirke valg eller regjeringens virke og styre. Praksis fra Domstolen viser at politisk har blitt tolket vidt. Som Barendt sier det:

”Political speech refers to *all speech relevant to the development of public opinion on the whole range of issues witch an intelligent citizen think about*”.<sup>191</sup>

Et eksempel på dette finner vi i *Lingens mot Østerrike*:

”Whilst the press must not overstep the bounds set, inter alia, for ”the protection of the reputation of others”, it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas on *political issues just as on those in other areas of public interest*.”<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> Barendt 2005, s. 162, min kursivering.

<sup>192</sup> Lingens mot Østerrike 1986 para. 41, min kursivering.



Ytringer som bidrar i den generelle samfunnsdebatt regnes som en ”politisk” ytring, mens ytringer som først og fremst omhandler private økonomiske interesser, ikke kan anses som politiske.

Et ytterligere prinsipp for å skille de politiske fra kommersielle ytringer finner vi i skillet mellom såkalte ”faktaytringer”, som er objektivt verifiserbare, og ”verdivurderinger”, hvis sannhet ikke kan bevises.<sup>193</sup> Som et utgangspunkt her kan det sies at de politiske ytringer ofte er å anse som verdivurderinger, og at inngrep i slike ytringer underlegges en streng proporsjonalitetsvurdering fra Domstolens side.

#### 4.1.2 Hva er en kommersiell ytring?

Det ble i kapittel 3.2.3 vist at dersom en ytring kategoriseres som kommersiell, trekkes dette i retning av en mild proporsjonalitetsvurdering fra Domstolens side.

Er det slik at man i praksis kan skille kommersielle ytringer fra politiske? Noen teoretikere argumenterer for at kommersielle ytringer må nyte samme vern som politiske.<sup>194</sup> Barendt mener det ikke bør være vanskeligere å skille mellom politiske og kommersielle ytringer, enn mellom politiske ytringer og hardporno.<sup>195</sup> Slik jeg ser det er ikke avgrensningen så enkel som Barendt synes å gi uttrykk for. At Barendts syn er noe forenklet kan det for så vidt også se ut som praksis fra EMD gir uttrykk for. I flere saker har det vært dissens, med uenighet om hvorvidt ytringen er å anse som kommersiell eller (delvis) politisk.<sup>196</sup> En

---

<sup>193</sup> Se kapittel 4.1.3.

<sup>194</sup> Barendt 2005, s. 394, med videre henvisninger.

<sup>195</sup> *ibid.* s. 398 andre avsnitt: ”Courts should not find it any harder to identify commercial speech, or to differentiate it from political or social discourse, than they do to reach similar decisions in other contexts such as hardcore pornography.”

<sup>196</sup> *Markt intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mot Tyskland 1989 og Demuth mot Sveits 2002* er to illustrerende dommer. Selv om det i førstnevnte dom ikke sies eksplisitt at det er her uenighet mellom mindretallet og flertallet ligger, kan det argumenteres for at det er dette som er realiteten.

ytring som i hovedsak er kommersiell kan ha politiske innslag, i ordets vide forstand. Motsatt kan en politisk ytring delvis være kommersiell. Kommersielle ytringer kan ha stor betydning for samfunnet, og være like viktige som den mest dagsaktuelle politiske debatt. Et uttrykk for dette finnes i en dom fra USAs Supreme Court:

”The consumer’s interest in the free flow of commercial information may be as keen, if not keener by far, than his interest in the day’s most urgent political debate.”<sup>197</sup>

I *Demuth mot Sveits* kom flertallet (6-1) til at det var snakk om kommersielle ytringer, og at sveitsiske myndigheter ikke hadde handlet i strid med artikkel 10.<sup>198</sup> Den dissenterende dommer Jörundsson var imidlertid av en annen oppfatning i forhold til ytringens tema. Jörundsson argumenterer for at ytringene det er tale om *ikke* er rent kommersielle, men at ytringene var av:

”... *general and public interest* and would have contributed to the ongoing, general debate on the various aspects of a motorised society”.<sup>199</sup>

Av denne grunn ønsker Jörundsson seg en mer inngående proporsjonalitetsvurdering, da det er:

”necessary to *reduce the extent of the margin of appreciation* pertaining to the national authorities, since what was at stake was *not* merely a given individual’s purely ”commercial” interests, but his participation in a *ongoing debate* affecting the *general interest*.”<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> Virginia State Board of Pharmacy mot Virginia Citizens Consumer Council, 425 US S. Ct. 748, s. 763 (1976).

