

RETTSBESKYTTELSE AV PERSONLIG SÆRPREG¹

AV PROFESSOR DR. JURIS ARE STENVIK

1. Innledning	602
2. Personlighetsvernets viktigste kategorier	604
2.1 Inngrep i privatsfæren	605
2.2 Ytringer som setter andre personer i et falskt lys	607
2.3 Offentlig meddelelse om personlige forhold	608
2.4 Utnyttelse av personlig særpreg	611
3. Rettsgrunnlaget	616
3.1 Rettskildebildet	616
3.2 Legalitetsprinsippet og andre hjemmelskrav	617
3.3 Den materielle rett som kompetanseskranke.	621
4. Rettsvernets innhold.	622
4.1 Rettens karakter.	623
4.2 Unntak fra rettsvernet – journalistisk, kunstnerisk og vitenskapelig frihet	625
4.3 Etterligningsvernet – krenkelsesspørsmålet	636
4.4 Rettens overgang og varighet	640
5. Avslutning	644

¹ Utgangspunktet for artikkelen var en prøveforelesning for den juridiske doktorgrad, holdt 28. september 2001, under tittelen «Pål Bang-Hansens stemme – om rettsbeskyttelse av personlig særpreg». En bearbejdet versjon av forelesningen ble publisert i Festskrift til Mogens Koktvedgaard, København 2003, under tittelen «Om rettsvern av personlig særpreg – omfatter personlighetsretten en særskilt «Right of Publicity»?». Nærværende fremstilling er en omarbejdet, ajourført og betydelig utvidet versjon av festskriftartikkelen.

1. Innledning

Det har lenge vært alminnelig akseptert at norsk rett inneholder et generelt, ulovfestet rettsvern for «personligheten». Grunnlag for dette vernet knyttes som regel – fortsatt – til dommen om «To mistenkelige personer» i Rt. 1952 s. 1217. Avgjørelsen, som hører med blant de best kjente og mest omtalte i norsk rettslitteratur,² gjaldt en film av Tancred Ibsen, basert på en bok av Dagbladets nyhetsredaktør, senere sjefredaktør, Gunnar Larsen, som skildret det oppsiktsvekkende «lensmannsmordet» fra 1926. Saken var reist av en av de delaktige i drapssaken – den gangen en ung gutt, i filmen kalt «Gustav» – som siden hadde sonet sin straff og var rehabilitert i samfunnet. Filmen var ikke rent dokumentarisk, men lå så nært opp til det virkelige begivenhetsforløp at den måtte sies å gjøre bruk av «levende modell». Den grufulle begivenheten ville igjen bli brakt frem i offentlighetens lys, og man måtte regne med at «Gustav» – som nå var gift og levde et liv tilbaketrasket fra offentligheten, som møbeltapetserer på et lite sted – ville bli gjenkjent og satt i forbindelse med forbrytelsen. Det var ikke til å unngå, mente Høyesteretts flertall, at hans identitet – til tross for at han hadde skiftet navn – ville bli avslørt for folk som tidligere ikke hadde vært kjent med den. «Det glemselens slør,» uttalte førstvoterende, «som for ankemotparten, hans hustru og hans barn nå og i fremtiden er av vesentlig betydning, vil i stor utstrekning bli fjernet og de pinlige opptrin som herigjennom kan forårsakes ved folks nysgjerrighet og hensynsløshet, lar seg ikke på forhånd overskue» (s. 1221).

Et nyere eksempel på anvendelsen av det ulovfestede personlighetsvern, er Borgarting lagmannsretts dom i RG 1999 s. 1009, som gjaldt et tilfelle der filmjournalisten Pål Bang-Hansens stemme var *etterlignet* i en radioreklame for fotolaboratoriet Extra Film. Reklameteksten lød slik:

«Hei dere, jeg har en hobby. Jeg liker å bli fotografert sammen med filmstjerner. Her har du meg og Sharon, og der er et med Sylvester, og her er et med Clinter'n og han bak der, det er meg. Jeg leverer inn filmen min til Extra Film, og der får jeg dobbelt sett kopier og ny film med på kjøpet, og det fine med det er at da kan jeg sende de ekstra bildene til alle filmstjernevennene mine. Greatings from Pål to jul, skriver jeg da, og så blir de så glade. Thank you for the beautiful picture, kan de for eksempel si da.»

² Se fra nyere tid bl.a. Stuevold Lassen 1987, Nygaard 1999 s. 209–211 og Eckhoff og Helgesen 2001 s. 388–389.

«Norsk rett inneholder et vern for personligheten,» proklamerte lagmannsretten (s. 1015), og fortsatte: «Reglene om personlighetens rettsvern er ulovfestet. Den viktigste rettskilde er fortsatt dommen om «To mistenkelige personer», Rt. 1952 1217 ... Lagmannsretten understreker at dommen må forstås slik at det eksisterer et vern utover de nevnte lovfestede områder. Det skal foretas en avveining av partenes interesser» (s. 1015–1016). Interesseavveiningen falt ut i Bang-Hansens favør, og innslaget ble ansett som et angrep på Bang-Hansens «integritet og nøytralitet som journalist», og dessuten snyllet det på Bang-Hansen «som person». «Hans ry som filmjournalist, hans særtrekk i denne forbindelse og hans personlighet utnyttet på en utilbørlig måte» (s. 1019). Motpartens interesser ble ansett å være «utelukkende av økonomisk karakter», og tydeligvis ikke tungtveiende.

Umiddelbart virker det kanskje ikke overraskende at lagmannsretten bygget på det alminnelige prinsipp om «personlighetens rettsvern», eller at dommen om «To mistenkelige personer» ble anført som det viktigste rettsgrunnlaget for et slikt prinsipp. Men ser man nærmere etter, oppdager man snart at den 50 år gamle høyesterettsdommen gjaldt et ganske annerledes spørsmål enn det som lagmannsretten sto overfor i saken om Pål Bang-Hansens stemme. Det er ikke innlysende at de to avgjørelsene bør ses som utslag av et felles rettsprinsipp. Ulikhetene er mange og slående: Filmen om «To mistenkelige personer» lå nært opp til et virkelig begivenhetsforløp – det var nettopp det som var ankepunktet – mens Bang-Hansen-dommen gjaldt en forfalskning, der Bang-Hansen ble tillagt uttalelser og meninger som han manglet enhver tilknytning til. Filmen skildret en grufull forbrytelse, som «Gustav» var straffedømt for å ha deltatt i, mens reklameinnslaget, der Bang-Hansen var imitert, gjaldt dagligdagse og trivielle forhold. I dommen om «To mistenkelige personer» sto kriminalpolitiske hensyn helt sentralt – hensynet til rehabilitering av den som hadde sonet sin straff ble tillagt avgjørende vekt av flertallet – mens det i lagmannsrettssaken først og fremst ble lagt vekt på å beskytte Bang-Hansens profesjonelle renommé og verdien av hans status i offentligheten. Den rehabiliterte lensmannsmorder var en person som for all del ønsket en anonym og tilbaketrukket tilværelse, mens Bang-Hansen aktivt søker offentlighetens lys. Endelig kan det pekes på at dommen om «To mistenkelige personer» gjaldt spørsmålet om å forby en kunstnerisk bearbeidelse av virkeligheten, en situasjon der hensynet til kunstens frihet står sentralt, mens Bang-Hansen-saken gjaldt et

tilfelle der saksøktes interesser, etter lagmannsrettens oppfatning, utelukkende var av økonomisk karakter.

Mens dommen om «To mistenkelige personer» kan ses som utslag av et rettsvern mot uønsket oppmerksomhet om *personlige forhold*, kan dommen om Pål Bang-Hansens stemme sies å gjelde rettsbeskyttelse for *personlig særpreg*, nærmere bestemt et vern mot *kommersiell utnyttelse* av en persons særkjenne, i form av fremtoning eller symboler. Når eksistensen og innholdet av et slikt vern skal drøftes nærmere, må først denne særlige form for personlighetsvern karakteriseres og plasseres i forhold til personlighetsrettens øvrige kategorier (punkt 2 nedenfor). For hver kategori bør det gis en oversikt over det vern lovgivningen byr på, og i hvilken utstrekning det har vært ansett å være rom for et supplerende vern på ulovfestet grunnlag. Siden lovgivningen om rettsvern av personlig særpreg er fragmentarisk og ufullstendig, og siden praksis på området er sparsom, må det videre undersøkes hvilket spillerom domstolene har til å utvikle en slik rettsbeskyttelse (punkt 3 nedenfor). Endelig skal det drøftes hvilket innhold retten har, eller bør ha, særlig overfor forskjellige former for utnyttelse i kommersiell sammenheng (punkt 4).

