

Retten til eget bilde

I hvilken grad kan et personbilde lovlig publiseres uten avbildedes forutgående samtykke?

Kandidatnummer: 704

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17940



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
2	PROBLEMSTILLING	2
3	OPPGAVENS METODE	3
3.1	Folkerettens posisjon	3
4	GJELDENE RETT PÅ OMRÅDET	5
4.1	Begrepsdefinisjoner	5
4.1.1	Fotografi	5
4.1.2	Personbilde	6
4.1.3	Publisering	6
4.1.4	Inngrep	7
4.2	Utgangspunkt: Ytringsfrihet	7
4.2.1	Grunnloven § 100	8
4.2.2	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon Artikkel 10	15
4.3	Lovhjemler som begrenser ytringsfriheten	23
4.3.1	Åndsverkloven § 45c	23
4.3.2	Straffeloven § 390	28
4.4	Rettspraksis	32
4.4.1	Rettspraksis i Norge	32
4.4.2	Rettspraksis i EMD	36
5	ANALYSE OG EGNE BETRAKTNINGER	39
5.1	Noen kommentarer knyttet til åndsverkloven § 45c	39
5.2	Noen kommentarer knyttet til rettspraksis	41
5.2.1	EMDs praksis	41
5.2.2	Praksis i Norge	45
6	SLUTTVURDERING	47
7	LITTERATURLISTE	48
8	DOMSREGISTER	49
9	LOV- OG FORARBEIDSREGISTER	50

1 Innledning

Retten til eget bilde eller vern av privatlivets fred er problemstillinger som ofte melder seg i dagens samfunn.¹ På grunn av fremveksten av sosiale medier og deres mulighet til raskt og enkelt å publisere et bilde for et stort publikum, er det nærliggende å tro at problemstillingens aktualitet med tiden vil bli større.

Oppgavens struktur er todelt. Den første delen beskriver den gjeldende rett på området (de lege lata), den andre delen inneholder en analyse og egne betraktninger (de lege ferenda). Hovedtyngden av oppgaven vil ligge på beskrivelsen av gjeldende rett.

Denne oppgavens formål er å gjøre rede for hva som er den gjeldende rett med hensyn til å publisere et personbilde uten at man på forhånd har innhentet et samtykke fra den avbildede. Helt innledningsvis gir jeg en kort innføring i oppgavens metode og en beskrivelse av noen sentrale begreper. Jeg tar utgangspunkt i ytringsfriheten og gjør ganske grundig rede for innholdet i denne, herunder hva som er vernet og hva som skal til for å gjøre inngrep i ytringsfriheten. Jeg gir en fremstilling av både det som følger av Grunnloven² og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon³ (EMK). Deretter følger en tilsvarende gjennomgang av lovregler som begrenser ytringsfriheten og som er relevante for oppgavens problemstilling, herunder retten til eget bilde⁴ og vernet om privatlivets fred.⁵ Til sist i beskrivelsen av gjeldende rett går jeg gjennom relevant rettspraksis på rettsområdet, så vel i norsk rett som i Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD).

Den siste delen av oppgaven inneholder en analyse og noen kommentarer til lovreglene som begrenser ytringsfriheten, samt noen kommentarer knyttet til relevant rettspraksis som finnes på området. Avslutningsvis besvarer jeg problemstillingen.

¹ Se Rt. 2008 s. 489 og 1089, 2009 s. 265 og 1568

² Grunnloven § 100

³ EMK art. 10

⁴ Åndsverkloven § 45c

⁵ Straffeloven § 390

2 Problemstilling

For denne oppgaven har jeg valgt følgende problemstilling:

I hvilken grad kan et personbilde lovlig publiseres uten avbildedes forutgående samtykke?

Med denne problemstillingen ønsker jeg å finne ut hva man som privatperson eller representant for en næringsdrivende, et medium eller liknende kan publisere av personbilder uten at den avbildede selv har samtykket til selve publiseringen. Med personbilde mener jeg her et fotografi som i det vesentligste viser en fysisk person.

Årsaken til at jeg har valgt denne problemstillingen er at jeg selv har en betydelig interesse for fotografering og har dermed et klart ønske om å finne ut hvor grensen går mellom det som fritt kan publiseres og det som krever samtykke fra avbildede. I tillegg til dette befinner denne problemstillingen seg i skjæringspunktet mellom to grunnleggende menneskerettigheter: Ytringsfriheten og retten til privatliv. Det er derfor interessant å se hvilke rettslige kriterier som tilsier at en av de to menneskerettighetene skal gis forrang.

Innledningsvis har jeg valgt å gjøre en viktig avgrensning. I denne oppgaven legger jeg for det vesentligste vekt på hva som følger av norsk rett. Herunder gjør jeg rede for de relevante lovregler som omhandler retten til eget bilde, samt at jeg redegjør for aktuelle rettsavgjørelser på dette rettsområdet. Det blir også vist til utenlandske rettsregler der praksis fra EMD spiller en sentral rolle, men utgangspunktet er norsk rett. Dette er et bevisst valg jeg har tatt av hensyn til oppgavens omfang og den tiden jeg har til rådighet til å skrive oppgaven.

Jeg velger også å avgrense mot selve fotograferingen, for heller å konsentrere meg om de spørsmålene som reiser seg ved publiseringen av fotografiet. Dette er også av hensyn til oppgavens omfang og den tiden jeg har til rådighet.

3 Oppgavens metode

I denne delen av oppgaven tar jeg opp noen metodespørsmål og går gjennom hvordan jeg har skrevet oppgaven.

Jeg velger å ta utgangspunkt i relevant lovtekst for problemstillingen. Lovteksten er behandlet etter trinnhøydeprinsippet, det vil si at jeg behandler den rettskildemessig tyngste lovteksten først, her Grunnloven⁶ (Grl.) § 100, deretter regelen som gir det tilsvarende vernet i Den europeiske Menneskerettighetskonvensjon⁷ (EMK) artikkel 10. Deretter følger formell lovtekst hvor begrensningene i ytringsfriheten er angitt, åndsverkloven⁸ (åvl.) § 45c og straffeloven⁹ (strl.) § 390.

For ordens skyld velger jeg å behandle hovedreglene først før jeg tar for meg unntakene fra disse. Slik oppgaven min er vinklet er hovedregelen at det gjelder ytringsfrihet etter Grl. § 100 og EMK art. 10, unntakene følger så av inngrepshjemplene i åvl. § 45c og strl. § 390.

3.1 Folkerettens posisjon

Folkerett spiller en viktig rolle i denne oppgaven, siden rettstilstanden er påvirket av praksis fra EMD. Dette viser seg i hvorledes Høyesterett aktivt bruker praksis fra EMD i sin tolkning og anvendelse av rettighetene, Rt. 2008 s. 1089 ("Bryllupsfoto") er et fremtredende eksempel på dette.

Når man behandler forhold som involverer folkeretten er det mulig å se dette på to forskjellige måter. Torstein Eckhoff skiller mellom "dualisme" og "monisme".¹⁰ Dualisme betegner det forhold at man ser på folkeretten og norsk rett som to forskjellige atskilte rettssystemer. Det vil være nødvendig å formelt innlemme den folkerettslige regel i norsk rett for at den skal få rettskraft her.¹¹ Monisme er betegnelsen for tankegangen om at folkeretten og norsk rett er et integrert rettssystem der folkerettsregler også gjelder i Norge, uavhengig av om de formelt sett er tatt inn i norsk lovgivning eller ikke.¹²

⁶ Kongeriket Norges Grunnlov av 17.5.1814

⁷ Lov av 21.5.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

⁸ Lov av 12.5.1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven)

⁹ Lov av 22.5.1902 nr. 10 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven)

¹⁰ Eckhoff (2001) s. 301

¹¹ l.c.

¹² l.c.

Etter vedtagelsen av Menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30, har Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950 (EMK), Den internasjonale konvensjon av 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) gjennom lovens § 2 blitt tatt inn som norsk lov.¹³ Når det gjelder denne lovgivningens gjennomslagskraft i Norge kan det vises til lovens § 3 som sier følgende:

”Bestemmelser i konvensjoner og protokoller som nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”.

Dette var i sin tid ganske omstridt.¹⁴ Årsaken til det er at man ikke bare pliktet å respektere innholdet i konvensjonen.¹⁵ For EMK sin del plikter man også å rette seg etter den samme praksis som Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD).¹⁶ Dette av hensyn til rettsenhet blant konvensjonsstatene.

Det betyr at EMDs praksis på dette feltet er av stor betydning for å besvare oppgavens problemstilling, da denne har ytringsfrihet etter EMK artikkel 10 som utgangspunkt.

¹³ Eckhoff (2001) s. 326

¹⁴ I.c.

¹⁵ EMK art. 1

¹⁶ EMK art. 46 1. avsnitt

4 Gjeldende rett på området

I denne delen av oppgaven gjør jeg rede for gjeldende rett jeg anser for å være relevant for oppgaven. Jeg velger innledningsvis å definere noen sentrale begreper, deretter introdusere temaet menneskerettigheter, før jeg spisser den inn mot yttringsfrihet og dens begrensning i forhold til retten til eget bilde.

Til sist i dette kapittelet gjør jeg rede for en rekke relevante rettsavgjørelser i norsk rett samt i EMD. Hensikten med disse er å gjøre rede for hvordan retten til eget bilde behandles i rettsapparatet.

Fremstillingen her vil i det vesentligste dreie seg om hvorledes gjeldende rett, de lege lata er. Egne synspunkter, de lege ferenda, presenterer jeg i kapittel 5.

4.1 Begrepsdefinisjoner

I avsnittene nedenfor gjør jeg kort rede for de viktigste begrepene jeg bruker i denne oppgaven. Betydningen av de fleste av begrepene, vil man som regel ha en viss formening om, men av hensyn til oppgavens struktur mener jeg det er nødvendig kort å gjøre rede for hva jeg legger i begrepene.

4.1.1 Fotografi

Et grunnleggende begrep i denne oppgaven er begrepet fotografi. Begrepet omfatter også underbegreper som fotografisk bilde, fotografisk verk og personbilde.

Helt grunnleggende handler fotografering om behandling av lys. Ole Andreas Rognstad betegner dette som lysskrift.¹⁷ Tidligere ble et fotografi til gjennom belysning av lysfølsom film med fokusert lys, hvorpå filmen fremkalles med kjemikalier og det produseres trykk fra disse. I dag er det vanligst å benytte seg av digital fotografering. Da blir et fotografi til ved at en digital sensor belyses med fokusert lys, lyset samles inn av sensoren. Lyset blir deretter gjort om til digitale signaler som settes sammen til et digitalt negativ. Dette digitale negativet blir deretter ”fremkalt” til en digital bildefil enten av kameraets bildeprocessor eller via et konverteringsprogram på en datamaskin.

Ethvert fotografi vil ha et selvstendig vern etter åndsverkloven. For fotografier har man valgt et tosporet system for beskyttelse. Jeg går ikke noe nærmere inn på disse skillelinjene, da dette neppe vil være av interesse for oppgavens problemstilling.

¹⁷ Rognstad (2009) s. 291

4.1.2 Personbilde

Når jeg anvender begrepet personbilde i denne oppgaven forstår jeg det slik at det dreier seg om et fotografi som avbilder en eller flere personer på en slik måte at de kan identifiseres, fortrinnsvis av en større krets av personer. Konsekvensen av dette er at jeg ikke vil regne det som et personbilde der det foreligger et fotografi med en person, der personen ikke kan identifiseres.

Det hender ofte at det dukker opp fotografier som avbilder en person der personen enten ikke kan identifiseres, eller utelukkende bare kan identifiseres av en veldig liten krets personer som enten er nære venner eller familie av avbildede og/eller har sett avbildede den aktuelle dagen, og kan identifisere avbildede ut ifra klær og andre signalement eller kjennetegn.

Høyesterett trekker frem aspektet med identifisering i flere avgjørelser.¹⁸ I disse sakene har ikke Høyesterett gått nærmere inn på hvorfor det må foreligge en identifisering, men det er nærliggende å tro at man ikke kan påberope seg noe personvernkrav av betydning så lenge man ikke kan identifiseres. I avsnitt 55 i ”Plata”-avgjørelsen påpekte Høyesterett at det bare hadde skjedd en ”beskjeden grad av identifisering” hvilket talte til NRKs fordel, og kan tolkes slik at identifisering må være av betydning for om man kan anføre et personvern hensyn.

4.1.3 Publisering

Begrepet publisering vil sammenfalle med det å gjøre et åndsverk tilgjengelig for allmennheten etter åvl. § 2 tredje ledd.

Når man gjør et åndsverk tilgjengelig for allmennheten betyr det i realiteten at man gjør det samme som å publisere det. Dette er en teknologinøytral rettighet, det vil si at den gjør ikke forskjell på hvordan en publisering blir gjort. I følge Ragnar Knoph omfatter opphavsmannens enerett til å gjøre et åndsverk tilgjengelig for allmennheten en hvilken som helst måte hvor en person får adgang til å gjøre seg helt eller delvis kjent med verket enten gjennom utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, fjernsyn eller gjengivelse gjennom høyttaler.¹⁹ Til denne definisjonen kan vi føye til at også det å legge ut et fotografi på internett eller gjennom et annet digitalt medium omfattes på samme måte. Herunder skilles det mellom spredning, visning og fremføring.

¹⁸ Rt. 2008 s. 489 (”Plata”) og Rt. 2005 s. 1677

¹⁹ Knoph (1936) s. 92-93

Spredning vil favne om en mangfoldiggjøring og besittelsesoverføring av et fysisk eksemplar av åndsverket.²⁰ For eksempel skriver en ut et bilde i flere eksemplarer og deler de ut på gata. Visning omfatter etter forarbeidene enhver offentlig fremvisning av et eksemplar ved hjelp av kringkasting, lysbilder, film eller utstilling.²¹ Et eksempel kan være at der man offentlig stiller ut en utskrift av et fotografi, vil det være en visning. Fremføring gjøres ved at man gjør verket tilgjengelig for et tilstedeværende publikum.²² Det mest praktiske er å tenke seg fremføring av et skuespill, en film eller liknende. Men etter forarbeidene regnes det som en fremføring dersom man fremviser et åndsverk med digitale hjelpemidler, det vil si på internett, ved kringkasting på TV, ved hjelp av prosjektor, lysbildefremvisning.²³

4.1.4 Inngrep

Et begrep som brukes mye i denne oppgaven er begrepet ”inngrep”. Med inngrep forstår jeg ethvert tiltak som utføres med den hensikt å gripe inn i og begrense en menneskerettighet.

Et eksempel vil være det tilfelle der Datatilsynet gjennom et varsel om vedtak ber en person ta ned et bilde fra internett, og bildet blir tatt ned. Hvorvidt inngrepet er i henhold til lov eller konvensjon blir en annen vurdering.

4.2 Utgangspunkt: Ytringsfrihet

Sentralt for denne oppgaven er menneskerettigheter, herunder ytringsfriheten. Menneskerettighetene er tatt inn i forskjellige mellomstatlige konvensjoner, for Norge sin del er en av disse konvensjonene inkorporert i lovgivningen og gjelder som norsk lov, jf menneskerettighetsloven § 2. I følge menneskerettighetsloven av 1999 gjelder blant annet Den europeiske menneskerettighetskonvensjon som norsk lov. I denne konvensjonen er ytringsfriheten og flere andre rettigheter vernet.²⁴

Ytringsfriheten er en grunnleggende menneskerettighet. På mange måter er den en forutsetning for at demokratiet og det offentlige ordskiftet skal fungere. Begrunnelsen for ytringsfriheten er tredelt.²⁵ Det første og viktigste hensynet er demokratihensynet. Ytringsfriheten er en viktig forutsetning for at demokratiet skal fungere. Man må kunne uttale seg fritt for å kunne ha et reelt demokrati. Det henvises til dette allerede i fortalen til EMK. Det andre tungtveien-

²⁰ Rognstad (2009) s. 158

²¹ Ot. Prp. nr. 26 (1959-1960) s. 19

²² Rognstad (2009) s. 176

²³ Ot. Prp. Nr. 46 (2004-2005) s. 24

²⁴ EMK art. 10

²⁵ Høstmælingen (2003) s. 249

de argumentet for ytringsfriheten er hensynet til individets sannhetssøken. Dette betyr på ingen måte at sanne ytringer er tiltatt og usanne ytringer er forbudte, men det handler om at ytringsfriheten sørger for å få de forskjellige synspunktene opp i dagen, slik at man kan bli i stand til å skille mellom hva som er sant og usant. Det begrunnes med hensyn til enkeltmenneskets selvutfoldelse og personlige utvikling, også omtalt som personlig autonomi. Det tredje argumentet er knyttet til individets sannhetssøken og dette handler om forestillingen om den feilbarlige fornuft. Tankegangen bak dette er at dersom man kan utveksle meninger og bli konfrontert med motargumenter og korreksjon, vil man lettere finne veien frem til sannheten.²⁶

Ytringsfriheten verner mange forskjellige former for ytringer, ikke bare det åpenbare som retten til å si eller skrive det man mener, for ytringsfriheten verner enhver form for meningsuttrykk, enten det er en tekst, et foto, et maleri, musikk, klær, piercings eller buttons. Det er ikke bare gode ideer og nyttig informasjon som beskyttes av ytringsfriheten, også ytringer som for de fleste oppfattes som støtende, sjokkerende eller uroende beskyttes. Tanken bak dette er at det er de kontroversielle ytringene som virkelig trenger et vern mot forfølgelse av meningsflertallet.