<sup>198</sup> Demuth mot Sveits 2002, se også kapittel 3.2.3.

<sup>199</sup> Demuth mot Sveits 2002, dissensens sjette avsnitt, i.f.

<sup>200</sup> *ibid.* dissensens syvende avsnitt.

Grunnleggende saker fra EMD viser at en ytring ikke kan karakteriseres som kommersiell, når den er av ”significant public interest”.<sup>201</sup> I ”public interest” ligger det at ytringen må være av interesse for offentligheten. Det kan ikke kreves at ytringen har interesse for alle og enhver, men det vil neppe være tilstrekkelig at kun noen ganske få har interesse av den. Ordet ”significant” kan trekke i retning av at ytringen må ha en viss viktighet for den frie idé- og meningsutveksling.

I *Barthold mot Tyskland* publiserte Hamburger Abendblad en artikkel som omhandlet viktigheten av døgnåpne veterinærklinikker.<sup>202</sup> Klager drev selv en døgnåpen klinikk, og reportasjen var fra nettopp denne klinikken. Kolleger reagerte da de mente at artikkelen var reklame i strid med veterinærforningens vedtekter. Kollegene reiste søksmål. Saken endte i en midlertidig forøyning hvor klager ble ilagt mulig fengsels- og bøteansvar. Selv om artikkelen ga klager en viss publisitet, og slik sett kunne sees på som reklamering, var ikke dette, etter Domstolens skjønn, klagers hensikt:

”... in the particular circumstances this effect proved to be altogether *secondary* having regard to the *principal* content of the article and to the nature of the issue being put to the public at large”.<sup>203</sup>

Flertallet kom etter dette til at inngrepet i ytringsfriheten ikke var proporsjonalt i forhold til de legitime formål som ble søkt nådd, og dermed ikke ”necessary in a democratic society”.<sup>204</sup>

I *VgT Verein gegen Tierfabriken mot Sveits*, hvor spørsmålet var om det var i strid med artikkel 10 å nekte en reklamefilm fordi den hadde et politisk innhold, definerer Domstolen

---

<sup>201</sup> Barendt 2005, s. 397.

<sup>202</sup> *Barthold mot Tyskland* 1985.

<sup>203</sup> *ibid.* para. 58, min kursivering.

<sup>204</sup> *ibid.* para. 59.

kommersielle ytringer:

”In the Court’s opinion the commercial indubitably fell outside *the regular commercial context inciting the public to purchase a particular product*. Rather... the commercial reflected controversial opinions pertaining to modern society in general and also lying at the heart of the various political debates.”<sup>205</sup>

Sitatet ovenfor tilsier at to vilkår må være oppfylt for at en ytring skal kunne anses som kommersiell. For det første må det være snakk om en ”kommersiell kontekst”. For det andre må hensikten med ytringen være å få forbrukere til å kjøpe et bestemt produkt, og dermed ha et profittmål.

Dommen *Hertel mot Sveits* er også av interesse her. Siden ytringene gjaldt en pågående debatt om mikrobølgeovns innvirkning på helsen, var saken etter EMDs oppfatning ”substantially different from ... markt intern” og det var derfor ”necessary to reduce the extent of the margin of appreciation” i forhold til hva situasjonen var i markt intern Verlag GmbH mot Tyskland og *Jacobowski mot Tyskland*.<sup>206</sup>

Barthold- og Hertel-sakene viser at inngrep i ytringer, som i utgangspunktet er å anse som kommersielle, likevel blir underlagt en streng proporsjonalitetsvurdering. Grunnen til dette er at ytringene gir ett bidrag til den offentlige debatt, og dermed faller innenfor Domstolens vide definisjon av ”politiske” ytringer. Ytringenes betydning i det demokratiske samfunn veier med andre ord tyngre enn det faktum at det i utgangspunktet er tale om ytringer av en kommersiell karakter.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> VgT Verein gegen Tierfabriken mot Sveits 2001 para. 57, min kursivering.