2. Personlighetsvernets viktigste kategorier

Det er i noen grad uklart – og en smakssak – hvilke bestemmelser en skal henføre under personlighetsretten. Det er til og med uklart hvorledes ordet «personlighet» skal forstås når det brukes i juridisk sammenheng. Det eneste en kan si med nokså stor grad av sikkerhet, er at «personlighet» som regel ikke brukes i den vanlige betydning; som betegnelse på summen av de egenskaper eller karaktertrekk som med en viss konsistens og varighet kjennetegner et menneske – f.eks. åpenhet, aggresjon, intelligens, ærgjerrighet osv.³ Ofte menes nok med «personlighet» simpelthen en person – et individ – men det siktes trolig også ofte til personens sjelsliv, hans følelse av menneskeverd, etc.⁴ En slik uspesifikk bruk av ordet personlighet, for å betegne nokså ulike forhold, bidrar i seg selv til å tilsløre personlighetsrettens heterogene karakter, og bidrar til å gjøre det problematisk å bygge på ett generelt prinsipp om personlighetens rettsvern.⁵ Skal en

³ Jf. Feist 1999 s. 273. Se også Thue 2002 s. 229.

⁴ Jf. Grönfors 1966 s. 5–6.

⁵ Betegnelsen *personlighetsrett* («personlighetsret») benyttes også i Danmark, men har ikke der en like langvarig tradisjon, jf. Lauridsen 1988 s. 13.

komme videre i den juridiske analyse, må en arbeide med mer presise betegnelser og kategorier. En mulig inndeling er denne:⁶

- 1) Inngrep i privatsfæren.
- 2) Ytringer som setter andre personer i et falsk lys.
- 3) Utlevering av personlige forhold.
- 4) Utnyttelse av andre personers særpreg.

2.1 Inngrep i privatsfæren

Til den første gruppen hører bestemmelser som beskytter individenes *privatsfære*; som sikrer dem en rett til å være i fred for omverdenen. Privatsfæren gjelder i sin kjerne et rom der den enkelte kan være fri for offentlig iakttagelse, og dermed fra den av offentligheten pålagte selvbeholdelse.⁷ Formålet er bl.a. å sikre den enkelte en større mulighet for selvutfoldelse enn det som er mulig i det offentlige rom.

Privatsfæren kan sies å ha både en fysisk og en immateriell dimensjon. Den immaterielle dimensjonen omfatter privat og personlig *informasjon*. Slik informasjon er det normalt like stort behov for å beskytte om den befinner seg utenfor den fysiske privatsfære, f.eks. om den er nedtegnet i en sykejournal eller innført i et offentlig register, som om den hadde ligget nedlåst i en skuff innenfor hjemmets fire vegger.

Lovgivningen innenfor denne kategorien er nokså omfattende. De viktigste bestemmelsene er kanskje de straffebud som direkte tar sikte på å beskytte privatsfæren, f.eks. forbudene mot frihetsberøvelse (strl. §§ 223 og 224), fredskrenkelser (§ 390a) og hemmelig overvåkning (§ 390b), samt bestemmelsen om vern av privatlivets fred i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens (EMK) art. 8.⁸ Hertil kommer lovgivningen om vern av personopplysninger,⁹ som er basert på bl.a. EF-direktive-

⁶ Inndelingen er inspirert av amerikansk rett, jf. Prosser 1960 og McCarthy 2001 s. 1-25 flg.

⁷ Jf. BVerfG 15.12.99 GRUR 2000, 446 (Caroline von Monaco).

⁸ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 gjelder som norsk lov i medhold av menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 2.

⁹ Se særlig Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og Lov 18. mai 2001 nr. 24 om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven). Det grunnleggende direktivet er 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger. Senere har man fått særskilte direktiver om beskyttelse av personopplysninger i forbindelse med telekommunikasjon (97/66/EF) og elektronisk handel (2002/58/EF).

ne om personvern og beskyttelse av personopplysninger. Dessuten beskyttes privatsfæren mer indirekte av generelle institutter, som f.eks. eiendomsretten og kontraktsretten.¹⁰ Likevel har det i praksis vært antatt at det finnes rom for *supplering* av rettsvernet på ulovfestet grunnlag.

Et klart uttrykk for dette finner man i avgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 (gatekjøkken), der en arbeidsgiver hadde foretatt hemmelige videoopptak av de ansatte i arbeidstiden for å avdekke mulige underslag. Førstvoterende karakteriserte fremgangsmåten som «et vidtgående integritetsinngrep i forhold til de ansatte» (s. 620), en «alvorlig integritetskrenkelse», som av en arbeidstaker må oppleves som «sterkt belastende» (s. 623). Det ble ikke ansett avgjørende om opptakene var i strid med straffeloven, personregisterloven eller arbeidsmiljøloven: «De bestemmelser det er tale om,» uttalte førstvoterende, «tar på forskjellige måter sikte på å verne om den personlige integritet ... Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvernhensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel» (s. 623). Konkret var det spørsmål om opptakene skulle *avskjæres som bevis* i en straffesak, men en kan også tenke seg f.eks. å nedlegge *forbud mot offentliggjøring* eller å idømme *erstatningsansvar* på samme grunnlag.¹¹

¹⁰ Et celebret eksempel fra norsk rettspraksis er dommen om Henrik Ibsens dikt (Rt. 1917 s. 412), som gjaldt tre svært personlige dikt – ett av dem betegnet som et «frierdikt» – skrevet i forfatterens ungdom til frøken Rikke Holst. Frøken Holst hadde levert diktene til en nær venninne – angivelig av «ungpikeromantiske grunner» – og siden hadde venninnen levert dem fra seg til sin søster. Etter å ha gått gjennom flere ledd var de til slutt havnet hos saksøkte. Uavhengig av om frøken Holst hadde gitt venninnen diktene til forvaring eller eie, måtte hun nå kunne kreve dem utlevert fra saksøkte, mente Høyesterett, idet det måtte fremstille seg som «selvindlysende» for venninnen at «disse digte ... og det forhold, de skyldte sin tilblivelse, ikke maatte profaneres ved at diktene kom paa fremmede hænder».

¹¹ Kjennelsen i Rt. 2001 s. 668 avskar på samme grunnlag et hemmelig videoopptak som bevis i en sivil sak. Ved kjennelsen i Rt. 2002 s. 1500 ble derimot en ansatts e-postkorrespondanse tillatt fremlagt, da denne måtte anses som virksomhetsrelateret, og ikke personlig. Se også Rt. 2001 s. 1589 (Raufoss). I utkastet til ny lov om tvisteløsning er den ulovfestede regelen om bevisavskjæring foreslått kodifisert, jf. NOU 2001: 32 (bind B) s. 960: «Retten kan i særlige tilfeller nekte bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte dersom føring av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern eller rettssikkerhetshensyn.» – I dag vil nok noen av de tilfelle hvor domstolene tidligere var henvist til å bygge på ulovfestet grunnlag, kunne forankres i art. 8(1) EMK, der det heter at enhver «har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.» Bestemmelsene gir imidlertid hovedsakelig bare beskyttelse mot inngrep fra *statens* side, jf. Eggen 2002 s. 719–722. – Innsamling og bruk av personopplysninger reguleres også i personopplysningsloven

2.2 Ytringer som setter andre personer i et falskt lys

Beskyttelsen mot å bli satt i et *falsk lys* er også godt sikret gjennom lovgivningen; i næringsforhold av bestemmelsene i markedsføringsloven, og ellers særlig av forbudet mot *usanne ærekrenkelses* i strl. § 247, supplert av bestemmelsen om mortifikasjon i strl. § 253 og erstatning i skl. § 3-6.¹² Noe sterkt behov for et supplerende, ulovfestet vern er det her vanskelig å få øye på.¹³ I praksis har det tvert imot vært rekkevidden av de ulovfestede *innskrenkninger* i vernet som har vært den aktuelle problemstilling. Det følger av sikker rettspraksis at bestemmelsen i strl. § 247 må suppleres med en ulovfestet *rettsstridsreservasjon*, særlig av hensyn til ytringsfriheten og pressens undersøkelsesfunksjon.¹⁴ Det må skje en konkret avveining av hensynet til ytringsfriheten mot hensynet til beskyttelse av «enkeltmenneskets integritet og verdighet».¹⁵ I denne forbindelse vil det bl.a. få betydning hvor viktig ytringen er fra et samfunnsmessig synspunkt.¹⁶ Dessuten legges det vekt på om saksøkeren selv har brakt seg i en fremskutt posisjon hvor han må være forberedt på å bli gjenstand for offentlig-

av 14. april 2000 nr. 31, som i § 8 bl.a. bestemmer at slike opplysninger bare kan behandles i kraft av samtykke eller lov, eller dersom det er nødvendig for å «vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen». – Ulovlig innsamling av personopplysninger kan dessuten være straffbart, både etter personopplysningsloven og etter straffeloven. Ved kjennelsen i Rt. 2002 s. 1572 forkastet Høyesterett en anke fra en arbeidsgiver som var domfelt etter strl. § 309b for å ha gjort hemmelige videoopptak av en ansatt som var mistenkt for å ha begått underslag.