Blant andre rettigheter har ytringsfriheten vært grunnlovsfestet i mange år i Norge.²⁷ Til tross for at ytringsfriheten er en såpass grunnleggende menneskerettighet, er det likevel anledning til å gjøre begrensninger i den. Hvilke vilkår som da må oppfylles, kommer jeg tilbake til nedenfor.

4.2.1 Grunnloven § 100

Som påpekt ovenfor er ytringsfriheten en helt grunnleggende forutsetning for det offentlige ordskifte og for at et demokrati skal fungere. Slik ble det også ansett av forsamlingen på Eidsvoll i 1814. Den norske Grunnloven har derfor alltid hatt en bestemmelse om ytringsfrihet i § 100. Tidligere stod det ikke ”ytringsfrihet” men ”trykkefrihet”, endringen som ble gjort ved moderniseringen av § 100 medførte ikke noen reell endring av dette. Begrepet ”trykkefrihet” ble i sin tid tolket like vidt.

Grl. § 100 er bygget opp ved at den generelle hovedregelen angis alene i første ledd, videre i de påfølgende leddene angis de mer spesifikke delene av ytringsfriheten, samt de vilkårene som må oppfylles for å gjøre inngrep i ytringsfriheten.

²⁶ NOU 1999: 27, s. 19 (pkt. 2.2.1)

²⁷ Grl. § 100

Samtidig med at resten av grunnloven ble ”pusset opp” til sin 200-årsdag kom også § 100 i ny språkdrakt. Endringene som ble gjort var bare av språklig art og innebar heller ikke noen endring i hvordan bestemmelsen skal tolkes eller anvendes.

4.2.1.1 Første ledd

I Grl. § 100 første ledd slås det fast at "Ytringsfrihet bør finne sted." Dette er hovedregelen og utgangspunktet som gjelder for alle ytringer. I dette tilfellet er ikke ordet "bør" å anse som en anbefaling eller preferanse, men det indikerer derimot en plikt.²⁸ Konsekvensen av dette er at ordet "bør" forstås som "skal". Bakgrunnen for dette er at Grl. § 100 første ledd ikke er noen politisk programerklæring, men en faktisk rettslig bindende norm som den norske stat plikter å gi sine borgere.

4.2.1.1.1 Hva er vernet?

I forarbeidene til Grl. § 100 fremkommer det hva som menes med ytringsfrihet.²⁹ Begrepet ytringsfrihet brukes som et fellesbegrep på fem underliggende rettsforhold: Klassisk ytringsfrihet, informasjonsfrihet, informasjonskrav, infrastrukturkrav og rett til taushet.

Med begrepet *klassisk ytringsfrihet* menes den enkeltes frihet til selv å bestemme hva vedkommende vil fortelle eller fortie. Dette omfatter også hvordan og i hvilket medium personen velger å ytre seg. Den klassiske ytringsfriheten er det man kaller en negativ frihet, det vil si at man har et vern mot inngrep i retten til å ytre seg. Dette omtales av Kyrre Eggen³⁰ som meddelelsesfriheten. Denne friheten gir en rett til å ytre seg gjennom de kommunikasjonsfasiliteter og kanaler en selv disponerer, men den innebærer ingen positiv rett til å få bruke de kanaler eller fasiliteter som disponeres av andre.³¹ Eksempelvis kan man ikke kreve å få et bilde på trykk i en avis, ei heller har man noen positiv rett til å få sin mening publisert i kommentarfelt under en nettartikkel.

Informasjonsfrihet omfatter friheten til å motta enhver opplysning, idé eller budskap som en kilde er villig til å gi fra seg. Dette omfatter også retten til å søke, oppbevare og bearbeide slike opplysninger, ideer og budskap.³² Også dette er en negativ rettighet, som betyr at man ikke har krav på noe mer informasjon enn det kilden er villig til å avgi, eller som er allment tilgjengelig. Den positive siden av denne rettigheten, *informasjonskravet* reguleres i Grl. § 100 femte ledd, det pålegger offentlige myndigheter en passiv informasjonsplikt. Med *infra-*

²⁸ Eggen (2002) s. 266

²⁹ NOU 1999:27, s 329 (pkt. 10.3.2)

³⁰ Eggen (2002) s. 270

³¹ NOU 1999:27, s 330 (pkt. 10.3.3)

³² Eggen (2002) s. 271

strukturkrav menes det at staten skal medvirke til at ulike individer og grupper har en faktisk mulighet til å ytre seg.³³ Dette innebærer et overordnet ansvar for staten til å bygge opp det offentlige rom. Dette overordnede ansvaret er grunnlovsfestet i Grl. § 100 sjette ledd. Med *rett til taushet* siktes det til den negative ytringsfriheten. Denne fremgår ikke direkte av ordlyden i Grl. § 100, men den kan etter forarbeidene utledes fra denne.³⁴ Retten til taushet antas å omfatte friheten til å forholde seg taus om sine meninger, friheten til anonym publisering, journalisters kildevern, samt friheten til å forholde seg taus om faktiske opplysninger. Det må tilføyes at denne retten er noe begrenset av straffeprosesslovens bestemmelser om vitneplikt i straffesaker.³⁵

4.2.1.2 Andre ledd

Grl. § 100 annet ledd gir en nærmere anvisning om hvilke vilkår som gjelder for å gjøre inngrep i ytringsfriheten, herunder meddelelsesfriheten og informasjonsfriheten. Det fremgår ikke av ordlyden, men disse vilkårene gjelder også for inngrep i den negative ytringsfriheten.

4.2.1.2.1 Hvilke vilkår må oppfylles?

Materielt sett stiller Grl. § 100 andre ledd i første punktum ett materielt vilkår for å gjøre inngrep i den klassiske ytringsfriheten, informasjonsfriheten og retten til å forholde seg taus: "[...] lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse." I annet punktum stilles det et prosessuelt vilkår: "Det rettslige ansvar bør være foreskrevet i lov."

Det følger av forarbeidene at dette er et negativt krav som innebærer at et inngrep i ytringsfriheten ikke må gripe inn i de prosesser ytringsfriheten søker å verne, med mindre inngrepet kan forsvares. Formuleringen viser til at det må gjøres en forholdsmessighetsbetraktning der man vurderer inngrepets formål opp mot den skade eller forstyrrelse inngrepet vil medføre for ytringsfriheten. Ytringsfriheten er gitt for at disse prosessene skal foregå uforstyrret, det vil si idealet om tvangsfri kommunikasjon.³⁶ For å avgjøre om vilkåret er oppfylt, må det etter forarbeidene foretas en vurdering i to trinn: 1) Det aktuelle inngrepet, enten det er et lovforslag eller en konkret sak for en domstol, må analyseres og vurderes opp mot ytringsfrihetens begrunnelse, herunder for å klargjøre hvor vidt og i hvilken grad inngrepet forstyrrer de prosesser ytringsfriheten skal beskytte. 2) I trinn to kommer selve vurderingen mellom inngrepets formål og ytringsfriheten. Essensielt blir da inngrepets hensyn og nødvendighet sett i forhold til den forstyrrelse man påfører ytringsfriheten generelt eller i det konkrete tilfellet.

³³ Eggen (2002) s. 272

³⁴ NOU 1999:27 s. 229 (pkt. 10.3.2)

³⁵ Straffeprosessloven §§ 108, 109

³⁶ NOU 1999:27 s. 332 (pkt. 10.3.3.1)

I Grl. § 100 2. ledd 2. punktum finnes det prosessuelle vilkåret for å gjøre inngrep i ytringsfriheten. Det kreves at inngrepet har hjemmel i lov. Etter forarbeidene menes det med dette formell lov.³⁷ Det vil si norsk lov vedtatt av Stortinget. Dette utelukker ikke at en begrensning kan gjøres av forvaltningen i forskrifts form, dog vil dette kreve en konkret forskriftshjemmel til å vedta inngrep i den formelle loven. Det bør tilføyes at det følger av forarbeidene at de ulovfestede skranker som gjelder i ytringsfriheten, også vil kunne subsumeres under "lov". Hovedhensynet her er å harmonere Grl. § 100 med EMK artikkel 10 der begrepet "law" omfatter mer enn bare formell lov. Bakgrunnen for dette er common-law stater hvor det er utstrakt bruk av rettspraksis.

Ytringsfrihetskommisjonen hadde med i sitt utkast en presisering der det blir stilt et klarhetskrav i lovteksten.³⁸ Klarhetskravet har ikke kommet med i den endelige lovteksten, men det må antas at det likevel må stilles et visst klarhetskrav til en hjemmel som gir anledning til å gjøre inngrep i ytringsfriheten, av hensyn til forutberegnelighet og motvirkning av tilfeldige skjønsmessige avgjørelser. En uklarhet vil også være et tolkningsmoment som sterkt taler for at en begrensning skal tolkes meget innskrenkende.³⁹

4.2.1.3 Tredje ledd

Grl. § 100 tredje ledd omhandler såkalte "frimodige ytringer", hvilket er en type ytringer som går på hvordan staten skal styres og anses således for å ligge meget nært selve kjernen i ytringsfriheten. Det skal derfor veldig mye til for å kunne gjøre inngrep i retten etter dette ledd. Disse ytringene anses nesten som uangripelige.⁴⁰

Med frimodige ytringer menes etter forarbeidene de ytringer som det kreves mot og uavhengighet for å fremsette.⁴¹ Det pekes særlig på ytringer som er kritiske, og som bryter med det som er gjengs oppfatning ellers i samfunnet, eller som trosser autoriteter. Det er videre et kjennetegn at ytreren selv mener å tale for en god sak. Frimodige ytringer dekker også til en viss grad de mindre kontroversielle ytringene, men det er forholdsvis klart at behovet for vern vil være absolutt størst for de ytringer som er kritiske, og fremstår ofte som uønskede for noen, hvilket gjør at disse lett kan føre til forfølgning.

³⁷ NOU 1999:27 s. 334 (pkt. 10.3.3.2)

³⁸ NOU 1999:27 s. 334 (pkt. 10.3.3.2)

³⁹ Eggen (2002) s. 282

⁴⁰ Eggen (2002) s. 266

⁴¹ NOU 1999:27 s. 336 (pkt. 10.3.4)

I forarbeidene hevdes det at frimodige ytringer er i sin kjerne opposisjonelle ytringer i kontradiktorisk forstand. Begrepet dekker i midlertid ikke den kontrære ytring som har straffbare handlinger og/eller lovløse tilstander som mål. Hva kommisjonen mente med "kontradiktorisk" og "kontrær" fremkommer ikke i utredningen, men det må antas at ytringer som har straffbare handlinger eller lovløse tilstander som mål, må falle utenfor det vern ytringsfriheten gir.⁴²

Likestilt med frimodige ytringer er de ytringer som gjelder "*statsstyrelsen eller en hvilken som helst annen gjenstand*". Dette er etter forarbeidene⁴³ ytringer som er av politisk karakter, det vil si de omtaler alle offentlig interessante tema det kan forventes at vi tar stilling til av politisk, samfunnsmessig, moralsk og kulturell art. Dette dekker alle emner som hører hjemme i den offentlige, demokratisk debatt.

Formuleringen i Grl. § 100 tredje ledd, andre punktum gjør det klart at det skal veldig mye til for å gjøre inngrep i denne typen ytringer, siden det kreves "klart definerte grenser" for denne typen ytringer, samt at "særlig tungtveiende hensyn" må foreligge for å gjøre slike inngrep. Hva som ligger i det sistnevnte fremstår som noe uklart, men det gir etter mitt skjønn en klar anvisning om at det skal mye til for å gjøre et inngrep.

4.2.1.4 Fjerde ledd

Gr. § 100 fjerde ledd stadfester forbudet mot forhåndssensur og annen forhåndskontroll av ytringer. Dette forbudet er nesten så godt som unntaksfritt siden det kun åpnes for sensur av levende bilder, dvs. video, som er rettet mot barn. Bestemmelsen stadfester også et forbud mot brevsensur, unntatt i offentlige anstalter. Det mest praktiske eksemplet på dette er fengselsvesenet.

I forarbeidene fremkommer det at bestemmelsen i Grl. § 100 fjerde ledd bygger på en grunnleggende skepsis mot sensur og andre former for forhåndskontroll av ytringer.⁴⁴ Bestemmelsen viderefører på mange måter det samme forbudet mot sensur som tidligere gjaldt for trykt skrift, men utvider anvendelsesområdet til nær sagt alle typer ytringer. I forarbeidene argumenteres det for at den gamle utgaven likevel kunne tolkes like vidt, all den tid begrepet "trykkefrihet" i 1. ledd ble tolket slik.

Ved siden av dette rammer sensurforbudet også "andre forebyggende forhåndsregler". Dette rammer bruk av midlertidig forføyning til å oppnå samme virkning som ved ordinær for-

⁴² Eggen (2002) s. 275

⁴³ NOU 1999:27 s. 336 (pkt. 10.3.4)

⁴⁴ NOU 1999:27 s. 337 (pkt. 10.3.6)

håndssensur. Etter forarbeidene gjelder det imidlertid en begrensning dersom midlertidig forføyning brukes for å forhindre en irreversibel skade, det vil si en skade som ikke kan kompenseres økonomisk i ettertid. En må dog merke seg at en pengeskade alltid vil ansees for å være reversibel. Formularet rammer også regler om forhåndstillatelse ved etablering av kanaler ut i det offentlige rom.⁴⁵ For trykte skrifter innebærer det ikke noen forandring, men forbudet har nå blitt gjort medienøytralt, slik at det forbyr "andre forebyggende forhåndsregler" ved etablering av samtlige typer medier unntatt de der tekniske hensyn kan begrunne krav om konsesjon. Det gjelder kringkasting, filmfremvisning og videoutleie i den grad det fortsatt er praktisk. Krav om tillatelser i henhold til plan- og bygningsloven, arbeidsmiljøloven eller forurensningsloven rammes ikke av dette forbudet da disse ikke har som hensikt å begrense yttingsfriheten, men søker å oppfylle andre behov. Forbudet mot sensur gjelder også demonstrasjoner,⁴⁶ men gjelder bare for innholdet i demonstrasjonene. Det vil si at det kan legges begrensninger på en demonstrasjon dersom disse er av praktiske og/eller sikkerhetsmessige årsaker, og er helt nøytrale i forhold til demonstrasjonens innhold og formål.

Fjerde ledd åpner imidlertid for sensur dersom det dreier seg om å verne barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder. Med "barn og unge" forstås personer som er under 18 år. Formuleringen "levende bilder" er ment å favne mer enn tradisjonell video, for den rammer all form for film, videoklipp, fjernsynssendinger og dataspill og uansett hvilken plattform de fremføres på.⁴⁷

Det andre unntaket fra hovedregelen om forbud mot forhåndssensur finnes i andre punktum og gjelder sensur av brev til og fra person i "anstalt". Med person i anstalt menes fanger, uavhengig av om de sitter i arrest, varetekt eller på domssoning. Det vises til i forarbeidene at dette unntaket kan brukes tilsvarende i institusjoner for barnevern, psykiatri eller rusomsorg.

4.2.1.5 Femte ledd

Grl. § 100 femte ledd er på mange måter en nyvinning i grunnlovssammenheng. Dette lovfester prinsippet om dokument- og møteoffentlighet hos offentlige myndigheter. I dette ligger det at rikets borgere har et informasjonskrav overfor de offentlige myndighetene.