<sup>206</sup> Hertel mot Sveits 1998 para. 47. Dette uttrykkes også i VgT Verein gegen Tierfabriken mot Sveits 2001 paras. 69-71.

<sup>207</sup> For det samme, se *Stambuk mot Tyskland* 2002 para. 49.

### 4.1.3 Skillet mellom faktaytringer og verdivurdering

Domstolen har i sin praksis trukket et markert skille mellom ”value judgments” (”verdivurderinger”) og ”statements of fact” (”faktaytringer”). Skillet har nær sammenheng med det såkalte sannhetsprinsippet, som ble berørt i avhandlingens kapittel 2.2. Dette prinsippet forutsetter at ytringer som er gjenstand for fortolkning – verdivurderinger – fortjener et særlig vern i artikkel 10, ettersom deres sannhet ikke lar seg bevise.<sup>208</sup> Dessuten kan man gjennom slike verdivurderinger og meningsutvekslinger nå frem til en overordnet sannhet. Politiske ytringer vil normalt, men ikke alltid, være verdivurderinger. Dersom nasjonale myndigheter krever bevis for slike ytringer, vil dette innebære et brudd med artikkel 10.<sup>209</sup> Likevel er det ikke slik at enhver ytring kan forsvares, selv om det er tale om verdivurderinger. Også slike ytringer krever, i det minste ”a slim factual basis”.<sup>210</sup> Her er det opp til EMD å foreta en proporsjonalitetsvurdering.

Det er ikke mulig å bevise faktautsagns sannhet. På denne bakgrunn kan det, for eksempel av hensyn til andres omdømme eller rettigheter, være rimelig av nasjonale myndigheter å kreve sannhetsbevis for slike ytringer.<sup>211</sup> Motsatt bør også individet gis anledning til å føre slike sannhetsbevis. Prinsippene om at faktautsagn må bevises kan ikke gjelde fullt ut i forhold til pressen.<sup>212</sup>

---

<sup>208</sup> Se f.eks. Wingerei 2003, s. 9.

<sup>209</sup> Se f.eks. Lingens mot Østerrike 1986 para. 46, Obershelick mot Østerrike 1991 para. 63 og Ukrainian Media Group mot Ukraina 2005.

<sup>210</sup> Se Jacobs and White 2006, s. 326. Se også Dichand med flere mot Østerrike 2002 para. 52 og Vides Aizsardzibas Klubs mot Latvia 2004 para. 43.

<sup>211</sup> McVicar mot Storbritannia 2002 para. 87.

<sup>212</sup> Kapittel 3.2.4.

Kommersielle ytringer vil som regel være verifiserbare. De er faktautsagn, og har en objektiv sannhet som kan etterprøves. Av denne grunn ikke nyter den samme beskyttelse som verdipregede politiske utsagn.<sup>213</sup>

Barendt uttrykker det slik:

*”The Court gives greater protection to value judgements than to factual allegations... Not only is it wrong to expect a defendant to justify a value judgment, it seems that the Court may not require him to show more than a sufficient or some bases of fact to support the comment.”*<sup>214</sup>

Det er EMD som avgjør om en ytring er en ”value judgment” eller ”a statement of fact”. Domstolen foretar her en fullstendig prøving, uavhengig av hva de nasjonale myndigheter må ha kommet til. Hvorvidt en ytring er basert på fakta eller verdivurderinger er et vanskelig spørsmål. Dette illustrer *Pedersen og Baadsgard mot Danmark*.<sup>215</sup> Her ble det laget to TV-program omhandlende en person dømt for drap. Programmene var svært kritiske til det danske politiet. Et vitne som hadde et påstått alibi for den dømte dansken ble ignorert av politiet. Pedersen og Baadsgard viste et bilde av en polititjenestemann og stilte en rekke retoriske spørsmål. Ni av 17 dommere i EMD mente at disse spørsmålene innebar faktaytringer – som klagerne ikke hadde klart å bevise. På den andre side mente mindretallet på åtte at det her var tale om verdivurderinger og provoserende hypoteser, som hadde et tilstrekkelig faktagrunnlag.