¹² På privatlivets område vil man også, etter omstendighetene, kunne anvende strl. § 390, som rammer den som «krenker privatlivets fred ved å gi offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold», eller § 390a, som rammer «hensynsløs atferd» som «krenker en annens fred». De sistnevnte bestemmelsene gjør det ikke til et vilkår at meddelelsene er usanne, men de kan naturligvis anvendes også overfor usannheter, og usannheten kan være et moment ved rettsstridsvurderingen (jf. under 2.3 nedenfor). Se fra dansk praksis Østre Landsrets dom i U 2001 s. 2573 (Elskere).

¹³ Det måtte i så fall gjelde overfor slike ytringer som innholdsmessig ikke har karakter av ærekrenkelses, krenkelses av privatlivets fred mv., men som gjelder mer trivielle forhold, f.eks. en påstand om at en person notorisk kommer sent hjem, at han klipper plenen på søndager, eller at han er en uerfaren sjåfør. Det foreligger ikke noe prejudikat for et slikt ulovfestet rettsvern, men det kan ikke helt utelukkes at domstolene under visse omstendigheter vil slå ned på plagsomme ytringer av denne art, jf. Arnholm 1959 s. 95–96.

¹⁴ Se f.eks. Rt. 1999 s. 1541 (politivold). Jf. også Rt. 1978 s. 590 (Jernkorset), som gjaldt usanne ærekrenkelses i en dokumentarisk roman. Se generelt Ytringsfrihetskommisjonens innstilling NOU 1999: 27 «Ytringsfrihed bør finde Sted».

¹⁵ Rt. 1994 s. 506 (Korir I). Se også NJA 2001 s. 409 (Stiftelsen Mot Nordbanken).

¹⁶ Jf. f.eks. Rt. 2001 s. 1691 (Teazer).

hetens oppmerksomhet.¹⁷ Som det ble uttrykt i Blichfeldt-dommen i Rt. 1994 s. 174: «Den som ikke har søkt offentlighetens lys må ha et sterkere krav på personvern enn den som selv har stilt seg til skue i det offentlige liv» (s. 182). Her ser vi en forbindelseslinje til den første kategorien – vernet mot inngrep i privatsfæren – ved at den som har valgt å føre en tilbaketrukket tilværelse, ikke bare er beskyttet mot direkte inntrengen i denne, men også i større utstrekning enn andre mot å bli gjort til gjenstand for offentlighetens oppmerksomhet.

2.3 Offentlig meddelelse om personlige forhold

Det er i den tredje kategorien dommen om «To mistenkelige personer» hører hjemme. Her er det altså spørsmål om individene kan kreve beskyttelse mot *sanne* meddelelser til offentligheten. Det er innlysende at enhver må finne seg i mer når det gjelder sanne ytringer enn når det gjelder usanne, men samtidig er det opplagt at man ikke behøver å finne seg i hva som helst. De viktigste lovbestemmelsene innenfor denne kategorien er strl. § 249 nr. 2, som bestemmer at sanne beskyldninger er straffbare dersom de er fremsatt uten noen «aktverdig grunn», eller er utilbørlige i sin form eller på andre måter, og strl. § 390, som setter straff for den som «krenker privatlivets fred ved å gi offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold».¹⁸

¹⁷ Jf. Arnholm 1959 s. 86 og Grönfors 1966 s. 6. Se også Ot. prp. nr. 40 (1971–72) s. 19–20. Det at offentlige personer må finne seg i mer, betyr naturligvis ikke at de behøver å finne seg i hva som helst, jf. Stuevold Lassen og Kvamme 1974 s. 163–164 og Eidsivating lagmannsretts dom i RG 1995 s. 1145 (Ole Paus – omtalt under 2.3 nedenfor) på s. 1151–1152: «Gjennom sin relativt lange yrkeskarriere har Ole Paus blitt en meget kjent person for et bredt publikum ... I dagens mediasituasjon med sterk personfokusering må grensene for hva som kan refereres av personlige opplysninger uten å komme i konflikt med straffeloven § 390, trolig trekkes annerledes for særlig kjente personer enn for den alminnelige mann og kvinne. Den som stadig har vært eksponert og som fortsetter å opptre i offentlig sammenheng, må finne seg i en mer nærgående og kritisk oppfølging fra medias side. Men også slike kjente personer må ha et berettiget krav om at spesielt følsomme opplysninger om personlige forhold ikke gjøres offentlig kjent.» Se også Østre Landsrets dom i U 1986 s. 405 (Rapport), som gjaldt bilder av en kjent artist, kun iført truser, tatt med teletinse mens hun badet fra en øde strand.

¹⁸ Straffelovens § 390 har f.eks. vært anvendt i et tilfelle der ukebladet Se og Hør hadde publisert en serie av nærgående reportasjer om den norske artisten Ole Paus' ekteskapsproblemer og kjærlighetsliv (RG 1995 s. 1145). Se nærmere om bl.a. strl. § 390, Eggen 2002 s. 722 flg. – Straffebestemmelsene suppleres av skl. § 3-6, som hjemler rett til erstatning og oppreisning der det foreligger en ærekrenkelse eller en krenkelse av privatlivets fred, jf. Rt. 1999 s. 1742 (Landås).

Personlige forhold vernes også – mer indirekte – av andre bestemmelser. Dels vil de vernes av bestemmelser som hører under den første kategorien – bestemmelser som beskytter mot *inngrep* i privatsfæren – i den forstand at slike bestemmelser vil beskytte individene mot at andre får kjennskap til følsomme opplysninger om deres personlige forhold. Dels vil de også vernes av enkelte bestemmelser som forbyr visse former for *offentliggjøring*, særlig av åvl. § 45c, som forbyr gjengivelse og offentlig visning av personbilder uten den avbildedes samtykke.¹⁹

Det er interessant å merke seg at rettspraksis også her har lagt til grunn at det er en viss – men nokså svak – sammenheng til den første kategorien: I saker hvor offentliggjøringen av personlige forhold er muliggjort ved inngrep i den private sfære, f.eks. ved snikfotografering, trekker det i retning av å anse offentliggjøringen som rettsstridig.²⁰ Dette illustrerer at man har å gjøre med beslektede, men samtidig klart atskilte, former for personlighetsvern.

¹⁹ Jf. f.eks. Rt. 2001 s. 1691 (Teazer). – I denne forbindelse kan også nevnes bestemmelsene i dl. § 131a og § 198, som forbyr fotografering og opptak i forbindelse med rettsmøter i straffesaker, og offentliggjøring av fotografier og opptak i strid med forbudet (bestemmelsene er ved lov 4. juni 1999 vedtatt overført til dl. § 131 og strl. § 390c, men endringene er pr. desember 2003 ennå ikke trådt i kraft). Se fra praksis avgjørelsene i Rt. 1996 s. 13 (Nøsterud) og Rt. 2003 s. 593 (Valebrokk), samt Nedre Romerike tingretts dom 15. oktober 2003 (Hanseid, sak nr. 03-3766, påanket). – Den danske ophavsretsloven har ingen tilsvarende bestemmelse, men en viss beskyttelse mot uberettiget bruk av personbilder kan søkes i alminnelige rettsgrunnsetninger, jf. Lauridsen 1988 s. 147 flg., Udsen 1997, Madsen 2002 s. 263–269, Koktvedgaard 2002 s. 71–72 og Schaumburg-Müller 2003 s. 170 flg. Fra dansk praksis må særlig nevnes den grunnleggende dommen i U 1965 s. 126 (Buster Larsen). – Heller ikke den svenske loven om opphovsrätt har noen regel lik den norske, men i Sverige finnes en egen lov (1978:800) om bruk av navn og bilder i reklame, jf. Levin 1986 og Koktvedgaard og Levin 2002 s. 94–95.