Med begrepet informasjonskrav menes det at borgerne har et rettskrav på å få informasjon fra en kilde, i dette tilfellet offentlige myndigheter. Den andre siden av det er en plikt for myndighetene til å gi fra seg informasjonen. Informasjonsplikten er passiv, det vil si at den som

⁴⁵ NOU 1999:27 s. 339 (pkt. 10.3.6)

⁴⁶ Eggen (2002) s. 277

⁴⁷ NOU 1999:27 s. 340 (pkt. 10.3.6)

ønsker informasjon fra myndighetene, må sette frem en begjæring om det.⁴⁸ Bestemmelsen slår fast at "enhver" har krav på informasjon fra offentlige myndigheter, hvilket betyr at hvem som helst kan fremme begjæring om informasjon uten at man pålegges å forklare hvorfor man etterspør informasjonen. Begrunnelsen for denne informasjonsplikten er den samme som for ytringsfriheten i seg selv. Bestemmelsen viser på mange måter til Offentleglova av 2006, som inneholder nærmere regler om innsyn for enhver i forvaltningens akter.

Pliktsubjektene i denne bestemmelsen er stat og kommune. Ifølge forarbeidene er det bundet opp til den nåværende forvaltningsstrukturen, dersom det skulle skje noen endringer i denne vil de eventuelle organer som tar over den samme kompetansen som stat og kommune være pliktsubjekt etter denne bestemmelsen.⁴⁹

Bestemmelsen gir som utgangspunkt "enhver" innsyn i alle dokumenter som forvaltningen utferdiger eller mottar. Tilsvarende gir den "enhver" rett til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte offentlige organer. Det følger av forarbeidene at med rettsmøter menes ordinære rettsmøter for domstolene, inkludert hovedforhandlinger. Møter i folkevalgte offentlige organer omfatter alle møter i kommune- eller bystyre, Stortinget etc. Faste utvalg eller komiteer omfattes ikke av reglene.⁵⁰

Femte ledd åpner i andre punktum for å gjøre en begrensning i denne retten. Forutsetningen er at begrensningene er hjemlet i lov, hvilket betyr formell norsk lov eller en klar forskriftshjemmel som gir forvaltningen denne kompetansen. Ved siden av dette må begrensningene begrunnes ut ifra personvern eller andre tungtveiende grunner. Personvern knyttes til at det kreves et visst nivå av konfidensialitet for visse typer personlig informasjon, herunder sensitive personopplysninger eller andre huslige forhold. Andre tungtveiende grunner kan være av hensyn til offentlig sikkerhet eller til forretningshemmeligheter.

4.2.1.6 Sjette ledd

Siste ledd i Grl. § 100 pålegger myndighetene å sikre ytringsfriheten, og legge til rette for et offentlig ordskifte. Dette utgjør på mange måter en plikt til å respektere demokratiet, herunder at man kan ytre seg om hvordan samfunnet skal være.

Grl. § 100 sjette ledd er bestemmelsen som grunnlovsfester det såkalte infrastrukturkravet. Etter forarbeidene innebærer dette at staten skal medvirke til at ulike grupper har en faktisk

⁴⁸ Eggen (2002) s. 271

⁴⁹ NOU 1999:27 s. 341 (pkt. 10.3.7)

⁵⁰ NOU 1999:27 s. 342

mulighet til å ytre seg offentlig.⁵¹ I dette ligger det en plikt til å sørge for en åpen og opplyst offentlig samtale, eller et overordnet ansvar for å opprette et offentlig rom. Noen av virkemidlene staten bruker er å finansiere universiteter, offentlige skoler, statskanalen NRK, samt visse former for pressestøtte og kulturstøtte.

Bestemmelsen har fra enkelte kanter vært utsatt for kritikk fordi den legitimerer offentlige inngrep i ytringsfriheten fra et kvalitetssikringsperspektiv. I følge Kyrre Eggen er denne kritikken noe forfeilet, da den ikke gir offentlige myndigheter noen mulighet til å gjøre inngrep i ytringsfriheten i seg selv,⁵² men den pålegger staten et ansvar for å medvirke til at det finnes kanaler for å ytre seg.

Begrepene "åpen" og "opplyst" i sjette ledd er et supplement som bidrar til å legge til rette for et visst mangfold, samt at det som legges frem er av en viss kvalitet. Dette henger sammen med 5. ledd som gir det offentlige en informasjonsplikt.

4.2.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon Artikkel 10

Ved siden av GrL § 100 er ytringsfriheten også lovfestet i formell lov ved at Den europeiske menneskerettighetskonvensjon er inkorporert i norsk rett og gjelder som norsk lov jf, menneskerettighetsloven § 2. Konvensjonshjemmelen for ytringsfriheten er EMK artikkel 10. Den består av to avsnitt hvor første avsnitt angir hovedregelen og andre avsnitt setter rammene for de inngrep man kan gjøre i ytringsfriheten. EMK artikkel 8 som verner retten til privatliv kan komme i konflikt med ytringsfriheten etter art. 10 og er likeverdig med denne, men av hensyn til oppgavens omfang har jeg ikke noen redegjørelse av artikkel 8.

Ytringsfrihetens grunnleggende betydning ble tidlig understreket av Menneskerettighetsdomstolen. Jeg vil trekke frem *Handyside mot Storbritannia*⁵³ der det ble det slått fast at ytringsfriheten er en grunnleggende forutsetning for demokratiet og således en betingelse for dets fremgang og for enkeltindividenes utvikling.⁵⁴ Ytringsfriheten gjelder ikke bare det som blir oppfattet av de fleste som positive, gode eller likegyldige ytringer, men også det som krenker, sjokkerer eller forstyrrer deler av befolkningen. Dette kreves av det frie, åpne og demokratiske samfunnet. De prinsipielle synspunktene som ble satt frem av EMD i *Handyside*-saken, har senere blitt fulgt i flere andre dommer.⁵⁵

⁵¹ NOU 1999:27 s. 343 (pkt. 10.3.8)

⁵² Eggen (2002) s. 272

⁵³ EMD 7.12.1976 (*Handyside mot Storbritannia*)

⁵⁴ Møse (2002) s. 452

⁵⁵ l.c.

Bestemmelsen fremstår som en relativt typisk konvensjonstekst siden den er ganske knapp. Det betyr at mange av enkeltordene må tolkes før bestemmelsen kan gis anvendelse.

4.2.2.1 Artikkel 10 første avsnitt

Første setning i artikkel. 10 første avsnitt slår fast at alle har rett til ytringsfrihet: *"Everyone has the right to freedom of expression"*. Ved at de har brukt ordet "alle" betyr det at det ikke gjøres forskjell mellom hvem som uttrykker seg. Det gjelder uansett hvem man er og den setter heller ingen begrensninger for hvor man kommer fra. Det gjøres ikke noen forskjell på tidsperspektivet i teksten og det vil si at det ikke gjøres noen forskjell på forutgående sensur av ytringer eller etterfølgende sanksjoner, dersom det skulle bli tale om å gjøre inngrep.⁵⁶ Det settes heller ingen begrensninger for ytringens form. Det vil si at det er ingen forskjell om ytringen settes frem i trykt skrift, fotografi, maleri, film, musikk, på radio, i samtaler, via epost, på klesdrakt, med hårfrisyre eller på noen annen måte som kan oppfattes.⁵⁷

Neste setning presiserer innholdet i ytringsfriheten: *"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"*. Med dette menes det at ytringsfriheten omfatter en frihet til å ha meninger, samt å motta og dele informasjon og ideer, uten innblanding fra offentlige myndigheter, uavhengig av landegrenser. I praksis viser det seg at dette dekker stort sett det meste av ytringer, uansett form.

Retten til å motta og meddele opplysninger nevnes spesielt i første avsnitt, og det betyr at likestilt med det å ha meninger er retten til å motta andres og dele disse meningene eller sine egne med andre. Det er i dette formularet man finner beskyttelsen for det offentlige ordskifte og således muligheten til å praktisere et demokrati.

Det bør også påpekes at ytringsfriheten er en frihet, det vil si at det er valgfritt for rettighetssubjektet om vedkommende vil uttale seg eller forholde seg taus. Det fremstår muligens som en uvanlig forståelse av ytringsfriheten, men det er likevel aktuelt. Dette aspektet omtales ofte som den negative ytringsfrihet.⁵⁸

Den siste setningen i første avsnitt slår fast at ytringsfriheten ikke er i veien for at offentlige myndigheter skal kunne kreve konsesjon eller annen tillatelse for å drive kringkasting eller kinovirksomhet. Det man imidlertid må merke seg er at nødvendighetskriteriet i andre avsnitt

⁵⁶ Høstmælingen (2002) s. 252

⁵⁷ Høstmælingen (2002) s. 251

⁵⁸ Møse (2002) s. 451

også må være oppfylt, for at det skal være adgang til å påkrevne konsesjon eller annen tillatelse for kringkasting eller kinodrift.⁵⁹

Både faktaopplysninger og verdivurderinger beskyttes av ytringsfriheten.⁶⁰ En faktaopplysning i denne sammenheng er en opplysning det er mulig å føre bevis for at er sann, og er således mulig å falsifisere ved å bevise det motsatte. En verdivurdering er en karakteristikk, noe man vanskelig kan føre bevis for. Konsekvensen av dette blir at det stilles strengere krav til potensielt skadelige faktaopplysninger enn verdivurderinger som vil ha den samme virkningen.

4.2.2.2 Artikkel 10 andre avsnitt

Vilkårene for å gjøre inngrep i ytringsfriheten følger av artikkel. 10 andre avsnitt. Denne bestemmelsen gjør det mulig å gjøre til dels store inngrep i ytringsfriheten. Det er viktig å påpeke at ytringsfrihet er hovedregelen og eventuelle inngrep i denne blir å regne som unntak. Ordlyden i andre avsnitt er som følger:

”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 interest of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health and 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”

Det første som trekkes frem er at det følger med et visst ansvar å ytre seg fritt. På grunn av dette er det adgang for staten til å underkaste friheten visse formaliteter, betingelser, restriksjoner eller straff, forutsatt at disse følger av lovtekst og er nødvendige i et demokratisk samfunn. I tillegg til dette må inngrepet være egnet til å oppfylle sitt formål med å beskytte en annen legitim interesse. Disse tre kriteriene er kumulative og det vil si at alle tre må være oppfylt for at man skal kunne gjøre et inngrep i ytringsfriheten.⁶¹ Av de interessene som listes opp i andre avsnitt er det som kan knyttes til å verne andres rettigheter, mest aktuelt for denne oppgaven. Når det kommer til retten til eget bilde og eventuell publisering av et slikt bilde, vil det være mest sannsynlig at det støter an mot en annen likeverdig rettighet, som for eksempel retten til privatliv i EMK artikkel 8.

⁵⁹ Høstmælingen (2003) s. 253

⁶⁰ Høstmælingen (2003) s. 252

⁶¹ Eggen (2002) s. 189

I praksis viser nødvendighetskriteriet seg som er det punkt der det oppstår mye tvil,⁶² hvor det for øvrig og kan være dissens mellom dommere i EMD. Erik Møse peker også på at dette kriteriet medførte en hel del uenighet, også ved den gamle tilsynsordningen, der det ofte var uenighet mellom Kommisjonen og Domstolen, i tillegg var det dissens begge steder. En god del dommer avsagt i plenum, det som i dag omtales som storkammer, ble avsagt under dissens.⁶³ Hva som fremstår som ”nødvendig i et demokratisk samfunn” er ganske vanskelig å slå fast. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, og hvilke momenter som er relevante, avhenger av sakens individuelle forhold.

Det er ikke bestandig EMD følger systematikken i unntaksbestemmelsen.⁶⁴ De tilfellene der EMD må veie en konvensjonsrettighet opp mot en annen likeverdig konvensjonsrettighet, som for eksempel ytringsfriheten i artikkel 10 mot retten til privatliv i artikkel 8 blir det nå foretatt en bred helhetsvurdering med bakgrunn i alle relevante momenter.⁶⁵

4.2.2.2.1 Lovkriteriet:

Det første av de tre kumulative vilkårene som må oppfylles for å gjøre inngrep i ytringsfriheten, er lovkravet. Krav om relevant lovtekst er et vilkår som stadig dukker opp når det er tale om menneskerettigheter og myndigheters adgang til å gjøre inngrep i disse.

Når EMK artikkel 10, andre avsnitt setter opp vilkår om lov menes det med dette en henvisning til en eller annen lovfestet norm i den innklagde stats lovgivning. Det bærende hensynet som ligger bak dette, er rettssikkerhet, herunder forutberegnelighet. En forutsetning for at dette skal oppfylles, er at den aktuelle lovteksten er allment tilgjengelig, og under dette følger det at den må være publisert på en slik måte at allmennheten kan gjøre seg kjent med den.⁶⁶ Det kreves også at normen er formulert på en slik måte at borgeren, om nødvendig med juridisk assistanse, har en reell mulighet til å forutse konsekvensene av sin utøvelse av ytringsfriheten.⁶⁷ Til dette kan man til en viss grad knytte et krav om at den aktuelle normen må fremstå som klar nok til at den aktuelle borgeren til en viss grad kan forutse de konsekvensene handlingen vil ha. I den anledning fremstår dommen ”To mistenkelige personer”⁶⁸ fra 50-tallet som interessant, der ble en film basert på en ekte historie, nektet vist under henvisning

⁶² Høstmølingen (2003) s. 253

⁶³ Møse (2002) s. 452

⁶⁴ Bekkedal (2014) s 315

⁶⁵ L.c.

⁶⁶ Eggen (2002) s. 202

⁶⁷ Eggen (2002) s. 193

⁶⁸ Rt. 1952 s. 1217

til ulovfestede personvern betraktninger, noe som det heller ikke var noen sterke holdepunkter for i rettspraksis.⁶⁹

Hvor strengt kravet til klarhet i loven er, avhenger også av det publikum den retter seg mot.⁷⁰ Man må stille større krav til klarhet når det dreier seg om en regel som retter seg mot allmennheten, enn en som retter seg mot fagpersoner med et høyt kunnskapsnivå på området.

I de fleste europeiske land vil dette kriteriet stort sett være greit å forholde seg til. I Norge publiseres alle lover av Stortinget når de vedtas, samt at de ligger ute indeksert og søkbare på Lovdata.⁷¹ Det vil også som regel være slik at de fleste lovtekster vil være mulige å forstå for de fleste, om enn med noe juridisk assistanse. Derfor volder dette kriteriet i realiteten få problemer i Norge og i andre civil law-baserte land. EMD er også åpen for å godta rettspraksis som ”law” siden en rekke land med rettspraksisbasert common law i stor grad vil basere seg på denne praksisen.

4.2.2.2 *Kravet til legitimt formål*

Det andre av de tre kumulative vilkårene for å gjøre inngrep i ytringsfriheten er kravet til et legitimt formål, eller ”legitimate aim”. Herunder holder det ikke at man kan forsvare inngrepet med hvilket som helst formål man skulle mene er legitimt. Med det menes at inngrepet må kunne begrunnes i et av de formålene som er listet opp i EMK artikkel 10 andre avsnitt:⁷² Hensynet til den nasjonale sikkerhet, den territorielle integritet eller den offentlige sikkerhet, forebygging av uorden eller forbrytelser, beskyttelse av helse eller moral, beskyttelse av andres rykte eller rettigheter, forhindre at fortrolige opplysninger blir røpet eller opprettholdelse av den dømmende makts myndighet og upartiskhet. Listen over legitime formål ansees for å være uttømmende.⁷³

Det faktum at konvensjonen lister opp hvilke formål som er legitime for å gjøre inngrep i ytringsfriheten, medfører en begrensning i hvilke argumenter som er relevante når man senere skal vurdere om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det kan fremstå som forholdsvis restriktivt, men de formålene som er listet opp er formulert ganske vidt, og vil i realiteten dekke de fleste legitime formål.

⁶⁹ Eggen (2002) s. 206

⁷⁰ Eggen (2002) s. 211

⁷¹ www.lovdata.no

⁷² Eggen (2002) s. 214

⁷³ l.c

Når EMD vurderer om kravet til legitimt formål er oppfylt, gjøres det en vurdering av om det aktuelle inngrepet sikter mot et eller flere av de oppramsede formålene, uavhengig av om det konkrete inngrepet fremmer formålet som søkes. Dette medfører at vilkåret anses oppfylt selv om inngrepet ikke kan sies å fremme det formålet det sikter mot.⁷⁴

4.2.2.2.3 Demokrati- og nødvendighetskriteriet

Det tredje og siste av de tre kumulative vilkårene for å gjøre inngrep i ytringsfriheten er nødvendighetskravet.