At domstolspraksis viser at det innad i Domstolen kan være uenighet om ytringen er en verdivurdering eller en faktaytring medfører samtidig en uenighet om hvor streng proporsjonalitetsvurderingen skal være.

---

<sup>213</sup> Se f.eks. Eggen 2002, s. 53 og Wingerei 2003, s. 10, med videre henvisninger.

<sup>214</sup> Barendt 2005, s. 224.

<sup>215</sup> Pedersen og Baadsgard mot Danmark 2004.

#### 4.1.4 Hva er en kunstnerisk ytring?

I den tidligere nevnte dommen *Müller mot Sveits* så vi at de kunstneriske ytringer ikke ble vurdert som politiske. De ble dermed heller ikke underlagt den strenge proporsjonalitetsvurdering vi kjenner fra nasjonale inngrep i slike ytringer.<sup>216</sup> Et spørsmål som kan stilles er om det er gitt at en kunstnerisk ytring ikke kan ha sterke politiske innslag. Hvis ytringen har slike innslag, vil det være et moment som trekker i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering fra Domstolens side. Samtidig som andre momenter, som for eksempel moralthensyn, som var tilfellet i *Müller mot Sveits*, kan trekke i retningen av en mildere proporsjonalitetsvurdering.

I kapittel 4.1.2 ble det vist at det kan være problematisk å trekke sterke skillelinjer mellom kommersielle og politiske ytringer. Etter mitt skjønn er heller ikke skillet mellom politiske og kunstneriske ytringer åpenbart. Det samme gjelder for så vidt også skillet mellom kommersielle og kunstneriske ytringer, men skillet har ikke like stor betydning her, i og med at ingen av disse typene ytringer i utpreget grad fordrer en intensiv proporsjonalitetskontroll. Det samme kan forøvrig sies om skillet mellom kunstneriske og pornografiske ytringer.

Etter min mening kan kunstnere gjennom sitt virke uttrykke seg politisk, i konvensjonens vide forstand. En interessant dom i denne forbindelse finnes i *Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike*.<sup>217</sup> Denne saken gjaldt en samtidskunstutstilling. Et stort maleri av Otto Mühl, "Apocalypse", viste seksuelle handlinger mellom en rekke kjente personligheter, blant andre politikerne Jörg Haider, Meischberger og historiske skikkelser. Meischberger gikk til rettslige skritt mot kunstutstillingen. Resultatet etter behandlingen i de Østerrikske domstoler ble at det aktuelle bildet ble forbudt fremvist på utstillingen.

---

<sup>216</sup> Kapittel 3.2.5.

<sup>217</sup> *Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike* 2007.

EMD minner innledningsvis om kunstneres bidrag i demokratiet. Det legitime formål i saken mot Østerrike var "the rights of others", nærmere bestemt Meischbergers rettigheter.<sup>218</sup> Flertallet sier ikke eksplisitt at ytringene kan karakteriseres som politiske, men Domstolen uttaler at den ikke finner det urimelig at første rettsinstans i Østerrike kom til at maleriet kunne sees på som et slags:

"... *counter-attack* against the Austrian Freedom Party, whose members had strongly criticised the painter's work."<sup>219</sup>

Dette kan tas til inntekt for at Domstolen anså ytringen som et bidrag til en aktuell og pågående debatt, hvilket i utgangspunktet trekker i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering.

Domstolen antyder også at satiriske ytringer, som den mente maleriet gav uttrykk for "... is a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate",<sup>220</sup> for deretter å slå fast at

"... any *interference with an artist's right to such expression must be examined with particular care*."<sup>221</sup>

Her uttrykker Domstolen, med tydelighet, at inngrepet i en ytring som denne fordrer en streng proporsjonalitetsvurdering fra EMD.

Etter en streng proporsjonalitetsvurdering konkluderer flertallet på fire dommere med at inngrepet ikke var proporsjonalt med formålet, og dermed ikke i overensstemmelse med

---

<sup>218</sup> Som vist i kapittel 3.3.2 er dette et formål som trekker i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering.