²⁰ Jf. Rt. 1987 s. 1082, der løssalgsvisen VG hadde publisert bilder av en soningsfange, som var tatt i forbindelse med fremstilling for retten, dels under motstand og dels på fordekt måte. Også i saken om Ole Paus (RG 1995 s. 1145) ble det lagt en viss vekt på at de omhandlede personer hadde gitt til kjenne overfor bladet at de ikke ønsket å bli omtalt som et par. Borgarting lagmannsrett la derimot i kjennelsen om Røkkes yacht (RG 2000 s. 1603) liten vekt – *for* liten vil nok mange mene – på at Røkke hadde forsøkt å verne seg mot publisering av interiørbilder fra yachten. – Se fra dansk praksis Østre Landsrets dom i U 1986 s. 405 (Rapport), og fra amerikansk praksis *Michaels v. Internet Entertainment Group Inc.* 5 F.Supp.2d 823 (C.D. Cal. 1998) på s. 841: «In order to determine whether the contents of the Tape are covered by the privilege for reporting private but newsworthy information, the Court must balance (1) the social value of the facts published; (2) the depth of the intrusion into ostensibly private affairs; and (3) the extent to which the party voluntarily acceded to a position of public notoriety.»

Også innenfor denne kategorien har det altså vært ansett å være rom for et ulovfestet vern – slik som i dommen om «To mistenkelige personer». Ankemotparten – modellen for filmens Gustav – hadde påberopt straffelovens bestemmelser om såvel ærekrenkelser som privatlivets fred, men Høyesterett fant det ikke nødvendig å ta standpunkt til om disse var overtrådt. «Det er tilstrekkelig for meg,» uttalte førstvoterende, «at jeg ... finner at det i norsk rett finnes et alminnelig rettsvern for personligheten, og at ankemotparten innenfor rammen av dette vern har rett til å motsette seg oppførelsen av den omhandlede film» (s. 1219).

Særlig mange eksempler på anvendelse av det ulovfestede rettsvern innenfor denne kategorien, finner man imidlertid ikke. Grunnen *kan* være at behovet ikke er så stort, men det skyldes vel mer trolig at et sivilt saksanlegg lett vil oppfattes som en minst like stor belastning som selve krenkelsen.²¹

Blant de nokså få eksempler kan først nevnes Eidsivating lagmannsrett i RG 1967 s. 65, om Michael Grundt Spangs bok «Den ukjente morder». Også her var utgangspunktet en dokumentarisk roman som hentet sitt stoff fra en oppsiktsvekkende drapssak, men i motsetning til «Gustav» var tiltalte i dette tilfellet blitt frifunnet. Saken ble aldri oppklart, og tiltaltes uskyld var tydeligvis ikke mer åpenbar enn at boken ville være «egnet til å vekke lesernes refleksjoner om skyldspørsmålet» (s. 75). Etter en konkret avveining av tiltaltes behov for vern mot offentlighetens oppmerksomhet, og forlagets og forfatterens interesser i utgivelsen, ble det nedlagt midlertidig forbud mot fortsatt distribusjon og omsetning av boken.

Kjennelsen om Rønnaug Kleivas roman «Ingen reell fare», kan også nevnes i denne sammenheng.²² Boken, som ble gitt ut i 2003, skildrer et ektepar i femtiårene og mannens utenomekteskapelige forhold til en annen kvinne. Saksoakeren, en kvinne i 50-årene, mente å ha blitt gjort til modell for den bedratte hustru. Hun hevdet at boken omtalte mange episoder og detaljer fra hennes eget liv, og mente at det var forfatterens forhold til ektemannen som hadde gjort det mulig å skildre hennes personlige forhold på denne måten. Retten var enig i at flere av episodene i romanen hadde vesentlige likhetstrekk med hendelser i hustruens liv, men mente likevel at skildringene ikke kunne anses som stridende mot det alminnelige personlighetsvernet eller mot bestemmelsen i strl. § 390. Den la vekt på at både selve hovedhandlingen i romanen og de enkelte episoder som var beskrevet, var så alminnelige at de i liten grad var egnet til å identifisere saksoakeren som en av hovedpersonene. Det måtte være nokså fri adgang til valg av tema og handling i et skjønnlitterært verk, og gjengivelsen av

²¹ Jf. Stuevold Lassen og Kvamme 1974 s. 163–164.

²² Oslo byfogdembetes kjennelse 15. september 2003, i sak nr. 03-1489 D.

de virkelige hendelser fremsto ikke som så urimelig eller som så støtende mot den alminnelige rettsfølelse at utgivelsen kunne anses som rettsstridig.²³

På samme måte som for usanne ytringer (jf. under 2.2 ovenfor), må man naturligvis for de sanne oppstille en generell rettsstridsreservasjon, og det må gjøres unntak fra personlighetsvernet der f.eks. ytringsfriheten krever det.²⁴

2.4 Utnyttelse av personlig særpreg

Den fjerde og siste kategorien – som er artikkelens hovedtema – skiller seg fra de foregående ved at det ikke behøver å ha skjedd noe overgrep mot det privatliv eller den anonymitet et menneske har krav på. Det behøver heller ikke være tilføyd noen sjelelig smerte, eller foreligge noe element av usannhet. I de tre første kategoriene er det på forskjellige måter tale om uønsket oppmerksomhet for personer som helst vil være i fred. Her, i den fjerde kategorien, gjelder det derimot ofte mennesker som nettopp søker offentlighetens lys, mennesker som kanskje lever av nettopp dét. De har ikke noe ønske om å unngå publisitet, men de vil ha kontroll over måten det skjer på, og ikke minst vil de høste de økonomiske fruktene av sin egen berømmelse. Det det er snakk om, er en rett til å *råde over sitt særpreg* – sin identitet, om man vil – en rett som i store trekk svarer til den amerikanske «right of publicity».²⁵

²³ Se også den danske høyesterettsdommen i U 1965 s. 33. Jf. Schaumburg-Müller 2003 s. 190 flg.

²⁴ I kjennelsen i Rt. 2003 s. 593 (Valebrokk) lot flertallet det stå åpent om straffebestemmelsene i dl. § 198 tredje ledd, jf. § 131a første ledd annet punktum, kunne tolkes innskrenkende «ut fra en alminnelig rettsstridsreservasjon». Det var ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette, fordi «EMK artikkel 10 går her uansett lenger i å begrense anvendelsesområdet for § 198 tredje ledd, jf. § 131a første ledd annet punktum» (avsnitt 45). Se også note 19 ovenfor.

²⁵ McCarthy 2001 s. 1-2 definerer «right of publicity» som «the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity». Han kategoriserer den som en immaterialrett, beslektet med varemerkeretten, opphavsretten og markedsføringsretten, men likevel som en selvstendig rettighet, med en egen karakter. Jf. *Bi-Rite Enterprises Inc. v. Button Master* 555 F.Supp. 1188 (S.D. N.Y. 1983) på s. 1198: «[The] «right of publicity» ... grants a person an exclusive right to control the commercial value of his name and likeness and to prevent others from exploiting that value without permission ... It prevents unjust enrichment by providing a remedy against exploitation of the goodwill and reputation that a person develops in his name or likeness through the investment of time, effort, and money.» – Dommen om påskebildene i Rt. 1983 s. 637

De personlige særtrekk som kan være gjenstand for utnyttelse på denne måten, kan knytte seg til selve den personlige *fremtoning*, slik som utseende, stemme, mimikk, ganglag osv. Fremtoningen kan være fiksert ved fotografi, lydopptak, tegning etc. En særlig variant har man i de tilfellene der det ikke er personens *egen* fremtoning som utnyttes, men det skjer en *etterligning*, slik som i saken om Pål Bang-Hansens stemme (RG 1999 s. 1009, se nærmere om etterligninger under 4.3 nedenfor).

Fremtoningen er imidlertid ikke det eneste det kan være fristende å utnytte. Like effektivt kan det være, f.eks. i reklamesammenheng, å bruke *symboler*, eller kjennetegn, for personen. Det vanligste symbolet er naturligvis *navnet*, herunder kallenavn, kunstnernavn, pseudonymer o.l., men det kan også dreie seg om andre kjennetegn som større eller mindre deler av allmennheten er i stand til å gjenkjenne og knytte til et bestemt individ, f.eks. en tittel. Noen tette skott mellom fremtoning og symboler er det for øvrig ikke. Også fremtoningen vil fungere som et symbol for personen når den blir kjent for omverdenen, f.eks. en særpreget frisyre, kroppsspråk, stemme osv.