Generelt kan sies om nødvendighetskriteriet at den grunnleggende forutsetningen for det er at de hensyn man ønsker å beskytte ved å foreta et inngrep veies opp mot inngrepets konsekvens for ytringsfriheten.⁷⁵ I denne sammenheng må førstnevnte hensyn i det konkrete tilfellet fremstå som mer beskyttelsesverdig enn det siste. EMD har gjennom sin praksis gjort det klart at det er de lokale myndighetenes oppgave å vurdere hva som i det foreliggende forhold fremstår som nødvendig i et demokratisk samfunn. Grunnen til dette er at det er de lokale myndigheter som er nærmest til å vurdere det, siden det er de som har den nære kontakten med sine borgere. Man sier her at EMK gir de lokale myndighetene en viss skjønnsmargin de kan handle innenfor når de anvender begrepet i praksis.

Det må tilføyes at denne skjønnsmarginen ikke er ubegrenset, siden EMD etter konvensjonen kan overprøve konvensjonsstatens vurdering. Denne prøvingen omfatter både om inngrepet tjener et legitimt formål, og hvorvidt det fremstår som nødvendig. EMD sin prøving av saken er ikke begrenset til å prøve hvorvidt den lokale rettstilstanden er i overensstemmelse med EMK, men omfatter også en prøvelse om anvendelsen av de lokale rettsreglene oppfyller nødvendighetskriteriet.

EMD har gjennom lengre tid hatt for vane å sammenfatte det generelle innholdet i nødvendighetskriteriet gjennom deres plenumssaker der EMK artikkel 10 behandles.⁷⁶ Gjennomgående stiller EMD opp tre krav til et inngreps begrunnelse: 1) Begrunnelsen må være relevant, 2) Begrunnelsen må være tilfredsstillende og 3) Begrunnelsen må være proporsjonal i forhold til det formål man ønsker å oppnå.⁷⁷

⁷⁴ Eggen (2002) s. 215

⁷⁵ Eggen (2002) s. 216

⁷⁶ Eggen (2002) s. 217

⁷⁷ Eggen (2002) s. 220

Kravet om at begrunnelsen må være relevant

Bakteppet for hvorvidt begrunnelsen for et inngrep er relevant knyttes til hvorvidt begrunnelsen kan forankres i det legitime formålet inngrepet skal oppfylle. I denne forbindelse følger det at det ikke vil være skarpe skiller mellom kravet til legitimt formål og kravet om relevant begrunnelse.⁷⁸ Forskjellen mellom de to ligger i at man ser på om inngrepets formål er legitimt ved "legitimate aim"-vurderingen, mens man ved relevansvurderingen ser på hvorvidt begrunnelsen som er gitt for et aktuelt inngrep har forbindelse med det påberopte formål.⁷⁹

I denne sammenheng kan det tenkes at deler av begrunnelsen for inngrepet er relevant, men resten av den ikke er det. Et eksempel på det fikk man i Open Door-saken i EMD.⁸⁰ Saken dreide seg om en tjeneste som informerte irske kvinner om abortmuligheter i utlandet. Abort er forbudt i Irland, og de ønsket også å forby tjenesten. Forbudet ble begrunnet med å beskytte rettighetene til det ufødte foster, beskytte moralen og forebygge forbrytelser. EMD kom til at kun den delen som handlet om beskyttelse av moral var relevant, hvilket var tilstrekkelig til å oppfylle dette kriteriet.

Kravet om at begrunnelsen må være tilfredsstillende ("sufficient")

For å tilfredsstillende "sufficient"-kriteriet må inngrepet realisere det aktuelle formålet i så stor grad at inngrepet kan ansees nødvendig i et demokratisk samfunn.⁸¹ Det er et minimum at inngrepet bidrar til å realisere det formål man ønsker å oppnå. Hvor strenge krav som stilles hvorvidt formålet er realisert, varierer avhengig av hvor stor skjønnsmargin myndighetene har, og hvilke konsekvenser inngrepet får for ytringsfriheten generelt og den inngrepet rammer, konkret. I denne sammenheng hender det at EMD slår sammen vurderingen av dette kravet og den påfølgende proporsjonalitetsvurderingen.

Kravet om at begrunnelsen må være proporsjonal i forhold til formålet

Gjenstand for denne proporsjonalitetsvurderingen er om de relevante og tilfredsstillende hensyn som ligger bak et aktuelt inngrep veies opp mot de konsekvenser inngrepet vil få for ytringsfriheten generelt samt i det konkrete tilfellet inngrepet gjelder.⁸² Kyrre Eggen beskriver dette som en vurdering som må gjøres i tre trinn: 1) Vurdere styrken av de relevante tilfredsstillende hensyn. 2) Vurdere inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten. 3) Fastleggelse av de interne myndigheters skjønnsmargin.⁸³

⁷⁸ Eggen (2002) s. 222

⁷⁹ l.c.

⁸⁰ EMD 29.10.1992 (Open Door og Dublin Well Woman mot Irland)

⁸¹ Eggen (2002) s. 223

⁸² Eggen (2002) s. 227

⁸³ l.c.

Når man vurderer styrken av de relevante og tilfredsstillende legitime hensyn må man først slå fast hvilke konsekvenser disse vil få for det legitime formål om inngrepet ikke vil bli foretatt. Det aktuelle inngrepet må stå i samsvar med det legitime formålet som blir påberopt. Dreier det seg om hensynet til landets sikkerhet, kan inngrepet gå mye lenger enn om man bare vil beskytte andres rykte eller ære. Dersom inngrepet ikke kan forsvares, vil nødvendighetskriteriet ikke være oppfylt.⁸⁴ Et annet aspekt er å ta hensyn til de plikter og det ansvar som følger ved utøvelsen av ytringsfriheten, for dersom den som ytrer seg ikke har fulgt disse kan det tale for at inngrepet vil oppfylle nødvendighetskriteriet, det kan bare knyttes til meddelelsesfriheten, ikke informasjonsfriheten.⁸⁵

Et inngreps konsekvenser for ytringsfriheten avhenger både av de konsekvenser det får generelt for ytringsfriheten og de konsekvenser det får for den som ytrer seg. I følge Kyrre Eggen vektlegges konsekvenser for ytringsfriheten generelt størst vekt.⁸⁶ Det mest grunnleggende er å vurdere ytringens innhold. Er det noe av politisk eller samfunnskritisk art bør adgangen til å gjøre inngrep være særs snever, men dreier det seg om kommersielle ytringer, vil ikke de ha et like sterkt vern. Kunstneriske ytringer nyter også et ganske sterkt vern. Et inngreps konsekvenser overfor klager beror på hvilken utstrekning det får konsekvenser for klageren.⁸⁷

Det siste er å fastlegge myndighetenes skjønnsmargin. Innledningsvis bør det påpekes at siden ytringsfriheten er en fundamental rettighet, vil skjønnsmarginen være forholdsmessig snever ved inngrep i denne, enn for andre mindre fundamentale rettigheter.⁸⁸ Ved fastleggelsen av statenes skjønnsmargin trekker Kyrre Eggen frem noen momenter som gjør seg gjeldende.⁸⁹ For det første blir det undersøkt om det foreligger noen *felleseuropeiske holdninger på området*. Dersom det foreligger slike holdninger vil det være små rom for avvik fra disse, siden det er et uttalt mål med EMK å harmonisere statenes forståelse av den. Et annet viktig moment er hvilke av de *legitime formål som gjør seg gjeldende* i saken. Dersom det dreier seg om politiske, sikkerhetsmessige eller moralske hensyn vil EMD utvise mer moderasjon i å overprøve enn om det dreier seg om juridiske hensyn. Det er også et viktig moment hvorvidt det aktuelle *inngrepet tjener til å oppfylle en annen konvensjonsrettighet*, og da vil staten få utvidede skjønnsrammer. Det fremstår som lite skjønnsomt å slå ned på et inngrep som er vedtatt av en stat, der inngrepet i god tro er ment å oppfylle statens forpliktelser i forhold til en annen konvensjonsbestemmelse, for eksempel retten til privatliv i EMK artikkel 8.

⁸⁴ Eggen (2002) s. 228

⁸⁵ Eggen (2002) s. 229

⁸⁶ l.c.

⁸⁷ Eggen (2002) s. 232

⁸⁸ Eggen (2002) s. 233

⁸⁹ Eggen (2002) s. 234

4.3 Lovhjemler som begrenser ytringsfriheten

I det følgende vil jeg gjøre rede for de to lovhjemlene jeg anser for å være mest relevante for oppgavens problemstilling når det gjelder å gjøre begrensninger i ytringsfriheten. Den første er Åndsverkloven § 45c, som er sentral med hensyn til retten til eget bilde. Den andre er straffeloven § 390 som favner litt videre og hjemler et straffeansvar for brudd på privatlivets fred.

4.3.1 Åndsverkloven § 45c

I norsk lovgivning finner man et særskilt vern for visse typer personopplysninger. Åvl. § 45c verner om retten til eget bilde. Det vil si retten til å bestemme om et bilde av en selv kan publiseres offentlig eller ikke. Bestemmelsens ordlyd retter seg spesielt mot fotografi. Den handler om vern av personopplysninger, så dens plassering i åndsverkloven fremstår derfor som noe merkelig, for rent systematisk ville bestemmelsen hørt hjemme i personopplysningsloven. Bakgrunnen for dette er opphevelsen av den gamle fotografiloven, der særbestemmelsene som gjaldt for fotografi ble inkludert i åndsverkloven, deriblant retten til eget bilde i tidl. fotografiloven § 15.⁹⁰

Det fremgår av forarbeidene at fotografiloven § 15, var noe omstridt. Norsk Redaktørforening hevdet at regelen i sin helhet burde oppheves, noe Norsk Journalistlag sluttet seg til. Kritikken gikk ut på at den særbehandler fotografiske opplysninger og således innførte et generelt forbud, uten at den tok hensyn til om innholdet er krenkende eller ikke. Dette i motsetning til strl. § 390, som jeg kommer tilbake til nedenfor.⁹¹ Generelt sett kan jeg si meg enig i denne kritikken, hvilket jeg har utdypet nedenfor i punkt 5.1.

4.3.1.1 Hovedregel: Samtykke

Hovedregelen i åvl. § 45c er at det kreves et samtykke for å gjengi eller vise et bilde av en person offentlig. For at det skal dreie seg om en avbildning av person må det til en viss grad stilles krav til at vedkommende kan identifiseres av en større krets personer.⁹² Offentlig visning eller gjengivelse forklares åvl. § 2 tredje ledd, jf pkt. 4.1.3 ovenfor.

Med samtykke menes at personen som er avbildet, må ha gitt en positiv tillatelse til å publisere bildet. Det stilles i lovteksten ingen formelle krav til dette samtykket, og det følger heller ikke noe av forarbeidene. Jeg velger derfor å anta at dette samtykket kan gis i hvilken som helst form, det vil si muntlig så vel som skriftlig. Slik regelen er utformet tolker jeg den dit hen at samtykke må avgis uttrykkelig, og at det ikke er tilstrekkelig med stilltiende samtykke. Stilltiende samtykke ville redusert regelens virksomhet ganske betydelig.

⁹⁰ Ot. prp. nr. 54 (1994-1995) pkt. 3.1.4

⁹¹ I.c.

⁹² Rt. 2008 s. 489 ("Plata")

Hovedregelen om samtykke vil i utgangspunktet være ganske problematisk i forhold til yttingsfriheten i Grl. § 100 og EMK artikkel 10. Fra hovedregelen om samtykke gjelder det derfor en rekke unntak i første ledd litra a-e som medfører at personbilder kan publiseres uten samtykke fra avbildede. Disse unntakene er ganske viktige for at enkelte aktører som for eksempel pressen, skal kunne utøve sin virksomhet.

4.3.1.2 Unntak a) "aktuell og allmenn interesse"

Det første unntaket fra hovedregelen om samtykke fra avbildede ved publisering av personbilde handler om de tilfellene der bildet har "*aktuell og allmenn interesse*". Denne unntaksregelen benytter pressen for å publisere et bilde.

Lovens ordlyd krever at det konkrete bildet må ha aktuell og allmenn interesse.⁹³ Med det menes for det første at bildet må ha en viss aktualitet. Det vil si at bildet til en viss grad må være dagsaktuelt og dreie seg om noe som kan sies å være tema i det offentlige ordskiftet. Begrepet allmenn interesse kan knyttes til hvorvidt bildet har interesse for en videre krets personer, eventuelt at bildet benyttes i en sammenheng, der sammenhengen tilsier at flere har interesse av bildet. Et eksempel er om VG bruker et bilde av statsministeren til illustrasjon i en sak som angår henne, vil hun ikke kunne motsette seg den bruken av bildet.

Det hevdes av Kyrre Eggen at kravet i åvl § 45c om aktualitet går for langt i forhold til yttingsfriheten etter EMK. artikkel 10. Det er ikke noe krav om at en ytring skal være aktuell.⁹⁴ Et eksempel på dette er News Verlags-saken⁹⁵ der en avis illustrerte en reportasje om en person som var mistenkt for terrorbombing, med vedkommendes bryllupsbilde. Her dreiet det seg om en artikkel av allmenn interesse, men den lokale domstolen kom til at selve bildet ikke var det. EMD kom til at det var et brudd på EMK artikkel 10 at østerrikske domstoler dømte avisen for personvernbrudd for bruk av bildet i den sammenhengen.

Andreas Galtung trekker frem at kjente personer har et noe dårligere vern enn andre personer.⁹⁶ Bakgrunnen for det er at det kjente personer foretar seg, vil oftere være av interesse for allmennheten. Det går dog grenser for hvor langt man kan gå i å fotfølge kjente personer, noe den første Von Hannover-dommen i EMD viser.⁹⁷ De kan dog ikke brukes fritt i reklameøyemed. Per Kristian Ellefsen, som spilte Elling i Ingvar Ambjørnsens verk med samme navn,

⁹³ Eggen (2002) s.726

⁹⁴ l.c.

⁹⁵ EMD 11.1.2000 (News Verlags mot Østerrike)

⁹⁶ Galtung, note 99, Åvl. (sett 30.9.2014) og EMD 7.12.2012 (Von Hannover mot Tyskland 2)

⁹⁷ EMD 24.9.2004 (Von Hannover mot Tyskland)

gikk til sak mot bokklubbene for at de brukte et bilde av han i deres markedsføring av bokserien. Retten kom til at bokklubbene ikke kunne gjøre dette, men hadde det vært i forbindelse med markedsføring av selve filmen måtte Ellefsen funnet seg i å bli brukt i markedsføringen av da han selv spilte en av hovedrollene.⁹⁸

4.3.1.3 *Unntak b) "avbildningen av person er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet"*

Det andre unntaket er knyttet til de tilfellene hvor selve avbildningen av person er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet. Dette blir en forholdsvis sterkt skjønnsmessig vurdering der mange forskjellige forhold vil spille inn i vurderingen. Ut ifra ordlyden ser jeg noen momenter til vurdering. 1) Hva søker bildet å formidle? 2) Hvilken rolle spiller selve avbildningen av person? 3) Hvilket blikkfang innebærer avbildningen? 4) Foreta en totalvurdering.⁹⁹

Det første momentet kan knyttes til selve bildet i sin helhet, om hva det er tatt bilde av. Der som man har tatt bilde av en bygning, en gate, et skip, en typisk severdighet eller liknende skal i utgangspunktet ikke åvl. § 45c være i veien for dette. I slike tilfeller hender det ofte at personer blir med på bildet, nærmest ved en tilfældighet. Det vil fremstå som vanskelig, til tider umulig, å fotografere slike motiver uten også å avbilde personer.

Det andre momentet er det bildet vil formidle, herunder stemningen eller situasjonen. Er det et rent "reportasjebilde", det vil si at bildet er tatt for å formidle at man har vært et sted, trekker det i retning av at avbildningen av person er mindre viktig enn hovedinnholdet. Det er mer problematisk med det klassiske gatefotoet. Dette er en sjanger som handler om å formidle en stemning eller en situasjon. Da er det ikke personene som er avbildet som er hovedinnholdet i bildet, men situasjonen. Personene spiller en siderolle, dog er menneskene avgjørende for at bildet skal få den stemning eller uttrykk som er tiltenkt.