<sup>219</sup> Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike 2007 para. 34, min kursivering.

<sup>220</sup> *ibid.* para. 33.

<sup>221</sup> *ibid.* para. 33, min kursivering.



artikkel 10. Dommen ble avsagt under sterk dissens. Tre dommere mente at det ikke forelå et ulovlig inngrep i ytringsfriheten.

Dommer Loucaides argumenterer for at ytringen i saken verken er satirisk eller artistisk, og at det nasjonale inngrep var nødvendig i et demokratisk samfunn.

Dommerne Spielmann og Jebens mener at flertallet ikke la stor nok vekt på Meischerbergs rettigheter og omdømme.<sup>222</sup> Likevel konkluderer de med at det ikke forelå brudd på artikkel 10. Den mest oppsiktsvekkende uttalelse fra disse to dissenterende lyder imidlertid:

*”We also take the view that *the State's margin of appreciation should be particularly limited, or indeed practically non-existent, where its interference affects artistic freedom.*”<sup>223</sup>*

Her uttaler altså to av tre dommere i mindretallet at de mener at statenes skjønnsmargin skal være ”svært begrenset” eller ”ikke-eksisterende” for så vidt gjelder inngrep i den kunstneriske ytringsfrihet. Dette vil kunne tilsi en (meget) streng proporsjonalitetsvurdering fra EMDs side. I en note til denne uttalelsen i dommen, sier de to dommerne det at deres løsning (uheldigvis) ikke er blitt fulgt i EMDs praksis.

Dommen er avsagt relativt nylig. Hvorvidt mindretallets syn vil få gjennomslag i fremtidig praksis fra EMD er for tidlig å si noe om. Dersom dette skulle skje, er det imidlertid ikke tvil om at dette vil innebære en utvikling bort fra det som følger av den omtalte dommen *Müller mot Sveits*. Følgen vil da bli en vesentlig strengere proporsjonalitetsvurdering fra Domstolens side, ved nasjonale inngrep i kunstneriske ytringer.

---

<sup>222</sup> Dommer Spielmann var i mindretallet også i *Müller* med flere mot Sveits 1988, og mente der at sveitsiske myndigheter ble tilkjent en for vid skjønnsmargin.

<sup>223</sup> *Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike* 2007, Spielmann og Jebens votum, para. 6.

Det som imidlertid med sikkerhet ble vist i dommen, både av flertallet og mindretallet, er at en kunstnerisk ytring *kan* ha politiske overtoner, i konvensjonens vide forstand. Ytringen er da av verdi for demokratiet, og trekker i retning av en streng proporsjonalitetsvurdering.

## 5 Oppsummering

I denne avhandlingen har det blitt vist at Domstolens proporsjonalitetskontroll med nasjonale inngrep i ytringsfriheten er relativ. Inngrep i rettighetens kjerne blir gjennomgående underlagt en streng kontroll, ofte med demokratihensynet som hovedbegrunnelse. Videre har det blitt anført at det i visse tilfeller kan være noe uklart om Domstolen foretar en formell eller substansiell proporsjonalitetskontroll. Dessuten viser gjennomgangen at EMDs uttrykk for en streng overprøving varierer i stor grad. Om, og eventuelt hvordan, disse uttrykkene kan graderes i forhold til hverandre, er en spennende, og ikke minst utfordrende oppgave. Selv om Domstolen språklig sett gir uttrykk for en streng proporsjonalitetskontroll er den ikke utpreget klar i forhold til *hvor* streng kontrollen er. Det interessante for fremtiden er å se om EMD vil uttrykke seg mer forklarende i forhold til de ulike uttrykk den anvender i relasjon til den strenge proporsjonalitetsvurdering, eller om den eventuelt vil holde seg til én bestemt terminologi. Det har blitt vist at ytringens tema og inngrepets formål er viktige momenter i forhold til Domstolens prøvingsintensitet. Hvordan EMD kategoriserer ytringer etter tema, og innad kan være uenige i denne kategoriseringen diskutert i forlengelsen av dette. Dommen om inngrep i kunstneriske ytringer fra i år er interessant.<sup>224</sup> Et viktig spørsmål i denne sammenheng er hvordan Domstolen for fremtiden vil foreta proporsjonalitetsvurderingen ved nasjonale inngrep i slike ytringer.