Det går også en flytende grense mot en tredje kategori, som omfatter forskjellige former for personlige *prestasjoner*. Prestasjoner kan ofte være karakteristiske for utøveren, og vil dermed kunne fungere som symboler for personen, samtidig som bilder eller opptak av prestasjonen vil representere hans personlige fremtoning.²⁶ Men prestasjoner inneholder også noe mer, og noe annet, enn den blotte fremtoning, og de er noe mer enn kjennetegn for utøverne. En prestasjon vil være en demonstrasjon av individets spesielle ferdigheter, samtidig som den ofte vil inneholde skapende elementer. I en del tilfelle vil prestasjoner være dekket av immaterialrettslovgivningen hvis de oppfyller bestemte krav. Men det finnes også prestasjoner som faller utenfor den positive lovgivningens bestemmelse, f.eks. idrettsprestasjoner og sirkusnumre.

illustrerer hvorledes den *rene utnyttelse* av personlig særpreg kan rammes, uten at det foreligger noe (nevneverdig) moment av skadetilføyelse. En reklamekonsulent hadde brukt et bilde han hadde fått fra et avisarkiv, i utformingen av en annonse for en fotoforretning. Bildet viste en helt dagligdags situasjon; et par med barn som solte seg i påskefjellet. Det avslørte ingen private forhold eller intime detaljer, og de avbildede hadde samtykket i at det ble tatt en billedserie, og i at et av bildene kunne brukes i en reportasje om «påskefjell og feriegleder».

²⁶ Smnl. Oslo byretts dom i RG 1995 s. 151, der den la til grunn at meloditittelen «I Love Norwegian Country» er «uløselig tilknyttet Bjørø Håland ... og at den tilmed er blitt noe bortimot et kjennetegn på ham som sangartist» (s. 156).

En kan stille spørsmål om det bare er den *menneskelige* personlighet som nyter beskyttelse. Betegnelsen «personlighetsrett» viser klart at det er mennesker man har hatt i tankene. Men erkjennelsen av at de interesser det gjelder i stor grad er av økonomisk karakter, leder naturlig til at retten ikke behøver være begrenset til mennesker alene. *Dyr* kan f.eks. være filmstjerner, berømte modeller (f.eks. for dyrefôr) eller fremtredende utøvere (f.eks. travhester). Og eierne, som kan ha nedlagt et svært og tidkrevende arbeid i fremdyrkelsen av dyrets evner – eller «personlighet», om man vil – kan ha en berettiget interesse i å kontrollere den kommersielle utnyttelsen av resultatet.

En annen aktuell kategori omfatter forskjellige *persongrupper* og *sammenslutninger*, fra mindre grupper – f.eks. et orkester eller et fotballag – til selskaper og foreninger av betydelig størrelse. I den grad de driver næringsvirksomhet vil markedsføringsloven ofte gi tilstrekkelig vern overfor andre næringsdrivende innenfor konkurranserelasjonen. Men i noen tilfelle vil man måtte ty til ulovfestet rett.²⁷ En kjent bedrift kan f.eks. ha behov for vern mot at andre uten skjellig grunn bruker selskapets navn som domenenavn e.l. Og Universitetet i Oslo kan føle berettiget harme om en sjokoladeprodusent tar i bruk et merke som til forveksling ligner universitetets logo, på samme måte som Den norske tannlegeforening kan ha god grunn til å gripe inn overfor en tyggegummi- produsent som uten tillatelse setter foreningens symbol på tyggegummipakke- ne. Mye kan tale for at sammenslutningene ikke bør settes i noen dårligere stilling her, enn f.eks. i forhold til bestemmelsene om ærekrenkelser.²⁸ Om man vil bruke betegnelsen *personlighetsvern* eller ikke, er en smakssak.

²⁷ Et eksempel på at navnerettslig vern for et samvirkelag ble basert på alminnelige rettsgrunnsetninger, er Nordfjord herredsretts dom i RG 1962 s. 452 (Nordfjord slakteri).

²⁸ Om upersonlige rettssubjekters vern mot ærekrenkelser, se Andenæs og Bratholm 1996 s. 151, og fra praksis Rt. 1987 s. 764 (Aker). – Amerikansk praksis har utstrakt personlighetsvernet («the right of publicity») til persongrupper, men ikke til foretak og organisasjoner, jf. f.eks. *Eagle's Eye Inc. v. Ambler Fashion Shop Inc.* 627 F.Supp. 856 (E.D. Penn. 1985) på s. 862: «[I]t is clear that the right of publicity inures to an *individual* who seeks to protect and control the commercial value of his name or likeness. This is to be distinguished from the facts at bar, in which a right of publicity is alleged to inhere in a *corporate trademark*. Although two courts have recently recognized a group's right of publicity (e.g. rock music groups), plaintiff cites no cases, nor has my research revealed any, which extend the right of publicity doctrine to trademarks ... I am not convinced that such an extension is warranted on the facts here presented, and thus will grant defendant's motion to dismiss plaintiff's claim for misappropriation of right of publicity.» Se også McCarthy s. 4-44: «In considering possible expansion of the Right of Publicity to include the identity of organizations and institutions, one must keep in mind the impact of such a reordering on the structure of the law. The probable impact would be that the Right of Publicity would replace the existing carefully crafted structure of trademark and unfair competition law, which keeps fair competition and free competition in a delicate balance.» At foretak og organisasjoner ikke kan gjøre gjeldende «the right of publicity», innebærer imidlertid ikke at de er uten rettsbeskyttelse, jf. f.eks. *University of Evansville v. Felsber* 55 U.S.P.Q.2d 1043 (Ind. App. 2000), der et universitet ble ansett berettiget til å fremme krav

Hvilke hensyn er det så som begrunner rettsvernet innenfor denne fjerde kategorien, når det ikke foreligger noe tilsvarende element av en sjeelig personlighetskrenkelse som i de tre foregående? Det må nok først og fremst sies å være to forhold:

For det første kan vernet begrunnes i selve *den personlige autonomi*, retten til å bestemme over seg selv og sine personlige forhold, herunder til selv å bestemme hva slags varer og tjenester man vil bli forbundet med. Hvem vil f.eks. like å finne sitt navn eller bilde forbundet med spekulative tjenester eller varer av undermåls kvalitet? Lagmannsretten var inne på dette hensynet i Pål Bang-Hansen-dommen, der den trakk parallellen til åndsverklovens fotografiregel, og uttalte at det er «naturlig at Bang-Hansen selv får bestemme over bruk av sin person og sin stemme».

For det andre er det behovet for beskyttelse av det *arbeid* og den *innsats* som har gitt enkelte mennesker en spesiell plass i offentligheten.²⁹ Tanken om at enhver har krav på fruktene av eget arbeid – iallfall så lenge det ikke skjer på bekostning av andre tungtveiende interesser – ligger grunnfestet i den alminnelige rettsbevissthet, og har intuitiv appell. Retten til å kontrollere utnyttelsen av personlig særpreg kan derfor neppe anses som særlig kontroversiell, iallfall så lenge det dreier seg om utnyttelse i kommersiell sammenheng.³⁰ Også dette aspektet trakk lagmannsretten frem: «Reklameinnslaget ... «snylter» på Bang-Hansen som person ... Hvis det ikke hadde vært i strid med Bang-Hansens ansettelsesvilkår i NRK, ville det vært han selv som hadde hatt rett til å bruke sin status som kjent filmmann i kommersiell sammenheng» (s. 1019).

Til dette kan føyes et tredje moment, som tradisjonelt har fått mindre oppmerksomhet innenfor personlighetsretten, nemlig hensynet til å *stimulere* borgerne til å investere tid og penger i utviklingen av sin per-

overfor en tidligere professor som hadde brukt domenenavn og e-postadresser som ga inntrykk av å tilhøre universitetets ansatte. – Som eksempel på at *persongrupper* er anerkjent som rettighetshavere, se f.eks. *Bi-Rite Enterprises Inc. v. Button Master* 555 F.Supp. 1188 (S.D. N.Y. 1983) på s. 1199: «[T]he rationale for protecting that interest extends to groups that have «persona» sufficiently strong to meet the requirements applied to individuals. The theoretical underpinnings of the right of publicity are distinct from the more personal components of the right of privacy ... Privacy decisions limit actions to individuals, because the right of privacy is intended to protect individual personality and feelings. The right of publicity, on the other hand, seeks to protect the commercial value acquired by names and likenesses due to investments of time, energy, money, and talent.»