Det tredje momentet jeg trekker frem, er hvilket blikkfang personavbildningen gir bildet. Selv om en person spiller en forholdsvis ubetydelig rolle i et bilde, kan blikkfanget den personen gir bildet tilsa at selve avbildningen av person overskygger hovedinnholdet i bildet. Mæland har i en artikkel i Lov og Rett fra 1985 om fotografiloven § 15 trukket fram som eksempel at selv om man tar bilde av sanddyner i en ørken, og man får med en naken person i det ene hjørnet av bildet vil, det innebære et såpass stort blikkfang at det fort overskygger ørkenlandskapet.¹⁰⁰

⁹⁸ RG 2003 s. 868 (Oslo Tingrett)

⁹⁹ Galtung, note 100, åvl (sett 30.9.2014)

¹⁰⁰ Mæland, LoR (1985) s. 215

Selv om man skulle komme til at selve avbildningen av person er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet, må man likevel foreta en totalvurdering om det likevel er behov for vern av den avbildede. I slike tilfeller vil det være nærliggende å trekke frem hvordan avbildede fremstår i fotografiet, om det er krenkende eller belastende for avbildede og hvor avbildede befinner seg. Dersom man oppholder seg på privat område, vil man følgelig ha en mer berettiget forventning om personvern.¹⁰¹

4.3.1.4 Unntak c) ”gjengir forsamlinger, folketog i friluft eller hendelser som har allmenn interesse”

Det tredje unntaket fra samtykkekravet i åvl. § 45c er de tilfellene et fotografi viser forsamlinger, folketog i friluft eller hendelser som har allmenn interesse. Dette kan på mange måter karakteriseres som 17. mai-unntaket. Det er ingen ting i veien for å ta bilder av 17.mai-tog og publisere disse.

Vilkårene for unntaket er at det må dreie seg om *forsamlinger, folketog i friluft* eller hendelser som har *allmenn interesse*. Forsamlinger og folketog i friluft kan være ganske sammenfallende. Eksempel på en forsamling vil være et hvilket som helst allmøte, for eksempel når Stortinget holder møter.¹⁰² Folketog i friluft vil for eksempel være 17. mai-toget, demonstrasjonstog for/mot et eller annet formål, eller et idrettsarrangement. Hovedhensynet bak denne unntaksregelen er at slike begivenheter ofte vil ha en allmenn interesse, og det må derfor være anledning til å publisere bilder fra disse.

Mæland trekker frem det tilfellet der det dreier seg om noe som nevnt i ordlyden, men man isolerer en person fra resten av forsamlingen.¹⁰³ Dersom ikke bildet av den ene personen kan sies å være kompromitterende eller særlig lite flatterende må dette kunne sies å dekkes av ordlyden i unntak c). I de tilfeller der man avbilder en enkeltperson på en slik måte at vedkommende skiller ut fra forsamlingen, gjøres ikke det fordi personen har noen spesiell interesse, det er heller for å gi den som ser bildet en nærmere skue av stemningen, den konkrete personen har ikke noen interesse.¹⁰⁴ Det gjelder dog noen unntak fra denne muligheten. I de tilfeller der en person oppfører seg særlig annerledes enn resten, eller fremstår på en slik måte at vedkommende skiller seg ut, og således henges ut for offentligheten, kan ikke dette subsumeres inn under unntak c). Et eksempel er at man fotograferer tilskuere på en fotballkamp, og en eller noen få er veldig mye mer beruset enn resten. I slike tilfeller vil det være urettferdig å ”henge ut” vedkommende.

¹⁰¹ Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto)

¹⁰² Mæland, LoR (1985) s. 216

¹⁰³ l.c.

¹⁰⁴ l.c.

Det kan også tenkes at et bilde blir kompromitterende uten at fotografen har forutsett det. Mæland trekker frem et eksempel der et tilfeldig bilde fra Karl Johans gate viser en mann hånd i hånd med en dame, hvorpå mannen har sagt til sin kone at han er på forretningsreise. En kan vanskelig se at fotografen eller den som publiserer bildet kan komme i ansvar her.

4.3.1.5 Unntak d) ”reklame for fotografens virksomhet”

Unntak d) oppstiller et vilkår om at dersom et eksemplar av en personavbildning brukes som reklame for fotografens virksomhet og dersom den avbildede ikke nedlegger et forbud om det, kan eksemplaret brukes slik.

Det underliggende hensynet som synliggjør seg her er hensynet til fotografens opphavsrett til det immaterialrettslige innholdet i personbildet, og retten til å benytte seg av det til å markedsføre sin egen virksomhet. Når en fotograf tar et bilde, får vedkommende fotograf de immaterialrettslige rettighetene til bildet etter åndsverkloven. Det skilles mellom økonomiske rettigheter og ideelle rettigheter. De økonomiske rettighetene til bildet overdras til den som har betalt for bildene, mens de ideelle rettighetene forblir hos fotografen. Ut ifra ordlyden kan det tolkes slik at det er de ideelle rettighetene i åndsverket som gjør seg gjeldende i forbindelse med denne regelen. Det er av hensyn til fotografen slik at vedkommende fotograf kan bygge opp sin portfolio og markedsføre sin egen virksomhet.¹⁰⁵

Bestemmelsen innebærer imidlertid en absolutt skranke. Det er en forutsetning at ikke den avbildede legger ned et forbud mot slik bruk. Når man tar i betraktning det opphavsrettslige aspektet trekker det i retning av at det burde foreligge et konkret, positivt uttrykt forbud mot at fotografen bruker bildet til markedsføring.

4.3.1.6 Unntak e) ”bilde brukt i biografi, som bevis i retten eller til etterlysning”

Den siste unntakshjemmelen i åvl. § 45c finner vi i bokstav e). Denne omhandler personbilde brukt til illustrasjon i forbindelse med litteratur av biografisk innhold, brukt som bevis i retten eller til etterlysning av avbildede.

Den første delen av det siste unntaket tilsier at publisering av personbilde i samsvar med åvl. § 23 ikke er i konflikt med retten til eget bilde. Det er en henvisning til bruk av åndsverk i skrift av biografisk art.¹⁰⁶ Det vil si at et personbilde fritt kan brukes til illustrasjon i en biografi som omhandler den avbildede. I denne sammenheng kan verken opphavsmannen eller

¹⁰⁵ Galtung, note 102, åvl (sett 30.9.2014)

¹⁰⁶ Åvl. § 23 tredje ledd

avbildede føre frem med innsigelser mot denne bruken. Det bakenforliggende hensynet er til alminnelig opplysning og at bildet vil ha aktuell og allmenn interesse i forbindelse med den foreliggende teksten.¹⁰⁷

Den påfølgende delen av unntaket viser til åvl. § 27 annet ledd som sier at åndsverkloven ikke er til hinder for at et verk, herunder personbilde brukes i forbindelse med etterlysning, etterforskning eller som bevismiddel i retten. Det fremstår som ganske selvfølgelig at det er unntak for å gjøre dette, siden det vil være lite fornuftig å bruke personvern for å hindre en effektiv etterforskning eller en rettferdig rettergang.¹⁰⁸

4.3.1.7 Vernetid

Etter åvl. § 45c andre ledd er vernetiden for personbilder avbildedes levetid og 15 år etter hans eller hennes død. I forarbeidene var et av forslagene å begrense retten til eget bilde til så lenge avbildede selv lever, siden døde personer neppe kan ha krav på personvern.¹⁰⁹ Selv om avdøde ikke vil ha noe krav på personvern, gis det av hensyn til de etterlatte.

4.3.2 Straffeloven § 390

Nedenfor gjør jeg en løpende gjennomgang av strl. § 390, unntatt fjerde ledd som etter min oppfatning ikke er relevant for oppgaven. Strl. § 390 oppstiller et straffeansvar for overtredelse av privatlivets fred ved å gi offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold. Bestemmelsens formål er å verne levende og til en viss grad avdøde personer mot krenkende omtale av private forhold.¹¹⁰ Juridiske personer er ikke vernet.¹¹¹ Straffebudet stiller opp tre kumulative vilkår for å kunne idømme straff for brudd på strl § 390. For det første kreves det at man: 1) har *krenket privatlivets fred* ved å ha gitt 2) *offentlig meddelelse* om 3) *personlige eller huslige forhold*.

4.3.2.1 Krenker privatlivets fred

Den første forutsetningen straffebudet setter er at det må dreie seg om en *krenkelse av privatlivets fred*. Dette formularet forutsetter at det ikke kan dreie seg om helt bagatellmessige overtredelser av privatlivets fred. Trivielle opplysninger som at noen har kjøpt seg et hus, en bil eller har giftet seg, vil i alminnelighet ikke kunne utgjøre en krenkelse av privatlivets fred.¹¹²

¹⁰⁷ Rieber-Mohn, note 46, åvl. (sett 30.9.2014)

¹⁰⁸ Galtung, note 104, åvl. (sett 30.09.2014)

¹⁰⁹ Ot. Prp. nr. 54 (1994-1995) pkt. 3.1.4

¹¹⁰ Eggen (2002) s. 722

¹¹¹ l.c.

¹¹² Eggen (2002) s. 723

Eggen viser til et eksempel fra Borgarting lagmannsrett der Kjell Inge Røkke begjærte midlertidig forføyning mot VG siden han mente at det å publisere bilder av interiøret i hans nye luksusyacht ville krenke privatlivets fred. Retten kom til at det var tvilsomt om det i det hele tatt dreiet seg om noe som var av betydning for Kjell Inge Røkkens privatliv, uansett var ytringen ikke fremsatt på en utilbørlig måte ut ifra hensynet til ytringsfriheten.¹¹³

I motsetning til dette peker Eggen på noen tilfeller der det vil utgjøre en krenkelse av privatlivets fred om man gir allmennheten opplysninger om til dels trivielle opplysninger.¹¹⁴ Dersom man offentliggjør personopplysninger som navn, adresse, telefonnummer, e-post etc. om en person som skjuler disse opplysningene av frykt for forfølgelse, vil det utvilsomt utgjøre en krenkelse av privatlivets fred. Når man skal vurdere om opplysningen, eller opplysningene som gjøres offentlige er tilstrekkelig sensitive til at de innebærer en overtredelse av loven, må det foretas en helhetsvurdering av opplysningene, det gjelder også for sammenhengen opplysningene settes frem i og det bakenforliggende formålet.

Det er vanskelig å gi en konkret oversikt over hvilke opplysninger som er så sensitive at de vil overtre strl. § 390. Eggen trekker frem opplysninger om seksuell atferd, helsemessige opplysninger, opplysninger om slekt og vennsforhold, religionsutøvelse og politiske synspunkter fremført innenfor privatsfæren. Utover dette vil vurderingen være avhengig av konteksten de settes frem i.

4.3.2.2 Offentlig meddelelse

Det neste vilkåret strl. § 390 setter opp er et krav om at det må foreligge en *offentlig meddelelse* som krenker privatlivets fred. Dette er en henvisning til strl. § 7 andre ledd der det er presisert hva som menes med en offentlig handling i straffeloven. For at en handling, herunder fremsettelse av for eksempel et bilde, skal regnes som offentlig, må den oppfylle et av tre vilkår i strl. § 7 andre ledd. Det første vilkåret er om handlingen er foretatt i nærvær av et større antall personer. Hva som omfattes av et større antall personer er noe uklart, men etter rettspraksis må det dreie seg om 15 til 30 personer eller mer,¹¹⁵ seks personer er ikke nok.¹¹⁶ Det andre vilkåret er om handlingen kan iakttas og er blitt iaktatt fra et offentlig sted. Ordlyden omfatter både det at noen fra en offentlig plass har mulighet til å se og/eller høre det som er blitt fremført, og faktisk har sett og/eller hørt det.¹¹⁷

¹¹³ Eggen (2002) s. 723

¹¹⁴ I.c.

¹¹⁵ Rt. 1977 s. 754 og Rt. 1980 s.48

¹¹⁶ Rt. 1995 s. 304

¹¹⁷ Matningsdal, note 30, strl. (sett 1.11.2014)

Det siste vilkåret for at en handling skal ansees som offentlig, finnes i leddets andre punktum. Dette vilkåret er rettet spesielt mot offentlig fremsatte ytringer. Det kreves at ytringen er fremsatt på en slik måte at den er egnet til å nå et større antall personer. Det er en teknologinøytral formulering som i realiteten vil dekke enhver form for publisering, også på Internett. Det har ikke bestandig vært slik. Bestemmelsen ble endret i 2013¹¹⁸ etter den kontroversielle ”Bloggerkjennelsen” i Høyesteretts ankeutvalg.¹¹⁹ Saken dreide seg om hvorvidt oppfordringer til drap på polititjenestemenn på en internettblogg var å anse som fremført i ”trykt skrift”. Flertallet i ankeutvalget viste til det forsterkede legalitetsprinsippet i strafferetten og kom til at det ikke var tilfelle, da ytringer på internett neppe kunne regnes som ”trykt skrift” etter en naturlig tolkning av begrepet. Mindretallet, en dommer, viste til at lovgiver i sin tid ønsket å ramme enhver form for publisering, og at det derfor måtte omfattes. Jeg mener det er en veldig fornuftig avgjørelse av Høyesterett, siden det i strafferetten burde utvises stor grad av forsiktighet med å anvende utvidende og særlig analogiske tolkninger.

Det aspektet ble fremhevet som problematisk allerede i 2006 i en rapport der behovet for endringer i personopplysningsloven ble utredet,¹²⁰ uten at det ble gjort noe med dette inntil Høyesterett i 2012 avsa ”bloggerkjennelsen”.¹²¹

4.3.2.3 *Personlige eller huslige forhold*

Det siste vilkåret forutsetter at det må dreie seg om *personlige eller huslige forhold* som meddeles offentlig på en krenkende måte. Hva som regnes som *personlige* forhold er et veldig vidt begrep med forholdsvis få begrensninger. Kyrre Eggen ramser opp følgende opplysninger: relasjoner til nærstående, medisinske opplysninger, opplysninger om seksuelle forhold, om kjennetegn på legeme, opplysninger om personers religiøse tilhørighet og politiske oppfatninger, samt også til en viss grad opplysninger om økonomiske forhold.¹²²

Et eksempel på hva som er et personlig forhold finnes i rettspraksis.¹²³ Høyesterett kom i dette tilfellet til at offentliggjøring av navnene på personer som arbeidet under streik er å anse som personlige forhold. Dette begrenser seg ikke bare til en persons arbeid, men også vedkommendes stilling. Eggen kritiserer denne avgjørelsen og viser til en dom tatt inn i Rt. 1931 s. 129, der det antas at det må være anledning til å offentliggjøre navn på streikebrytere i en ar-

¹¹⁸ Lov av 24. mai 2013 nr. 18

¹¹⁹ Rt. 2012 s. 1211

¹²⁰ Schartum og Bygrave (2006) s. 76

¹²¹ Rt. 2012 s. 1211

¹²² Eggen (2002) s. 722

¹²³ Rt. 1915 s. 32

beidskonflikt. Selv mener jeg at det er betenkelig å gå ut med denne typen informasjon av hensyn til de det gjelder.

Begrepet *huslige forhold* er vesentlig mer begrenset en *personlige forhold*. Det må antas at de kan knyttes til opplysninger om forholdene i hjemmet og familielivet.¹²⁴ Bestemmelsens ordlyd gjør ikke noen forskjell på om det dreier seg om sanne eller usanne opplysninger. Det kreves bare at ytringen tar sikte på å formidle en sann påstand om private forhold. I denne sammenheng må det foretas en avgrensning mot de opplysninger som ikke tar sikte på å formidle en sann påstand, men som åpenbart er fiktive og også gir seg ut for å være dette. De omfattes ikke av begrepet *huslige forhold*.

4.3.2.4 Andre ledd

Straffebudets andre ledd begrenser anvendelsesområdet ved å vise til to andre straffebud, det ene er strl. § 250, det andre er strl. § 254. Det første av straffebudene det vises til, handler om fornærmedes fremkallelse av en æreskrenkelse ved provokasjon. Overført til strl. § 390 betyr det at dersom fornærmede har provosert den tiltalte til å krenke fornærmedes privatliv ved offentlig meddelelse av personlige eller huslige forhold, skal den tiltalte gå fri. Det andre straffebudet, strl. § 254 innebærer en personell innskrenkning i straffeansvaret. Dersom det foreligger en offentlig meddelelse av personlige eller huslige forhold som krenkelse av privatlivets fred, og denne er gjort i trykt skrift, fritas fra straff de som bare har gjort et teknisk bidrag til at ytringen ble satt frem. Det vil si de som driver med redigering, publisering og trykk i redaksjonen. Det fremstår som ganske naturlig da det ville fremstått som sterkt urimelig å pålegge disse et straffeansvar.

4.3.2.5 Tredje ledd

Bestemmelsens tredje ledd gir en adgang til å foreta inndragning etter strl. § 38 dersom forøvelsen er gjort i trykt skrift. Vilåret om at det trykte skriftet må være av ”forbrytersk innhold” er en forutsetning for at inndragning kan finne sted. Vanligvis kan man ikke inndra trykte skrifter som medfører en forseelse, men det er gjort et unntak for strl. § 390, siden det uttrykkelig er henvist til strl. § 38.