---

<sup>224</sup> Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike 2007.

## 6 Litteraturliste

Arai-Takahashi 2002 – Yutaka Arai-Takahashi *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia – Antwerpen 2002

Arai-Takahashi 2006 – Yutaka Arai-Takahashi *The system of restrictions*, i *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Redigert av Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak, s. 333-350, Intersentia – Antwerpen 2006

Barendt 2005 – Eric Barendt *Freedom of Speech*, Oxford University Press – New York 2005

Bernhardt 1993 – Rudolf Bernhardt *The Convention and Domestic Law*, i *The European System for the Protection of Human Rights*. Redigert av Macdonald, Matscher og Petzold, s. 25-41, Martinus Nijhoff Publishers – Dordrecht 1993

Brems 1996 – Eva Brems *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, i *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, s. 240-324

Eggen 2002 – Kyrre Eggen *Ytringsfrihet*, Cappelen Akademisk Forlag – Oslo 2002

Einersen og Trier 1991 – Eivind Einersen og Tyge Trier *Den Europæiske Menneskerettighetsdomstols prøvelseskompetence – doktrinen om margin of appreciation*, i

*Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 104, 1991, s. 570-593

Eissen 1993 – Marc-André Eissen *The Principle of Proportionality in the Case-law of the European Court of Human Rights*, i *The European System for the Protection of Human Rights*. Redigert av Macdonald, Matscher og Petzold, s.125-147, Martinus Nijhoff Publishers – Dordrecht 1993

Elgesem 2003 – Frode Elgesem *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode*, i *Lov og Rett*, vol. 42, 2003, s. 203 -231

Emberland 2006 – Marius Emberland *The Human Rights of Companies – exploring the structure of ECHR protection*, Oxford University Press – Oxford 2006

Hutchinson 1999 – Michael R. Hutchinson *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights* i *The International and Comparative Law Quarterly* 1999 vol. 48, 3. utgave s. 638-650

Høstmælingen 2003 – Njål Høstmælingen *Internasjonale menneskerettigheter*, Universitetsforlaget – Oslo 2003

Jacobs and White 2006 – Francis G. Jacobs og Robin C.A. White *The European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Oxford University Press 2006

Julsrud Jalling 1997 – Åsne Julsrud Jalling *Statenes skjønnsmargin ved tolkningen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, i *Jussens Venner* 1997 s. 168-179

Kaasin 2005 – Janne Kaasin *Statenes forpliktelser etter EMK art 3 og 8 når privatpersoner utøver seksuell vold mot kvinner*, studentavhandling 2005

Lavender 1997 – Nicholas Lavender *The problem of the Margin of Appreciation*, i

*European Human Rights Law Review*, issue 4, 1997

Lester 1993 – Anthony Lester *Freedom of expression*, i *The European System for the Protection of Human Rights*. Redigert av Macdonald, Matscher og Petzold, s. 465-493, Martinus Nijhoff Publishers – Dordrecht 1993

Macdonald 1993 – R. St. J. Macdonald *The Margin of Appreciation*, i *The European System for the Protection of Human Rights*. Redigert av Macdonald, Matscher og Petzold, s. 83-125, Martinus Nijhoff Publishers – Dordrecht 1993

Mahoney 1997 – Paul Mahoney *Universality versus Subsidiarity in Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgements* i *European Human Rights Law Review* issue 4, 1997

Mahoney 1998 – Paul Mahoney *Marvellous Richness of Diversity or Individious Cultural Relativism?* I *Human Rights Law Journal* vol. 19 1998 s. 1-6

Marks 1995 – Susan Marks *The European Convention on Human Rights and it's "Democratic Society"* i *British Yearbook of International Law* 1995 no. 66, s. 209-238

McBride 1999 – Jeremy McBride *Proportionality and the European Convention on Human Rights* i *The Principle of Proportionality in Laws of Europe*. Redigert av Evelyn Ellis, s. 23-35, Hart Publishing – Oxford 1999