²⁹ Jf. Mæland 1985 s. 197 og Woxholth 1993 s. 406–407.

³⁰ Se generelt om de legislative hensyn, McCarthy 2001 s. 2-1 flg.

sonlighet. Tanken er at det er viktig for samfunnet, og særlig for kulturlivet, at en del personer utvikler sitt særpreg og trer frem i offentlighetens lys, slik som f.eks. musikere, skuespillere og idrettsutøvere. Det er neppe tvil om at søkningen mot slike posisjoner påvirkes av de økonomiske betingelser som stilles i utsikt, og herunder av den beskyttelse rettsordenen kan gi for deres publisitetsverdi. Men hvor viktig dette aspektet er, er det neppe noen som kan gi et klart svar på, og det varierer sikkert fra område til område, og fra person til person.

Beskyttelsesbehovet for personlig særpreg varetas et stykke på vei av *lovgivningen*. Men det er bare retten til eget bilde som er vernet direkte og uttrykkelig, gjennom bestemmelsen i åvl. § 45c, som bestemmer at «Fotografi som avbilder en person kan ikke gjengis eller vises offentlig uten samtykke av den avbildede». Andre deler av personligheten kan vernes mer indirekte av bestemmelser på andre områder, f.eks. av immaterial- og konkurranseretten. Men det er iøynefallende at beskyttelsen er fragmentarisk og har et noe tilfeldig preg. Vernet etter åvl. § 45c gjelder f.eks. bare *egget* bilde, og ikke f.eks. bruk av «lookalikes» eller animasjoner.³¹ Og det gjelder som hovedregel bare bruk av *fotografier*, ikke andre former for avbildninger, som f.eks. tegninger.³² Det er heller ikke vanskelig å finne eksempler på personlighetstrekk som ikke dekkes av noen bestemmelse, til tross for at det kan eksistere et beskyttelsesbehov. Stemmen er altså ett eksempel – det finnes mange flere. Det blir derfor et viktig spørsmål om, og i så fall i hvilken utstrekning, lovgivningen kan suppleres på ulovfestet grunnlag.

Personlighetsvernet varetas ikke bare ved domstolenes rettshåndhevelse. Av stor praktisk betydning er også den «selvjustis» som håndheves av bl.a. pressens og reklamebyråenes organisasjoner. Norsk Presseforbunds «Vær Varsom-plakat» bestemmer f.eks. at pressen skal vise respekt for «menneskers egenart og identitet, privatliv, rase, nasjonalitet og livssyn», og at man ikke skal fremheve «personlige og private forhold når dette er saken uvedkommende». Bestemmelsene håndheves av Pressens Faglige Utvalg, som er en etisk selvdømmeordning. Også Reklamebyråforeningen har en «Vær Varsom-plakat», som bl.a. bestem-

³¹ Det finnes – iallfall i enkelte land – byråer som har spesialisert seg på utleie av «dobbelgtjengere» til kjente personer, og med dagens datateknologi kan svært nærgående og realistiske etterligninger fremstilles elektronisk. Det kan stilles spørsmål om slike kan brukes, f.eks. i forbindelse med reklame eller i underholdningsøyemed.

³² For portrettbilder er vernet uavhengig av den teknikk som er brukt ved fremstillingen, jf. åvl. § 39j tredje ledd.

mer at reklamen ikke bør «avbilde eller henvise til personer uten at tillatelse er innhentet på forhånd». Spørsmål om overtramp vurderes av den såkalte «Vurderingskomiteen». Organisasjonenes normer og responsapraksis har i utgangspunktet ikke rettsvirkninger, men man kan tenke seg å legge vekt på de bransjeoppfatninger som her kommer til uttrykk ved anvendelsen av rettslige standarder, og som moment i de skjønsmessige avveininger som må foretas av domstolene i en del sammenhenger. Det generelle inntrykket er likevel at domstolene legger nokså liten vekt på slike kilder.

3. Rettsgrunnlaget

3.1 Rettskildebildet

Noe klart prejudikat for et generelt, ulovfestet vern av *personlig særpreg* finnes ikke. Dommen om «To mistenkelige personer» (Rt. 1952 s. 1217) gjaldt, som det fremgikk under 1 ovenfor, et nokså annerledes tilfelle, og kan neppe tillegges noen direkte prejudikatsvirkning når det er tale om vern av personlig særpreg.

Nærmere de spørsmålene vi her er opptatt av, ligger Aars-dommen i Rt. 1896 s. 530, som fastslo navnevernet i norsk rett.

Bonden på gården Årsrud tok navnet Aars – etter råd fra et medlem av slekten Aars – men ble fradømt retten til å bruke navnet etter 40 år, uten noe annet hjemmelsgrunnlag enn alminnelige rettsgrunnsetninger: «Spørgsmaalet [er] ... om den Private ... er berettiget til at paatale en uberettiget Brug eller Tilegnelse af hans Navn ... Herom mangler, som nævnt, vor Lovgivning udtrykkelige Forskrifter. Men det vilde vistnok være forhastet, om man deraf vilde slutte, at i det rent privatretslige Forhold er Navnet ubeskyttet ... At en saadan privat Navneret bestaar og kan kræve retslig Beskyttelse, synes ... i den Grad at ligge i Sagens egen Natur, at den ikke tiltrænger positiv Hjemmel i Lovgivningen. Hvor et Navn gjennem Brug har antaget Karakteren af og vundet Anerkjendelse som Familienavn ... knytter der sig til dets Bevarelse for og udelukkende Benyttelse af vedkommende Familie ikke blot rent personlige, men i en Mangfoldighed af Anvendelser ogsaa økonomiske Interesser af den Betydning, at de har Krav paa retslig Beskyttelse. En Lære som den, at Slægtsnavne, de være noksaa gamle og høit ansete, er Gjenstand for fri Bemægtigelse af Hvemsomhelst, vilde paa dette Omraade betegne en Tilstand af Retsløshed, som den umiddelbare Retsfølelse vægrer sig ved at anerkjende» (s. 536).

Dommen hører imidlertid hjemme i en annen tid, og det er usikkert hvilken vekt som kan legges på en så gammel avgjørelse. Dessuten gjaldt

den en nokså begrenset utnyttelse av navnet, nemlig som *personnavn*, og det er ikke sikkert Høyesterett ville hatt samme syn på f.eks. inngrep i andres næringsfrihet, yringsfrihet eller kunstneriske frihet. Mot denne bakgrunn kan heller ikke Aars-dommen anses som prejudikat for noen særlig vidtrekkende materiell regel, og iallfall ikke for et generelt vern mot kommersiell utnyttelse av personlig særpreg.

Den nevnte høyesterettspraksis kan derimot tillegges en mer indirekte betydning, bl.a. ved den veiledning den gir for vurderingen av hvilket hjemmelskrav man skal stille på dette området. Kanskje kan den også gi visse holdepunkter når vurderingsnormens innhold skal fastlegges. Men her må en være oppmerksom på at ulikhetene mellom personlighetsvernets forskjellige kategorier tilsier varsomhet med å overføre synspunkter og normer fra en kategori til en annen.

3.2 Legalitetsprinsippet og andre hjemmelskrav

Legalitetsprinsippet anses vanligvis å stille et nokså fleksibelt krav til hjemmelsgrunnlag, varierende med bl.a. rettsområdets karakter, inngrepets alvorlighetsgrad og hvem som står bak det.³³ De sikreste holdepunkter har man der det foreligger *lovfestede hjemmelskrav*, slik som Grl. § 96, som bestemmer at straff bare kan idømmes på grunnlag av formell lov.³⁴

Et annet eksempel, som har atskillig interesse på det området vi her beskjeftiger oss med, er bestemmelsen i art. 10 EMK, som bestemmer at inngrep i yringsfriheten må være «prescribed by law». «Law» betyr i denne sammenheng ikke nødvendigvis formell lov, men det er på det rene at bestemmelsen stiller visse kvalitative krav til det rettsgrunnlaget som må foreligge for at domstolene skal kunne gripe inn i yringsfriheten.³⁵ Og siden personlighetsvernet ofte vil innebære inngrep i nettopp yringsfriheten, blir det et viktig spørsmål om et ulovfestet rettsvern av den typen Høyesterett bygde på i dommen om «To mistenkelige personer», tilfredsstillende konvensjonens krav. Lagmannsretten var oppmerksom på problemstillingen i Bang-Hansen saken, men anså løsningen som temmelig opplagt: «Det er sikker rett at ulovfestet rett kan tilfreds-

³³ Se generelt E. Smith 1978.