¹²⁴ Eggen (2002) s. 723

4.4 Rettspraksis

Under dette punktet vil jeg relativt kortfattet redegjøre for innholdet i noen rettsavgjørelser som jeg anser for å være relevante for oppgavens problemstilling. Det er i hovedsak avgjørelser i Norges Høyesterett, men jeg har også tatt med tre fra EMD.

4.4.1 Rettspraksis i Norge

4.4.1.1 Rt. 2009 s. 265 (Muhammed-karikatur)

Saken dreide seg om et bilde som ble tatt i en demonstrasjon mot det kristne bladet Magazinet sin publisering av de kontroversielle Muhammed karikaturene i 2006. Dette bildet ble gjengitt ved en senere anledning, uten sammenheng med demonstrasjonene i 2006. Det omtvistede bildet ble brukt som forsidebilde i ukemagasinet Memo. Det aktuelle nummeret hadde innvandryngsfrykt som hovedtema.¹²⁵ For øvrig kom det ikke frem med noen medfølgende bilde-tekst hvilken sammenheng bildet var hentet fra, eller at det var et tilfeldig valgt bilde. Samlet sett gav magasinet tema og bildet et inntrykk av at det var en sammenheng mellom de to, uten at det var tilfelle.¹²⁶ Et annet aspekt ved publiseringen av bildet var at sammenhengen fremstilte avbildede på en belastende måte.¹²⁷

Høyesterett kom enstemmig til at publiseringen av bildet utgjorde et brudd på åvl. § 45c.¹²⁸ Førstvoterende trakk frem at bildet i seg selv ikke var krenkende og formidlet en stemning som eksisterte i den aktuelle demonstrasjonen. Hadde bildet blitt publisert i den anledningen det ble tatt, ville det vært uproblematisk, siden det utvilsomt ville falt under unntak a) allmenn og aktuell interesse, men tatt ut av sin sammenheng var ikke dette aktuelt.

Høyesterett peker også på at bruken av bildet i den sammenhengen det fremkom også var et brudd på pressens egne regler for bildebruk.¹²⁹ Pressens Faglige Utvalg (PFU) hadde i en avgjørelse kommet til at bildebruken stred med Vær varsom-plakaten punkt 4-10 som tilsier at man skal være varsom med å bruke bilder utenfor sin sammenheng.

Som en konsekvens ble avisen idømt et erstatningsansvar etter erstatningsbestemmelsen i åvl. § 55, der avbildede gis rett på erstatning for ikke-økonomisk skade når et personblide brukes på en krenkende måte. Dette gjelder uavhengig av om redaktøren mente bildebruken er rettmessig.¹³⁰

¹²⁵ Rt. 2009 s. 265, Avsnitt 7

¹²⁶ Avsnitt 43

¹²⁷ Avsnitt 55

¹²⁸ Avsnitt 66

¹²⁹ Avsnitt 61

¹³⁰ Avsnitt 67

4.4.1.2 Rt. 2009 s. 1568 (Snøbrettkjører)

Denne saken handlet om en verdenskjent snøbrettkjører ved navn Andy Finch og et bilde av ham som ble tatt under en konkurranse i Tromsø.¹³¹ Dette bildet viste Finch i et luftig svev over Tromsø. Selv om ansiktet hans ikke kunne ses på bildet, var stilen hans lett gjenkjennelig slik at enhver med kunnskap innen snøbrettmiljøet lett kunne gjenkjent ham. Bildet ble senere brukt i markedsføringen av kampanjen for å få OL til Tromsø i 2018, uten at de hadde innhentet Finchs samtykke til dette. Tromsø 2018 anførte unntak b) fra åvl. § 45c, at avbildingen av person var mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet.

Førstvoterende kom frem til at dette ikke kunne føre frem da Finch dekket mesteparten av høyden i bildet.¹³² Selv om det er det luftige svevet som var hovedinnholdet, var avbildingen av Finch en forutsetning. Førstvoterende viser til en tidligere avgjørelse¹³³ der det fremkommer at det er et brudd på retten til eget bilde når et personbilde brukes i markedsføringsøyemed uten avbildedes samtykke.¹³⁴

Et problem man står overfor her, er at Finch ikke dekkes av personkretsen åvl. § 45c dekker etter åvl. § 58 tredje ledd. Førstvoterende kom likevel til at Finch hadde et vern, all den tid det også gjelder et ulovfestet grunnlag¹³⁵ for dette, likt det som er lovfestet i åvl. § 45c, han viste så til at tidligere praksis på dette ikke er omtvistet.¹³⁶ Dommen ble avsagt under dissens 4-1 der førstvoterende vant frem med sitt syn. Andrevoterende i mindretall kom frem til at selve avbildingen av person var mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet, og således ikke utgjorde noen overtredelse av retten til eget bilde. Slik bildet er komponert er enig med førstvoterende, da Finch' luftige svev klart nok utgjør bildets hovedinnhold.

4.4.1.3 Rt. 2008 s. 489 (Platadommen)

Saken handlet om en mann som ble pågrepet for kjøp av narkotika på åpen gate.¹³⁷ Etter at han ble pågrepet for å kjøpe narkotika på åpen gate ble han og stedatteren filmet av et overvåkningskamera. Dette materialet ble overlevert NRK som viste det i sammenheng med en reportasje. Mannen kunne ikke identifiseres, siden hans ansikt var skjult. Han hadde imidlertid med seg sin stedatter, hvis ansikt kunne kjennes igjen på videoen. Mannen påstod at dette utgjorde en krenkelse av privatlivets fred etter strl. § 390.

¹³¹ Rt. 2009 s. 1568, Avsnitt 3

¹³² Avsnitt 32

¹³³ Rt. 1983 s. 637

¹³⁴ Rt. 2009 s. 1568, Avsnitt 32.

¹³⁵ Avsnitt 38

¹³⁶ Rt. 1952 s. 1217 (To Mistenkelige Personer)

¹³⁷ Rt. 2008 s. 489, Avsnitt 5

Førstvoterende gikk innledningsvis til forarbeidene der det advares mot en uthuling av sannhetsforsvaret i identifiserings- og fotoforbudet, hvilket taler for at dette innslaget faller innenfor virkeområdet til strl. § 390. Høyesterett viste så til rettsstridsreservasjonen som må tolkes inn i ordlyden.¹³⁸ Retten påpeker at det i motsetning til Big Brother-dommen, som påberopes av den avbildede mannen ikke gjaldt en reportasje som kan karakteriseres som "ren sladder".¹³⁹ Etter Høyesteretts syn var reportasjen av stor samfunnsmessig interesse, og det visuelle inntrykket filmen med mannen og hans stedatter skapte, var nødvendig for å gi innslaget den slagkraften det hadde.¹⁴⁰

Det vises også til det faktum at det kun skjer en beskjeden grad av identifisering, slik at mannen bare er gjenkjennelig for en meget begrenset krets av personer, og at mannen i stor grad hadde seg selv å takke for infameringen.¹⁴¹ Dette talte samlet sett for at det ikke forelå noen krenkelse av privatlivets fred. Avgjørelsen var enstemmig.

4.4.1.4 Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto)

Saken dreide seg om et bryllup mellom to ganske kjente personer i Norge, musikkartisten Lars Lillo-Stenberg og skuespilleren Andrine Sæter.¹⁴² De giftet seg i et friluftsbryllup på Tjøme i Vestfold. Selve vielsen skulle være et privat arrangement med bare den nærmeste kjerne av familie og venner til stede, og de ønsket ikke at pressen skulle fotografere bryllupet.

Se og Hør hadde imidlertid fotografert det hele fra en annen holme ved hjelp av kraftige teleobjektiver. De laget deretter en reportasje som ble sendt til parets manager, og de fikk til svar at det ikke ville bli gitt noen kommentar. Senere samme dag, etter at bladet hadde gått i trykken, kom det inn en nektelse fra paret.¹⁴³ De motsatte seg at dette skulle komme på trykk. Ekteparet hevdet prinsipalt at Se og Hør hadde krenket privatlivets fred etter strl. § 390, subsidiært overtrådt retten til eget bilde etter åvl. § 45c.

Høyesteretts flertall på tre dommere kom til at det ikke forelå noe brudd på strl. § 390 eller åvl. § 45c. Innledningsvis pekte førstvoterende på at det må leses inn en rettsstridsreservasjon ved tolkningen av de to lovbestemmelsene og viser til Big Brother-dommen.¹⁴⁴ De viste vide-

¹³⁸ Avsnitt 44

¹³⁹ Avsnitt 47-48

¹⁴⁰ Avsnitt 54

¹⁴¹ Avsnitt 55-56

¹⁴² Rt. 2008 s. 1089, avsnitt 1-3

¹⁴³ Avsnitt 36

¹⁴⁴ Rt. 2007 s. 687

re til Von Hannover-dommen i EMD.¹⁴⁵ Selv om begge personene det handler om er kjente personer, har ikke EMK art. 10 særlig tyngde i denne sammenhengen, da dette er ren underholdning.¹⁴⁶ Likevel mener flertallet at reportasjen ikke krenker privatlivets fred. Det første de peker på er at et bryllup har en offentlig side med ganske mange rettsvirkninger på flere samfunnsområder, en opplysning om vigsel utgjør derfor ikke noen krenkelse.¹⁴⁷

Flertallet mener videre at EMD gikk for langt i von Hannover-saken, og man må se på grunnlaget for avgjørelsen. Av dette fremkommer at den typen fotografering vedkommende ble utsatt for der, nærmest bar preg av forfølgelse og massive overtramp av privatlivets fred.

Det kan også tilføyes at dommen ble avsagt i kjølvannet av ulykken der Prinsesse Diana omkom etter en lengre forfølgelse av pågående paparazzifotografer. Slik var det ikke i denne saken, for her hadde fotografene holdt seg på avstand og ikke forstyrret seremonien.¹⁴⁸ EMDs avgjørelse i Von Hannover nr. 2¹⁴⁹ gir Høyesterett på mange måter rett i sin avgjørelse.

Når det gjelder bildene og selve reportasjen er det etter flertallets oppfatning ingen ting i det som tilsier at det skulle være belastende for de avbildede.¹⁵⁰ Det inneholder ingen kritikk og fremstår heller ikke som lite flatterende, belastende eller krenkende. Flertallet drøfter deretter måten selve vigselen skjedde på. Det ble gjort på en ganske storslått og eventyrlig måte som klart måtte tiltrekke seg oppmerksomhet.¹⁵¹ Selve seremonien ble avholdt på en øy som er alminnelig beferdet av allmennheten, og på et tidspunkt mange er ute i dette området. Tjøme er et av de mest populære friluftsområdene i denne regionen.¹⁵² Flertallet kom derfor til at det vil være begrenset i hvilken grad man kan ha noen berettiget forventning om et vern av privatlivets fred på et slikt område. På bakgrunn av det kom flertallet til at det ikke forelå noen rettsstridig krenkelse av privatlivets fred eller retten til eget bilde.¹⁵³

Mindretallet på to dommere kom til det motsatte resultat og anførte de samme vurderinger som ble gjort i von Hannover-dommen.¹⁵⁴

¹⁴⁵ EMD 24.9.2004 (Von Hannover mot Tyskland)

¹⁴⁶ Rt. 2008 s. 1089, Avsnitt 39

¹⁴⁷ Avsnitt 40

¹⁴⁸ Avsnitt 52

¹⁴⁹ EMD 7.2.2012 (Von Hannover mot Tyskland 2)

¹⁵⁰ Rt. 2008 s. 1089, Avsnitt 47

¹⁵¹ Avsnitt 51

¹⁵² l.c.

¹⁵³ Avsnitt 54

¹⁵⁴ Avsnitt 58

Slik jeg ser det har Høyesterett, både flertallet og mindretallet, med denne dommen utvidet virkningen betydelig med en passus¹⁵⁵ om at kjente personer ikke har krav på noe mindre privatliv enn andre, selv om de ofte avbildes i aviser og andre tidsskrifter. Dette betyr at dommens innhold kan få virkninger ut over denne saken, også for tilfeller der man ikke har å gjøre med kjente personer.

4.4.2 Rettspraksis i EMD

4.4.2.1 *Von Hannover mot Tyskland*

Den første saken dreide seg om Caroline Von Hannover, den eldste datteren av Prins Rainier av Monaco og hennes noe anstrengte forhold til paparazzi-fotografene og sladderpressen.¹⁵⁶ Sakens kjerne var tre serier med fotografier som ble publisert i tysk sladderpresse i forbindelse tilhørende med reportasjer.¹⁵⁷

Von Hannover tapte i det tyske rettssystemet, for de kom til at allmennheten har interesse av å følge offentlige personer som henne. Konklusjonen fra de tyske rettsinstansene var at retten til privatliv for offentlige personer strakk seg til der de kunne lukke en dør bak seg, eller posisjonere seg på en slik måte at de har trukket seg tilbake fra allmennheten.

EMD bemerket at det dreiet seg om en person som er født inn i en posisjon i Monaco, men har ingen offentlig funksjon. Bildene som ble publisert sammen med reportasjene viste prinsessen i situasjoner av privat karakter og falt således utenfor pressens hovedoppgave som samfunnets ”vaktbikkje”. EMD presiserte her at man må skille mellom opplysninger som bidrar til å skape en offentlig debatt rundt politikere og maktpersoner under utøvelsen av sine embeder og roller, og privatpersoner som ikke har noen offentlig funksjon, som i tilfellet med Von Hannover.

EMD kom i denne saken til at dette ikke bidro noe nevneverdig til den offentlige debatten, for bildene og reportasjene fremsto mer som sladder. Konklusjonen ble at det i denne saken dreiet seg om et brudd på EMK Art. 8 om retten til privatliv.

4.4.2.2 *Von Hannover mot Tyskland 2*

I 2012 avsa EMD en avgjørelse i en annen sak Caroline Von Hannover hadde mot Tyskland på bakgrunn av pressedeckningen av hennes privatliv i tysk sladderpresse. I denne saken var det bilder og reportasjer som relaterte seg til Fyrst Rainiers sykdom og hvorledes familien forholdt seg til dette.

¹⁵⁵ Rt. 2008 s. 1089, Avsnitt nr. 44 og nr. 68

¹⁵⁶ EMD 24.9.2004 (Von Hannover mot Tyskland)

¹⁵⁷ Von Hannover mot Tyskland, avsnitt 11-17

De tyske domstolene holdt på den tidligere regelen om at pressen kan informere om alle forhold i samtiden, men de tilføyde et krav om at informasjonen må ha en egen informasjonsverdi.¹⁵⁸ Hva som ble sett på som informasjonsverdi ble også tolket ganske vidt, også ren underholdning i form av bilder av kjendiser kan fortsatt ha informasjonsverdi, siden også disse kan bidra til å forme meninger.¹⁵⁹

Denne saken fikk et annet utfall enn den første. Årsaken til dette var at EMD mente pressedekningen til en viss grad bidro til en offentlig debatt, herunder om hvordan Von Hannover tok seg av sin syke far. Det ble derfor noe mer en bare ”sladder” som i den første saken.

I tillegg hadde pressen stilt opp med fem interesseorganisasjoner som støttet dem i sin sak, og presiserte viktigheten av pressefriheten, hvilket kan ha påvirket avgjørelsen. EMD gikk også til en viss grad tilbake på doktrinen fra Von Hannover om kjente personers personvern, da de la vekt på at Von Hannover og ektefellen er svært kjente og således å anse som ”public figures”, selv om prinsessen ikke utøver noen funksjoner.¹⁶⁰ Det kan derfor sies at denne avgjørelsen fra EMD svekker personvernet noe for kjente personer som ofte er i offentlighetens rampelys, selv om det ikke skjer i forbindelse med utøvelse av deres rolle.

4.4.2.3 Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge

Etter avsigelsen av Rt. 2008 s. 1089 ble Norge klaget inn for EMD av ekteparet Lars Lillo-Stenberg og Andrine Sæter for brudd på vern om privatlivets fred i EMK Art. 8.¹⁶¹

Ekteparet fikk ikke gjennomslag for sin sak i EMD. Domstolen kommer til at både flertallet og mindretallet i Høyesterett balanserte hensynene som skulle tas på en fornuftig måte,¹⁶² og at de gikk god for den begrunnelsen Høyesterett gav for den dommen de avsa.