Merrills 1993 – John G. Merrills *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press 1993

Mirmotahari 2005 – Amir Mirmotahari *Statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, studentavhandling, Oslo 2005

Mowbray 2004 – Alastair R Mowbray *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing – Oxford 2004

Møse 2002 – Erik Møse *Menneskerettigheter*, Cappelen akademisk Forlag – Oslo 2002

Petzold 1993 – Herbert Petzold *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, i *The European System for the Protection of Human Rights*. Redigert av Macdonald, Matscher og Petzold, s. 41-63, Martinus Nijhoff Publishers – Dordrecht 1993

Sørensen 2004 – Christian Børge Sørensen *Læren om statenes skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*, i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 117, 2004, s. 134-196

Tridimas 1999 – Takis Tridimas *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate standard of Scrutiny* i *The Principle of Proportionality in Laws of Europe*. Redigert av Evelyn Ellis, s. 65-84, Hart Publishing – Oxford 1999

Ulvær 2003 – Linn Marie Ulvær *Hva ga demokratiet? – en casestudie av malawiske kvinners syn på forholdet mellom fattigdom og demokrati*, hovedoppgave ved institutt for statsvitenskap, Oslo 2003

van Rijn 2006 – Arjen van Rijn *Freedom of expression* i *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Redigert av Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak, s. 773-816, Antwerpen – Intersentia 2006

Wingerei 2003 – Vibeke Wingerei *Om skillet mellom kommersielle og politiske ytringer i Den europeiske menneskerettighetsdomstols praksis*, studentavhandling, Oslo 2003

Zwaak 2006 – Leo Zwaak *General survey of the European Convention*, i *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Redigert av Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak, s. 1-94, Antwerpen – Intersentia 2006

Aall 1999 – Jørgen Aall *Menneskerettsloven*, i *Lov og Rett* 1999 nr. 7 s. 387-401

Aall 2004 – Jørgen Aall *Rettsstat og menneskerettigheter*, Fagbokforlaget – Bergen 2004



## **7 Lovs- og konvensjonsregister**

EMK – Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms  
av 4. november 1950

Menneskerettighetserklæringen – Universal Declaration of Human Rights  
av 10. desember 1948

Wienkonvensjonen om traktatretten – Vienna Convention on the Law of Treaties  
av 23. mai 1969

Menneskerettsloven – Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett  
av 21. mai nr. 30 1999

## 8 Domsregister

### 8.1 Den europeiske menneskerettighetsdomstol

Airey mot Irland 1979, Serie A no. 32

Barfod mot Danmark av 22. februar 1989, Series A no. 149

Barthold mot Tyskland av 25. mars 1985, Series A no. 90

Bergens Tidende med flere mot Norge av 2. mai 2000, RJD 2000-IV

Bladet Tromsø og Stensås mot Norge av 20. mai 2000, RJD 1999-III

Casado Coca mot Spania av 24. februar 1994, Series A no. 285

Castells mot Spania av 23. april 1992, Series A no. 236

Demuth mot Sveits av 5. november 2002, RJD 2002-IX

Dichand med flere mot Østerrike av 26. mai 2002, application no. 29271/95  
(ikke publisert)

Falter Zeitschriften GmbH mot Østerrike av 22. februar 2007, application no. 26606/04  
(ikke publisert)

Fressoz og Roire mot Frankrike 21. januar 1999, RJD 1999-1

Golder mot Storbritannia av 21. Februar 1975, Series A 18

Goodwin mot Storbritannia av 27. mars 1996, RJD 1996-II

Groppera Radio AG med flere mot Sveits av 28. mars 1990, Series A no. 173

Handyside mot Storbritannia av 7. desember 1976, Series A no. 24  
Hertel mot Sveits av 25. august 1998, RJD 1998-VI

Jacobowski mot Tyskland av 23. juni 1994, Series A no. 291  
Jersild mot Danmark 23. september 1994, Series A no. 298  
Jerusalem mot Østerrike 27. februar 2001, RJD 2001-II

Krone Verlag GmbH & Co. KG mot Østerrike (no. 3) av 11. desember 2003,  
RJD 2003-XII