³⁴ I saken i RG 1967 s. 65 (Den ukjente morder) var det anført av saksøkte at også Grl. § 100 innebar et krav om lovhjemmel (for å forby utgivelsen av trykte skrifter), men dette synspunktet fikk ikke tilslutning fra lagmannsretten.

³⁵ Jf. Eggen 2002 s. 192 flg.

stille kravet i artikkel 10» (RG 1999 på s. 1018). Så opplagt er saken kanskje ikke, men *resultatet* synes forsvarlig.³⁶

Der man ikke har formelle hjemmelskrav å holde seg til, må man falle tilbake på det sedvanerettslige *legalitetsprinsippet*, slik dette er utformet gjennom praksis. Generelt kan det sies at praksis på personlighetsrettens område viser at et rettsvern for personligheten ikke behøver å ha hjemmel i formell lov, men at reelle hensyn og analogibetraktninger kan være tilstrekkelig. Dette stemmer overens med den alminnelige oppfatning om at det på privatrettens område ikke gjelder noe tilsvarende hjemmelskrav som i den offentlige rett, men at domstolene i atskillig utstrekning kan pålegge saksøkte plikter uten hjemmel i lov eller andre formelle rettskilde faktorer.³⁷ Domstolene sier i slike tilfelle gjerne at resultatet følger av *alminnelige rettsgrunnsetninger* e.l.,³⁸ og det betyr som regel i realiteten at de bygger på analogibetraktninger og reelle hensyn, samt på rettsoppfatninger som over tid har festnet seg, og er kommet til uttrykk f.eks. i rettslitteraturen eller i praksis.³⁹

At domstolene kan bygge på et slikt grunnlag også når det gjelder rettsvernet for personlig særpreg, synes i utgangspunktet nokså klart. Allerede *Knoph* fremholdt f.eks. at spørsmålet om vern for personlige «kjennetegn» måtte bero på hva man kunne utlede ved analogi fra lovgivningen, fra rettspraksis og fra «sakens natur», og han var ikke «synderlig i tvil» om at man ikke kunne oppfatte lovgivningen som uttømmende, men at man «i kraft av den almindelige personlighetsrett må anerkjenne adskillige tilsvarende rettigheter».⁴⁰ Slike betraktninger står neppe svakere i dag.

Om man med nokså stor grad av sikkerhet kan si at personlighetens rettsvern lar seg bygge på ulovfestet grunnlag, er imidlertid ikke alle problemer løst. Man må som nevnt også ta i betraktning at hjemmelskravet varierer med inngrepets karakter og styrke.⁴¹ At domstolene kan nedlegge *forbud* og avsi *fastsettelsesdom*

³⁶ Jf. Eggen 1994 s. 85–86 og Eggen 2002 s. 200–202 og s. 701–704.

³⁷ Jf. Nygaard 1999 s. 208 flg.

³⁸ Se f.eks. Rt. 1977 s. 1035 (sykejournal) på s. 1044 og Rt. 1998 s. 774 (videospiller) på s. 781.

³⁹ Se Rt. 1940 s. 250 (grammofonplater), som eksempel på at en påberopt rettsoppfatning ikke ble ansett som så utbredt og festnet at den kunne tjene som hjemmelsgrunnlag for et forbud mot kringkasting av grammofonmusikk.

⁴⁰ *Knoph* 1936 s. 581–582. Se også *Andenæs* 1958 s. 392–393. Se fra nyere tid *Woxholth* 1993 s. 403–404.

⁴¹ Jf. E. Smith 1978 s. 668.

sier nesten seg selv. Dette er kjernen i ethvert personlighetsvern. Det kan heller ikke anses særlig tvilsomt at forbud kan nedlegges mot *forestående* krenkelser, altså før et rettsbrudd faktisk har funnet sted. Det var dette som skjedde i saken om «To mistenkelige personer», og løsningen har gode grunner for seg.⁴² Hensynet til ytringsfriheten kan kanskje i noen tilfelle tilsi spesiell varsomhet med å nedlegge forbud mot en forestående krenkelse, av frykt for at det vil kunne utarte til en form for forhåndssensur.⁴³ På den andre siden gjør hensynet til den som vil bli utsatt for krenkelsen, seg her gjeldende med full styrke; et erstatningskrav vil ofte være en mager trøst hvis den krenkede må sitte maktesløs og se på at hans personlighet blir invadert. Det var derfor med god grunn Høyesterett forbød fremvisningen av «To mistenkelige personer» i 1952 – når den først kom til at fremvisning ville være rettsstridig – fremfor å henvise «Gustav» til å kreve erstatning.⁴⁴ En annen sak er at det etter omstendighetene kan være grunn til å beskytte pressen mot slike inngrep, men det må bero på en konkret vurdering av om hensynet til pressefriheten skal anses som så tungtveiende at det overskygger de personvernensyn som står i fare for å bli tråkket på.⁴⁵

⁴² Se også Eidsivating lagmannsretts dom i RG 1967 s. 65 (Den ukjente morder) på s. 74: «Lagmannsretten er ... ikke enig i at stansing av et skrift ved midlertidig forføyning ... er det samme som eller kan likestilles med forhåndssensur, som grunnlovens § 100 tar sikte på å utelukke. Det § 100 hindrer, er en ordning som innebærer at skrifter ikke kan gis ut i trykken for de har vært underkastet en forhåndskontroll. En midlertidig forføyning vil gjelde et bestemt skrift, og saksøkeren må for domstol sannsynliggjøre at han har rettmessig krav på at skriften ikke blir utgitt eller at videre utgivelse blir stanset ... Selv om det i en del tilfelle vil hende at et sannsynliggjort krav på stansing viser seg uholdbart ved nærmere prøving for retten, kan det ikke antas at ordningen kommer i strid med grunnlovens § 100.»

⁴³ Jf. Eggen 2002 s. 600–603. Se fra amerikansk praksis *Nebraska Press Ass'n v. Stuart* 427 US 539 (1976) på s. 559: «[P]rior restraints on speech and publication are the most serious and the least tolerable infringement on First Amendment rights ... If it can be said that a threat of criminal or civil sanctions after publication «chills» speech, prior restraint «freezes» it at least for a time.»

⁴⁴ Det er mot denne bakgrunn overraskende at Borgarting lagmannsrett nokså kategorisk inntok det motsatte standpunkt i kjennelsen om Røkkes yacht i RG 2000 s. 1603. – Om forholdet til Grl. § 100, se særlig Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer) og RG 1967 s. 65 (Den ukjente morder), jf. note 42 ovenfor. Om forholdet til art. 10 EMK, se Eggen 1999 s. 231. Artikkel 19 i FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966 synes for øvrig å innebære et strengere forbud mot forhåndssensur enn art. 10 EMK.

⁴⁵ Jf. Eggen 1994 s. 185–187. I USA – som kanskje er det land i verden som har det mest vidtrekkende konstitusjonelle vern av ytringsfriheten – har disse spørsmålene jevnlig vært oppe, jf. f.eks. på den ene siden *Ruffin-Steinback v. De Passe* 17 F.Supp.2d 699 (E.D. Mich. 1998), der et krav om midlertidig forføyning mot visning av et dokudrama om gruppen Temptations ble avslått under henvisning til at det ville innebære ulovlig forhåndssensur. Det synes å ha hatt betydning at kravet var svakt begrunnet: «After hearing oral argument on this motion, it is clear to me that Steinback has no likelihood of success on the merits.» Se på den andre siden *Michaels v. Internet Entertainment Group Inc.* 5 F.Supp.2d 823 (C.D. Cal. 1998), der saksøkerne fikk medhold i kravet om midlertidig forføyning mot visning av en privat,

Erstatning for økonomisk skade kan etter langvarig og sikker praksis kreves ved uaktsom overtredelse av ulovfestede handlenormer. Mer tvilsomt blir det når man kommer til spørsmålet om *oppreisning* for ikke-økonomisk skade. Oppreisning har tradisjonelt vært ansett å kreve særskilt lovhjemmel, på samme måte som straffansvar.⁴⁶ Spørsmålet om man i slike tilfelle kan anvende den generelle oppreisningsregelen i skl. § 3-5, om forsettlig eller grovt uaktsom skadeforvoldelse på person, eller eventuelt tilkjenne oppreisning på ulovfestet grunnlag, er ikke avklart.⁴⁷ Gode grunner synes imidlertid å tale for et bekræftende svar, idet en ellers ofte vil stå uten effektive sanksjoner mot grove personlighetskrenkelser.⁴⁸