I tillegg til dette uttrykte EMD noe som kan tyde på et brudd med den tradisjonelle måten å vurdere inngrep i ytringsfriheten etter EMK artikkel 10. I stedet for å gjøre en tradisjonell vurdering på bakgrunn av de tre kriteriene om lovhjemmel, legitimt formål og nødvendighet ble det foretatt en bred helhetsvurdering, den såkalte nye ”balansetesten” uavhengig av dette. I den sammenheng ble det trukket frem fem momenter for vurdering.¹⁶³

¹⁵⁸ Bekkedal (2014) s. 327

¹⁵⁹ EMD 7.2.2012 (Von Hannover mot Tyskland 2) avsnitt 31.

¹⁶⁰ Bekkedal (2014) s. 327

¹⁶¹ EMD 16.4.2014 (Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge)

¹⁶² Avsnitt 44

¹⁶³ Avsnitt nr. 34

Det første momentet kan knyttes til hvorvidt bildene bidrar til at reportasjen har en allmenn interesse. EMD sa seg enige med Høyesterett om at dette var en sak av underholdningsmessig karakter, men at dette ikke utelukker at saken har allmenn interesse.¹⁶⁴ Det andre momentet kan oversettes til hvor godt kjente personene det handler om og temaet som rapporteres. I relasjon til det kriteriet kom EMD til at begge ektefellene var godt kjente utøvende kunstnere, og et bryllup har offentlig side, slik at det er et element av allmenn interesse i reportasjen, slik Høyesterett påpeker.¹⁶⁵ Det tredje kriteriet oversettes til hvordan oppførselen til avbildede var før selve reportasjen, om det var noen foranledning. Dette kriteriet ble i liten grad vurdert utover en henvisning til Høyesteretts vurdering om at også kjente personer har krav på et vern, selv om de som følge av sin profesjonelle karriere ofte figurerer i mediene.¹⁶⁶

Det fjerde kriteriet omhandler metodene som ble brukt til å innhente informasjonen og omstendigheter rundt anledningen bildene ble tatt. EMD viste her til Høyesteretts vurdering i relasjon til Von Hannover mot Tyskland (nr. 1) og sa seg enig i vurderingen om at den foreliggende artikkelen ikke bar preg av trakassering slik som var tilfellet med Von Hannover.¹⁶⁷ Det femte handler om innholdet, formen og konsekvensene som fulgte av publikasjonen. I forhold til det siste kriteriet vises det til at reportasjen ikke inneholdt noe som kunne skade ektefellenes omdømme eller komme over som belastende.¹⁶⁸ EMD konkluderte med dette at det ikke hadde skjedd noe brudd på retten til privatliv i EMK artikkel 8.¹⁶⁹

Totalt sett kan det sies at Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge opprettholder praksisen fra Von Hannover 2 om et lavere beskyttelsesnivå for såkalte offentlige personer. Utgangspunktet fra tysk rett om at mediene kan rapportere om alle forhold fra samtiden, selv om de ikke bidrar til noen offentlig debatt gjelder. Begrensningen ligger i at forholdene som omtales eller avbildes, har noe av offentlig karakter i seg, eller at de som omtales, oppholder seg på offentlig sted, selv om det dreier seg om noe som faller utenfor deres roller.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge, Avsnitt 36-37

¹⁶⁵ Avsnitt 37

¹⁶⁶ Avsnitt 38

¹⁶⁷ Avsnitt 39-40

¹⁶⁸ Avsnitt 41

¹⁶⁹ Avsnitt 45

¹⁷⁰ Bekkedal (2014) s. 330

5 Analyse og egne betraktninger

I denne delen av oppgaven gjør jeg en analyse og noen egne betraktninger rundt den gjeldende rett. Jeg kommer også med kritikk der jeg mener gjeldende rett eller rettspraksis ikke tilstrekkelig ivaretar ulike hensyn. Denne delen av oppgaven består således av mine egne de lege ferenda betraktninger rundt retten til eget bilde, og hvordan den praktiseres. Jeg gir innledningsvis en vurdering av aktuell lovtekst, deretter en analyse og vurdering av rettspraksis.

5.1 Noen kommentarer knyttet til åndsverkloven § 45c

I dette avsnittet kommer jeg med noen betraktninger om åvl. § 45c. Som det vises til i min presentasjon var denne bestemmelsens forgjenger, fotografiloven § 15, kontroversiell og det var flere aktører som ønsket at den ikke skulle videreføres i den nye åndsverkloven, men den ble likevel tatt opp og lovfestet i åvl. § 45c.¹⁷¹

Under høringsrunden kom det frem at Norsk Redaktørforening mente at den opprinnelige lovteksten burde oppheves i sin helhet. Som begrunnelse ble det blant annet anført at Norge var det eneste av de nordiske landene som hadde en slik bestemmelse, og det ble ønsket fra departementets side å tilstrebe en nordisk rettsenhet der retten var relativt likelydende.¹⁷² Fra Norsk Redaktørforening ble det også hevdet av Tyskland er det eneste andre vestlige land som har en slik bestemmelse.¹⁷³ Den tyske åndsverkloven, Kunsturhebergesetz art. 22 har en liknende regel som i utgangspunktet krever samtykke for å publisere et personbilde.¹⁷⁴ Dette faktum viser etter min oppfatning at det er noe sært å ha en slik regel, da det aspektet av personvernet kan anses tilfredsstillende dekket av andre rettsregler.

Norsk Redaktørforening uttalte videre at det skjer en omfattende bruk av personbilder både i Norge og internasjonalt, og at det dermed kun unntaksvis vil være aktuelt å forby offentliggjøring av personbilder. Det må fremstå som en krenkelse før det er aktuelt å forby det aktuelle bildet, og det kun angår en marginal del av de personbilder som publiseres årlig.¹⁷⁵ Proposisjonen er fra stortingsperioden 1994-1995, og det har vært en mildt sagt enorm utvikling på dette området siden den ble skrevet. På den ene siden har det vært en massiv økning i publiseringen av personbilder, spesielt etter at Internett og tilhørende sosiale medier ble tilgjengelig for de fleste. På den andre siden tilsier det muligens at det er behov for et visst personvern knyttet til opplysninger som uforvarende havner der. Likevel taler det faktum at mange til

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) pkt. 3.1.4

¹⁷² l.c

¹⁷³ l.c.

¹⁷⁴ Bekkedal (2014) s. 324

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) pkt. 3.1.4

stadighet publiserer bilder av seg selv og andre på sosiale medier for at tålegrensen for hva som kan publiseres av personbilder, må være noe høyere enn tidligere.

Videre trekker Norsk Redaktørforening en parallell til Strl. § 390 som dekker alle typer ytringer som krenker privatlivets fred ved å gi offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold.¹⁷⁶ Gjerningsbeskrivelsen krever at det må foreligge en krenkelse for at det skal være aktuelt å anvende bestemmelsen. Det må derfor gjøres en vurdering av opplysningenes innhold, deres karakter og den sammenheng de fremkommer. Norsk Redaktørforening kan på bakgrunn av dette ikke se hvorfor det skulle være en grunn til å gi opplysninger i form av fotografier et særskilt vern.¹⁷⁷ I likhet med Norsk Redaktørforening uttalte Norsk Journalistlag at bestemmelsen helst burde oppheves, subsidiært plasseres der den systematisk hører hjemme, i personopplysningsloven.

Videre påpeker Kyrre Eggen at åvl. § 45c fremstår som ”mer problematisk i forhold til yttingsfriheten” enn strl. § 390¹⁷⁸. Eggen peker på unntak a) om allmenn og aktuell interesse, og at det ikke er noe krav om at en ytring av allmenn interesse må være aktuell.

Jeg er i det vesentligste enig med kritikken som ble rettet mot å videreføre fotografiloven § 15 i åvl. § 45c. Å gi ytringer i form av fotografier en særskilt begrensning når dette ikke gjøres i noe annet nordisk land, fremstår som betenkelig, særlig når det ikke gis noen saklig grunn for hvorfor akkurat denne typen ytringer skal underkastes en slik strengere begrensning.

I tillegg til dette fremstår det som noe betenkelig at den ikke inneholder noe forbehold om at avbildningen må være krenkende eller belastende for avbildede. I rettspraksis har det som regel blitt trukket inn som et viktig argument hvorvidt bildet er krenkende eller kan sies å krenke en berettiget interesse i personvern de gangene saken har resultert i domfellelse. I Muhamed karikatur-saken¹⁷⁹ ble det lagt vekt på at anvendelse av det konkrete bildet utgjorde en krenkelse siden det ble brukt i en annen sammenheng enn det ble tatt. I Snøbrettkjørersaken¹⁸⁰ ble det aktuelle bildet vurdert til å utgjøre en krenkelse av snøbrettkjørers økonomiske rettigheter til sitt varemerke siden det ble brukt i en kommersiell sammenheng. Likeledes har dette også blitt trukket frem der saken har resultert i frifinnelse. I Platadommen¹⁸¹ utgjorde NRKs innslag ikke en krenkelse, siden det kun var tale om begrenset grad av identifisering,

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 54. (1994-1995) pkt. 3.1.4.

¹⁷⁷ l.c.

¹⁷⁸ Eggen (2002) s. 726

¹⁷⁹ Rt. 2009 s. 265

¹⁸⁰ Rt. 2009 s. 1568

¹⁸¹ Rt. 2008 s. 489

samt en klar allmenn og aktuell interesse i det foreliggende innslaget. I Bryllupsfotosaken¹⁸² ble det vist til at den aktuelle reportasjen ikke var noen krenkelse siden de avbildede ikke kunne ha noen berettiget forventning om personvern på det aktuelle området, på en holme i et populært friluftsområde, samt at reportasjen i sin helhet ikke var belastende.

I tysk rett er det en unntakshjemmel fra hovedregelen om retten til eget bilde i Kunsturhebergesetz artikkel 22. Den følger av artikkel 23 og tilsier at en avbildning som beskriver et aspekt ved samtiden, og som ikke krenker den avbildedes berettigede interesse ("berechtigtes Interesse") rammes ikke av hovedregelen.¹⁸³ Dette er en fornuftig unntakshjemmel som fanger opp de fleste normaltillfeller av personbildepublisering der innholdet og omstendighetene for øvrig er uproblematisk. For øvrig kan det nevnes at EMD i saker der personvern etter EMK artikkel 8 skal avveies mot ytringsfriheten i artikkel 10 legger til grunn en liknende vurdering.¹⁸⁴

På bakgrunn av denne rettspraksis mener jeg at det burde tas inn et forbehold i åvl. § 45c om at det aktuelle personbildet må utgjøre en krenkelse. Slik regelen ser ut nå vil en leser som ikke er kjent med rettspraksis, få et inntrykk av at bestemmelsen er langt strengere enn det rettspraksis tilsier at den er, hvilket på sikt kan svekke folks tiltro til lovteksten.

5.2 Noen kommentarer knyttet til rettspraksis

I dette avsnittet har foretar jeg en analyse og gjør noen betraktninger om rettspraksis rundt retten til eget bilde, både i EMD og etter norsk Høyesteretts praksis.

5.2.1 EMDs praksis

Når det kommer til rettspraksis om hvordan personvern hensyn, herunder retten til eget bilde avveies mot ytringsfriheten, har det vært en markant endring i hvordan EMD gjør de nødvendige avveiningene. I en artikkel i Lov og Rett peker Tarjei Bekkedal på hvordan EMD har gått fra en regelliknende test til heller å foreta en helhetsvurdering, eller balansetest av alle omstendigheter rundt sakens faktum.¹⁸⁵ Utgangspunktet for vurderingen var lenge en regelliknende test.¹⁸⁶ I en situasjon som den i Bryllupsfotosaken, kunne hensynet til ekteparets privatliv vinne frem med mindre bildene bidro til en debatt av allmenn interesse. Det at EMD har gått over til en balansetest av saken medfører at de kan foreta en bred vurdering av om bildene og reportasjen, i lys av sin informasjonsverdi, tar i betraktning hvordan avbildede er fremstilt,

¹⁸² Rt. 2008 s. 1089

¹⁸³ Bekkedal (2014) s. 324

¹⁸⁴ l.c.

¹⁸⁵ Bekkedal (2014) s. 315

¹⁸⁶ l.c. s. 319

hvor kjente de er, hvordan bildene ble tatt og om omstendighetene for øvrig totalt sett krenker ekteparets berettigede interesse i privatliv.¹⁸⁷

Prosessuelt kan saksforholdet arte seg på to forskjellige måter.¹⁸⁸ Enten ved at en ytrer som har blitt dømt av det nasjonale rettssystemet anlegger en artikkel 10-sak om urettmessig inngrep i ytringsfriheten, eller at en omtalt/avbildet person anlegger en artikkel 8-sak på bakgrunn av at det nasjonale rettssystemet ikke har foretatt noen handling, og således krenket den omtalte/avbildedes rett til privatliv.

5.2.1.1 Det tidligere utgangspunktet – den regelliknende testen

Helt generelt kan det sies at unntaksadgangen skal være ganske snever. Dette følger forholdsvis klart av EMDs praksis på området: ”*Freedom of expression, as enshrined in Article 10 (art. 10), is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established*”¹⁸⁹ Dette utsagnet gir hovedregelen i den aktuelle bestemmelsen det er tale om å gripe inn i, et visst fortrinn kontra de forhold som taler for å gjøre et inngrep. Det er ikke en uheldig konsekvens av formuleringen, men et bevisst valg som er foretatt for å sikre den konvensjonsbestemte rettigheten. Dette medfører at konvensjonsbestemmelsen som tjener som utgangspunkt for en sak i EMD får et fortrinn ved vurderingen, og det omtales i teorien som ”preferential framing” og medfører at resultatet i samme sak vil få forskjellig utfall avhengig av om saken tilfeldigvis er reist som en EMK artikkel 8-sak eller EMK artikkel 10-sak.¹⁹⁰ Om det i alle tilfeller er like heldig er klart diskutabelt hvis saksforholdet går ut på en avveining mellom to i utgangspunktet likeverdige rettigheter. Etter min oppfatning kan det være uheldig om det avgjørende kriteriet er hvilken konvensjonsbestemmelse saken tar utgangspunkt i, særlig siden de to rettighetene formelt sett skal være likeverdige.¹⁹¹

5.2.1.2 Begrunnelsen for overgangen til en balansetest

Den prosessuelle begrunnelsen for hvorfor EMD har gått fra en regelliknende test til en bred helhetsvurdering eller balansetest finner man i Von Hannover 2 saken;¹⁹² I saker der det dreier seg om å vurdere respekten for privatlivet mot ytringsfriheten, skal ikke resultatet være avhengig av om saken har vært reist som en artikkel 8-sak av den omtalte, eller en artikkel 10-sak av den som har publisert. Disse rettighetene skal etter EMDs vurdering behandles likt. Det

¹⁸⁷ Bekkedal (2014) s. 319

¹⁸⁸ Bekkedal (2014) s. 321

¹⁸⁹ EMD 26.9.1995 (Vogt mot Tyskland)

¹⁹⁰ Bekkedal (2014) s. 321

¹⁹¹ EMD 7.2.2012 (Von Hannover mot Tyskland 2) avsnitt 106

¹⁹² l.c.

fremstår som et klart uttrykk fra EMDs side om at sakene må behandles likt, uavhengig av hvilken konvensjonsbestemmelse det tas utgangspunkt i, siden det dreier seg om prosessuelt likestilte rettigheter.

Som materiell begrunnelse for overgangen fra en regelliknende test til en balansetest trekker Bekkedal blant annet frem Europarådets resolusjon 1165 (1998) ”on privacy”.¹⁹³ Resolusjonen viser til prinsesse Dianas tragiske død sommeren 1997. Diana døde sammen med sin kjæreste Dodi Al-Fayed i en alvorlig bilulykke i en tunnel i Paris etter å ha blitt forfulgt av aggressive paparazzi-fotografer. Ulykken krevde handling fra rettsstaten. I resolusjonen ble EMD kritisert for til stadighet å anvende nødvendighetstesten strengt i ytringsfrihetens favør. Det ble fremhevet at det var nødvendig å finne en måte å balansere utøvelsen av de to fundamentale rettighetene, ytringsfrihet og privatlivets fred.