Krone Verlags GmbH & Co KG mot Østerrike (no. 4) av 9. november 2006,  
application no. 72331/01 (ikke publisert)

Lawless mot Storbritannia (no 3) av 1. juli 1961, Series A no. 3  
Lehideux og Isorni mot Frankrike av 23. september 1998, RJD 1998-VII  
Lingens mot Østerrike av 8. juli 1986, Series A no. 103

markt intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mot Tyskland av 20. november 1989,  
Series A no. 165

Marônek mot Slovakia av 19. april 2001, RJD 2001-III  
McVicar mot Storbritannia av 7. mai 2002, RJD 2002-III  
Müller med flere mot Sveits av 24. mai 1988, Series A no. 133

Nikowitz og Verlagsgruppe News GmbH mot Østerrike 22. februar 2007,  
application no. 5266/03 (ikke publisert)

Nilsen og Johnsen mot Norge av 25. november 1999, RJD 1999-VIII

Oberschlick mot Østerrike av 23. mai 1991, Series A no 204  
Observer og Guardian mot Storbritannia av 26. november 1991, Series A no. 216  
Open Door and Dublin Well Woman mot Irland av 29. oktober 1992, Series A no. 246  
Otto Preminger-Institut mot Østerrike av 20. september 1994, Serie A no. 295

Pedersen og Baadsgard mot Danmark av 17. desember 2004, RJD 2004-XI

Piermont mot Frankrike av 27. april 1995, Series A no. 314

Radio ABC mot Østerrike av 20. oktober 1997, RJD 1997-VI

Schwabe mot Østerrike av 28. august 1992, Series A no 242-B

Silver med flere mot Storbritannia av 25. mars 1983 Series, A no. 61

Skalka mot Polen av 27. mai 2003, application no. 43425/98 (ikke publisert)

Stambuk mot Tyskland av 17. oktober 2002, application no. 37928/97 (ikke publisert)

Sunday Times mot Storbritannia av 26. april 1979, Series A no. 30

Sunday Times mot Storbritannia (no. 2) av 26. november 1991, Series A no. 217

Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH mot Østerrike av 21. september 2000,  
application no. 32240/96 (ikke publisert)

The United Communist party of Turkey med flere mot Tyrkia av 30. januar 1998, RJD  
1998-I

Tyrer mot Storbritannia av 25. april 1978, Series A no. 26

Thorgeir Thorgeirson mot Island av 25. juni 1992, Series A no. 239

Tønsbergs Blad og Haukom mot Norge av 1. mars 2007, application no. 510/04  
(ikke publisert)

Ukrainian Media Group mot Ukraina av 29. mars 2005, application no. 72713/01  
(ikke publisert)

Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike av 25. januar 2007,  
application no. 68354/01 (ikke publisert)

Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs og Gubi mot Østerrike av 19. desember  
1994, Series A no. 302

Verlagsgruppe News GmbH mot Østerrike 14. desember 2006, application no. 76918/01  
(ikke publisert)

Verlagsgruppe News GmbH mot Østerrike (no. 2) 14. desember 2006,  
application no. 10520/02 (ikke publisert)

VgT Verein gegen Tierfabriken mot Sveits av 28. juni 2001, RJD 2001-VI

Vides Aizsardzibas Klubs mot Latvia av 27. mai 2004, application no. 57829/00  
(ikke publisert)

Vogt mot Tyskland 26. september 1995, Series A no. 323

Weber mot Sveits av 22. mai 1990, Series A no. 177

Wingrove mot Storbritannia av 25. november 1996, RJD 1996-V

Worm mot Østerrike av 29. august 1997, RJD 1997-V

## 8.2 Den europeiske menneskerettighetskommisjon

Hellas mot Storbritannia EMK 176/56, Yearbook of the European Convention on Human  
Rights nr. 2 s. 182

X og Scientologikirken mot Sverige av 5. mai 1979 (application no. 07805/77)  
D.R. 16. s. 68

## 8.3 Supreme Court, USA

Virginia State Board of Pharmacy mot Virginia Citizens Costumer Council, 425 US S. Ct.  
748 (1976)