5.2.1.3 Konsekvensen av overgangen til en balansetest

Overgangen til en balansetest sørger på mange måter for at EMD har etterkommet resolusjonen. Et viktig kriterium i denne balansetesten er måten informasjonen blir hentet inn på. Dette rammer klart den type forfølgelse prinsesse Diana ble utsatt for. Den materielle konsekvensen kan eksemplifiseres på to måter. Gitt at det dreier seg om bilder av noens privatliv, og kriteriet for om disse kan publiseres, er hvorvidt de skaper en debatt av allmenn interesse. Dersom man benyttet seg av en streng regelbunden ordning vil konsekvensen være at bildene i alle omstendigheter kan bli publisert om vilkåret er oppfylt, selv om avbildede i likhet med prinsesse Diana blir jaget i døden når bildene blir tatt. Motsatt vil dette medføre at ytringsfriheten alltid vil måtte vike dersom bildene ikke oppfyller kriteriet, selv om de øvrige omstendighetene er uproblematisk. En regelbunden ordning fremstår som ganske enkel, men veldig rigid, siden man blir tvunget til å se bort fra høyst relevante forhold, som ved prinsesse Dianas død. Konsekvensen av balansetesten er at man får et mer komplisert avgjørelsesystem med flere omstendigheter som må tas i betraktning, men man kan legge vekt på langt flere forhold enn bare om bildene har bidratt til en debatt av allmenn interesse.

Når det gjelder de materielle konsekvensene av å gå over til en balansetest har Bekkedal trukket frem at denne endrer avveiningen mellom ytringsfriheten og vernet av privatlivets fred.¹⁹⁴ Det er ikke nødvendigvis en krenkelse av privatlivets fred selv om en ytring, herunder et bilde, skulle gi offentlig meddelelse om noe privat, og det ikke bidrar til en debatt av allmenn interesse, om man tar alle forhold i betraktning. Det motsatte tilfellet av dette er at selv om et bilde skulle bidra til en debatt av allmenn interesse, kan det være så krenkende å publisere det

¹⁹³ Bekkedal (2014) s. 322

¹⁹⁴ Bekkedal (2014) s. 323

at det ikke burde tillates. I alminnelighet medfører skiftet til en balansetest at avveiningen kan få et annet utfall enn tidligere, uten at man på generell basis har styrket den ene konvensjonsrettigheten på bekostning av den andre.¹⁹⁵

Etter min oppfatning innebærer overgangen til en balansetest en klar fordel, siden det fjerner mulighetene for ”preferential framing”, som etter mitt syn fremstår som ganske uheldig, siden dette forrykker forholdet mellom to likestilte menneskerettigheter. Det er også ønskelig at flere momenter kan gis plass i vurderingen, siden en sak ofte har flere sider. Det at et moment alltid skal gis forrang, fremstår som noe rigid og kan føre til urimelige utfall som i eksempelet med prinsesse Diana. Bruken av en bred helhetsvurdering med en rekke momenter gir også de individuelle konvensjonsstatene en større skjønnsmargin i og med at de kan ta hensyn til langt flere forhold.

5.2.1.4 Anvendelse av den nye balansetesten

Det overordnede temaet for den nye balansetesten er om den publiserte ytringen, herunder for eksempel et bilde, totalt sett kan sies å krenke den avbildedes berettigede interesse i personvern i den aktuelle situasjonen.¹⁹⁶ I denne testen blir vurderingskriteriene på den ene siden avbildedes berettigede interesse i personvern, og på den andre siden bildenes informasjonsverdi. De må veies opp mot hverandre¹⁹⁷

Konkret i Von Hannover 2 ble det gjort en vurdering av bildenes informasjonsverdi, og prinsessens kjendisstatus, samt hvor og hvordan bildene ble tatt.¹⁹⁸ Samtidig trakk domstolene frem det faktum at ferier må høre til det som kan kalles privatlivets kjerneområde. EMD kom til at ingen av bildene isolert sett hadde tilstrekkelig informasjonsverdi til å veie opp for prinsessens berettigede personverninteresse, men bildene måtte sees i sammenheng med en kontekst, hvilket var den medfølgende teksten som beskrev fyrst Rainiers helse. Det hadde en klar klart informasjonsverdi, siden han formelt sett var statsoverhode i Monaco.¹⁹⁹ Prinsessen anførte at en kontekstuell vurdering av tekst og bilde vil uthule vernet av privatlivet.²⁰⁰ Denne påstanden har noe for seg da en bildetekst lett kan brukes av mediene, som et påskudd for å trykke et bilde som kanskje er på kanten. Likevel vil det etter min oppfatning fremstå som noe kunstig om man skulle kunne omtale fyrst Rainier, men ikke kunne publisere et bilde av ham i den tilstanden han var i på det aktuelle tidspunktet. Det blir også pekt på av Bekkedal som

¹⁹⁵ L.c.

¹⁹⁶ Bekkedal (2014) s. 329

¹⁹⁷ Bekkedal (2014) s. 328

¹⁹⁸ EMD 7.2.2012 (Von Hannover mot Tyskland 2) avsnitt 43.

¹⁹⁹ L.c. avsnitt 38-39.

²⁰⁰ L.c. avsnitt 86.

praktisk vanskelig å opprettholde et krav om selvstendig informasjonsverdi for bilder.²⁰¹ Dette kan sies å svekke vernet av privatlivet til fordel for beskyttelse av kjendisjournalistikk.²⁰²

EMD benyttet seg av en momentliste under utøvelsen av den nye balansetesten. Denne momentlisten er mer eller mindre hentet fra tysk praksis.²⁰³ Det eneste EMD tilførte til den var å inkludere avbildedes egen opptreden i sammenhengen, hvilket kan knytte seg til begrepet ”forutsigbar offentliggjøring”, noe som har vært sentralt i EMK artikkel 8-saker.²⁰⁴ Bekkedal hevder at egen opptreden ikke i seg selv øker allmennhetens interesse for informasjon, men at den klart nok kan ha betydning for den avbildedes berettigede forventninger om vern.²⁰⁵ Jeg er helt enig i det siste, men jeg er også av den oppfatning at allmennhetens interesse i informasjon kan påvirkes av avbildedes oppførsel. Dersom vedkommende for eksempel har gjort noe sterkt kritikkverdig ut ifra sin stilling eller posisjon i samfunnet, eller har oppført seg på en annen måte som klart vil tiltrekke seg allmennhetens oppmerksomhet, burde det kunne øke allmennhetens interesse for informasjon om det.

Bekkedal oppsummerer rettspraksisen i EMD²⁰⁶ rundt personvern- og ytringsfrihetssakene slik at dersom ytringens innhold ikke er sensitiv, krenkende eller spesielt nærgående, vil utgangspunktet være at det er lov å publisere ytringen, så lenge den har et snev av informasjonsverdi, selv om den ikke bidrar nevneverdig til samfunnsdebatten. Det er bare aktuelt å stille ytterligere krav til ytringen når den må veie opp for en krenkelse.²⁰⁷ Denne oppsummeringen har jeg ingen problemer med å være enig i. Så langt jeg kan se, er det en fornuftig praksis, som både tar hensyn til ytringsfriheten og verner tilstrekkelig om avbildedes personvern.

5.2.2 Praksis i Norge

På dette området i Norge, er antagelig Rt. 2008 s. 1098 (Bryllupsfoto) den mest fremtredende avgjørelsen. Førstvoterende begynte med å ta utgangspunkt i EMK artikkel 8 første avsnitt og slå fast at artikkel 10 ikke hadde særlig tyngde siden det dreiet seg om en reportasje som var ren underholdning.²⁰⁸ Til tross for det gjennomfører Høyesterett en balansetest slik den senere EMD-praksisen viser. Hvorfor førstvoterende valgte å innlede sitt votum slik fremstår som

²⁰¹ Bekkedal (2014) s. 328

²⁰² Bekkedal (2014) s. 333

²⁰³ Bekkedal (2014) s. 328

²⁰⁴ l.c.

²⁰⁵ l.c.

²⁰⁶ Bekkedal (2014) s. 330

²⁰⁷ l.c.

²⁰⁸ Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto) avsnitt 39.

noe uklart. Førstvoterende foretar så en bred helhetsvurdering av saken, herunder en sensitiv-
tetsanalyse, der det ble lagt vekt på at ingen del av reportasjen fremstod som belastende.²⁰⁹
Konklusjonen ble at reportasjen ikke krenket noen berettiget personverninteresse ekteparet
hadde.

Denne avgjørelsen av Høyesterett er kritisert blant annet av Bjørnar Borvik og Jon Wessel-
Aas. Borviks kritikk går ut på at Høyesterett har brukte deler av de tyske reglene til å avgjøre
denne saken, noe han mener at er feil etter Von Hannover 1.²¹⁰ I likhet med Bekkedal har jeg
vanskeligheter med å forstå denne kritikken, siden Von Hannover 1 ikke dreier seg om utfor-
mingen av reglene, men at domstolene har en positiv forpliktelse til å tolke reglene. Jeg har
likevel forståelse for at det kan oppleves som problematisk for domstolene å overprøve en
redaksjonell beslutning som for eksempel å trykke en sak eller et bilde, men det vil dog være
avhengig av innholdet.

Jon Wessel-Aas' kritikk går ut på at Høyesterett ikke gjorde den regelliknende vurderingen de
la opp til innledningsvis²¹¹, selv om det, når man tar senere praksis i betraktning²¹², er feil.
Dersom Høyesterett hadde foretatt en slik vurdering, er det sannsynlig at resultatet ville blitt
annerledes, men i likhet med Bekkedal mener jeg at det ikke ville vært i samsvar med EMDs
systematikk i slike situasjoner.²¹³ Balansetesten innebærer at nødvendighetstesten ikke brukes
lenger²¹⁴, rett og slett fordi førstnevnte løser problemstillingen på en mer fornuftig måte i og
med at man slipper unna problematikken rundt ”preferential framing”. Etter min oppfatning er
avgjørelsen i Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto) veldig fornuftig. Det at den er avsagt under dis-
sens 3-2, viser at det motsatte resultat var aktuelt,²¹⁵ og både flertallet og mindretallet brukte
samme metode, men de vektet momentene forskjellig. Et aspekt som er særlig imponerende er
at Norges Høyesterett klarte å fange selve essensen av EMDs endring av praksis på et tids-
punkt (2008) der den var langt mindre klar enn den er i dag,²¹⁶ før avgjørelsene i Von Hanno-
ver 2, Axel Springer (2012) og nå også Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge (2014).

²⁰⁹ Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto) avsnitt 47-49.

²¹⁰ Borvik (2008) s. 450.

²¹¹ Wessel-Aas (2008) s. 606

²¹² EMD 7.2.2014 (Von Hannover 2 og Axel Springer AG mot Tyskland)

²¹³ Bekkedal (2014) s. 332

²¹⁴ l.c.

²¹⁵ EMD 16.4.2014 (Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge)

²¹⁶ Bekkedal (2014) s. 333

6 Sluttvurdering

For å oppsummere denne oppgaven kan det slås fast at ytringsfriheten er en grunnleggende rettighet i vårt demokratiske samfunn. Den er til og med en forutsetning for det vestlige demokratiet. Likevel er ytringsfriheten underlagt visse begrensninger, og en av de mest fremtredende er hensynet til folks privatliv. Hensynet til folks privatliv er gitt gjennom EMK artikkel 8 og sikres av retten til eget bilde i åvl. § 45c og forbudet mot krenkelse av privatlivets fred etter strl. § 390.

Oppgavens problemstilling: *I hvilken grad kan et personbilde lovlig publiseres uten avbildedes forutgående samtykke?* Kan besvares med at et personbilde kan publiseres uten samtykke hvis det ikke krenker den avbildedes berettigede interesse i personvern. Ordlyden i strl. § 390 og særlig i åvl. § 45c kan gi uttrykk for at det gjelder strengere kriterier for å publisere et personbilde enn det som faktisk viser seg å være tilfelle. Hvorvidt det er heldig er etter min oppfatning noe diskutabelt.

Av rettspraksis, både i norsk Høyesterett og i EMD følger det at dersom bildet ikke er belastende eller krenkende for avbildede, og avbildede heller ikke befinner seg på et sted eller i en situasjon der vedkommende kan sies å ha en berettiget interesse i personvern, må ytringsfriheten vinne frem. Det er ikke nødvendig at bildet bidrar til en offentlig debatt, for det er nå redusert til kun å være et moment i en helhetsvurdering. I motsatt fall kan man ikke publisere et personbilde uten samtykke dersom det krenker avbildedes interesse i personvern, selv om bildet bidrar til en offentlig debatt.

Den nye helhetsvurderingen om avbildede har en berettiget forventning om personvern utgjør en endring fra tidligere praksis, hvor man tok utgangspunkt i den aktuelle rettighetsbestemmelsen, for eksempel EMK artikkel 8 eller 10 og gjorde en vurdering etter unntakshjemmelen i andre avsnitt, med den fare for preferential framing det medfulgte. Den nye ordningen medfører derfor til en mer fornuftig avveining av de motstående rettighetene, siden en ikke er bundet av den rettigheten som utgjør utgangspunktet.

7 Litteraturliste

- Bekkedal, Tarjei *Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest* LoR 2014 s. 315 (idunn.no)
- Borvik, Bjørnar *Privatlivets fred i fjøresteinane* LoR 2008 s. 449 (idunn.no)
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* – Universitetsforlaget (2001)
- Eggen, Kyrre *Ytringsfrihet* Cappelen Akademisk forlag (2002)
- EMK *Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, Roma 1950
- Galtung, Andreas *Kommentar til åndsverkloven* nettversjon [sitert 30. september 2014]
- Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter* Universitetsforlaget (2003)
- Knoph, Ragnar *Knops oversikt over norsk rett*
- Matningsdal, Magnus *Kommentar til straffeloven* nettversjon [sitert 1. november 2014]
- Meland, John Henry *Retten til eget bilde og fotografilovens § 15 I*: LoR 1985 s. 195. (Lovdata.no)
- Møse, Erik *Menneskerettigheter* Cappelen Akademisk forlag (2002)
- Rieber-Mohn, Thomas *Kommentar til åndsverkloven* nettversjon [sitert 30. september 2014]
- Rognstad, Ole Andreas *Opphavsrett* Universitetsforlaget (2009)
- Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A. *Utredning av behov for endringer i personopplysningsloven*, Rapport 2006
- Wessel-Aas, Jon *Pressefriheten og privatlivets fred – en oppsummering av rettstilstanden og en kritikk av Høyesteretts dom i Bryllupsfotosaken* LoR 2008 s. 596. (idunn.no)

8 Domsregister

Norske avgjørelser: (hentet fra: rettsdata.no)

RG 2003 s. 868	(Oslo Tingrett)
Rt. 1915 s. 32	
Rt. 1931 s. 129	
Rt. 1952 s. 1217	”To mistenkelige personer”
Rt. 1977 s. 754	
Rt. 1980 s. 48	
Rt. 1983 s. 637	”Påskebilde”
Rt. 1995 s. 304	
Rt. 2005 s. 1677	
Rt. 2007 s. 687	”Big Brother”
Rt. 2008 s. 1089	”Bryllupsfoto”
Rt. 2008 s. 489	”Plata”
Rt. 2009 s. 1568	”Snøbrettkjører”
Rt. 2009 s. 265	”Muhammed karikatur”
Rt. 2012 s. 1211	”Bloggerkjennelsen”

Avgjørelser i EMD: (Hentet fra: hudoc.echr.coe.int)

Handyside mot Storbritannia	European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. desember 1976
Open Door og Dublin Well Woman mot Irland	European Court of Human Rights, Strasbourg, 29. oktober 1992
Vogt mot Tyskland	European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. september 1995
News Verlags mot Østerrike	European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. januar 2000
Von Hannover mot Tyskland	European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. september 2004
Axel Springer AG mot Tyskland	European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. februar 2012
Von Hannover mot Tyskland 2	European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. februar 2012
Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge	European Court of Human Rights, Strasbourg, 16. april 2014

9 Lov- og forarbeidsregister

1814	<i>Kongeriket Norges Grunnlov</i> av 17. mai 1814 (lovdata.no)
1902	<i>Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven)</i> av 22. mai 1902 nr. 10 (lovdata.no)
1960	<i>Lov om rett til fotografi (fotografilova)</i> av 17. juni 1960 nr. 1 (lovdata.no/pro)
1961	<i>Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)</i> av 12. mai 1961 nr. 2 (lovdata.no)
1981	<i>Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)</i> av 22. mai 1981 nr. 25 (lovdata.no)
1999	<i>Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven)</i> av 21. mai 1999 nr. 30 (lovdata.no)
2013	<i>Lov av 20. mai 2013 om endring i strl. § 390</i> (rettsdata.no)
EMK	<i>Den europeiske menneskerettighetskonvensjon</i> , Roma 1950
NOU 1999:27	<i>Ytringsfrihet bør finne sted</i> (regjeringen.no)
Ot.prp. nr. 26 (1959-1960)	<i>Om lov om opphavsrett til åndsverk m.v.</i>
Ot.prp. nr. 54 (1994-1995)	<i>Om lov om endringer i åndsverksloven m.m.</i> (rettsdata.no)
Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)	<i>Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.</i> (regjeringen.no)