Vederlag for urettmessig utnyttelse, uavhengig av forårsaket skade, kan trolig tilkjennes på ulovfestet grunnlag.⁴⁹ En slik rett henger nært sammen med prinsippet om at enhver i utgangspunktet bør kunne nye fruktene av egen innsats, og at ingen har krav på å få berike seg på andres bekostning. Utslag av denne alminnelige rettsgrunnsetning kan man se på mange rettsområder.⁵⁰

pornografisk videofilm med filmstjernen Pamela Anderson Lee og sangeren Brett Michaels: «Crafting an injunction to prevent irreparable injury arising from violation of the plaintiffs' rights to publicity requires «a weighing of the private interest of the right of publicity against matters of public interest calling for constitutional protection, and a consideration of the character of these competing interests.» ... Where the relief sought is damages, the plaintiff's property rights can be protected at minimal risk to free expression ... Where, as here, the plaintiffs ask the Court to impose a prior restraint, the risk to free expression is at its highest» (s. 838–839).

⁴⁶ Jf. Andersen 1969 s. 346, Nygaard 2000 s. 163 og Rt. 1999 s. 1742 (Landås).

⁴⁷ Jf. Rt. 2001 s. 428 (Barkenæs). Se også Rognstad og Stenvik 2002 s. 548.

⁴⁸ Se til illustrasjon saksforholdet i Rt. 1986 s. 1307 (legemsbeskadigelse). Jf. Grönfors 1966 s. 14–15. Se fra tysk praksis BGH 1.12.99 GRUR 2000, 709 (Marlene Dietrich). I motsatt retning Woxholth 1993 s. 408–409. – For inngrep i privatlivets fred fra offentlighetens side, i strid med art. 8 EMK, kan erstatning og oppreisning etter omstendighetene idømmes etter art. 13. Jf. om betydningen av art. 8 EMK i private saker (spørsmålet om såkalt horisontal effekt), den engelske avgjørelsen *Douglas v. Hello! Ltd.* [2001] FSR 732 (Court of Appeal) på s. 759–761 og 770–773.

⁴⁹ Jf. Mæland 1985 s. 220–222 og Woxholth 1993 s. 409–410. Se også Rognstad og Stenvik 2002 s. 523–527. Jf. Oslo byretts avgjørelser i RG 1981 s. 493 (gullsmedreklame) og RG 1995 s. 151 (Bjørø Håland), samt Borgarting lagmannsretts dom i RG 1999 s. 1009 (Bang-Hansen). Motsatt for dansk rett Østre Landsrets dom i U 1986 s. 405 (Rapport), som kritiseres av Madsen 2002 s. 267–268.

⁵⁰ Jf. f.eks. Rt. 1980 s. 243 (Tampax, brudd på eneforhandleravtale), Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen, grunneieres krav som følge av ulovlig reindrift på eiendommen), Rt. 1984 s. 121 (Westend II, ulovlig fremleie av forretningslokaler) og Rt. 1997 s. 199 (Cirrus, urettmessig bruk av konstruksjonstegninger). Se også Rt. 1984 s. 497 på s. 504 (opphør av samboerforhold) og Rt. 2000 s. 1089 på s. 1094 (opphør av samliv ved død).

3.3 Den materielle rett som kompetanseskranke

Domstolenes kompetanse begrenses imidlertid ikke bare av de hjemmelskrav som følger av lov og sedvane, men også av de *materielle regler* som er nedfelt i bestemmelser som må anses som trinnhøyere enn den ulovfestede rett. Hvis lovgivningen sikrer en viss rettighet eller frihet, eller oppstiller bestemte handlenormer, kan domstolene normalt ikke *fravike* disse bestemmelser uten holdepunkter i regler av samme eller høyere rang. Dermed blir det ofte nødvendig å ta stilling til *om* man står overfor en regel som begrenser domstolenes kompetanse, eller om regelen åpner for *suppleringer* eller *unntak*. I prinsippet beror dette på en tolkning av den enkelte lovbestemmelse. Noen lovbestemmelser åpner uttrykkelig for unntak, slik som art. 10 EMK, mens man andre ganger må innfortolke tilsvarende mulighet for unntak.

Spørsmålet om lovgivningen kan *suppleres* på ulovfestet grunnlag, oppstår ofte der lovgivningen beskytter interesser som er *beslektet* med dem det er spørsmål om å verne på ulovfestet grunnlag. Er meningen at loven uttømmende skal regulere hva som er vernet, og hva som skal være fritt, eller skal den sikre bestemte interesser uten at meningen har vært å legge seg opp i hva som skal gjelde utenfor dens område?

Det har vanligvis vært ansett som god latin at man skal være forsiktig med å slutte antitetisk fra lovgivningen, og ikke minst på det området det her gjelder. *Stuevold Lassen* har f.eks. fremholdt at: «Regler i lovgivningen om vern for personligheten må normalt ikke oppfattes som uttømmende, slik at de sier: Hit og ikke lenger går beskyttelsen. Så sant det ikke er spørsmål om straff eller lignende sanksjoner, bør de enkelte lovbestemmelsene heller ses som kasuistiske uttrykk for mer omfattende, uskrevne regler om vern for personligheten.»⁵¹ Når åndsverkloven forbyr bruk av person*fotografier*, kan man ikke regne med at det er fritt frem for bruk av person*tegninger*.⁵² Og det at *bildet* er beskyttet, kan

⁵¹ Stuevold Lassen 1998 s. 108. Se også Koktvedgaard 1965 s. 379–382 og Woxholth 1993 s. 403–405. Fra praksis kan nevnes f.eks. Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer) og Rt. 1991 s. 616 (gatekjøkken).

⁵² Jf. Stuevold Lassen og Kvamme 1974 s. 163. I tysk rett, som i sin tid utgjorde forbildet for fotografilovens bestemmelse, beskyttes på lik linje alle avbildninger som *identifiserer* personen, uavhengig av teknikk, jf. § 22 KUG og BGH 1.12.99 GRUR 2000, 709 (Marlene Dietrich). Tilsvarende fra amerikansk praksis, *Onassis v. Christian Dior-New York Inc.* 472 NYS2d 254 (1984).

ikke bety at lovgiver har ment at *stemmen* skal være fritt vilt.⁵³ Likeledes må det anses temmelig klart at når navneloven bare verner navn mot at andre tar det i bruk som *personnavn*, så har det ikke vært meningen å fastslå at det skal være fritt frem for andre former for utnyttelse, f.eks. i reklame.⁵⁴

Noen ganger kan vurderingen av om loven skal forstås på den ene eller den andre måten, være vanskelig. Åndsverkloven beskytter f.eks. i § 42 utøvende kunstneres fremføring av litterære og kunstneriske verk. Og når lovgiver – åpenbart bevisst – har valgt å knytte vernet til en bestemt gruppe av personer (utøvende kunstnere), og beskytte en bestemt del av deres personlige fremtreden (fremføring av åndsverk), synes antitesen nærliggende: Lovgiver må ha ment, kan det hevdes, at andre persongrupper og andre former for fremtreden skal være ubeskyttet. Men en slik slutning er forhastet. Meningen kan jo ha vært bare at åndsverkslovens *sanksjonsregler* skal være forbeholdt den nevnte persongruppe og de nevnte fremførelser. Andre får klare seg med det ulovfestede vernet.⁵⁵

4. Rettsvernets innhold

Etter å ha konstatert at domstolene – innenfor visse grenser – *kan* oppstille et rettsvern for personlig særpreg, skal vi nå forsøke å utkrystallisere noen hovedpunkter i rettsvernets mulige innhold. Det er åpenbart at vi her befinner oss på usikker grunn, for selv om personlighetsvernet bygger på gammelt tankegods, har vi, i motsetning til en del andre land, ingen praksis som nærmere klarlegger vernets karakter og innhold.

⁵³ Jf. BGH 8.2.1957 BGHSt. 10, 202. Se om bruk av «sundalikes» nedenfor ved note 93.

⁵⁴ Når derimot åndsverkloven ved unntaksreglene i § 45c, bokstavene a) til e), setter bestemte grenser for det vernet som gjelder for eget bilde, må domstolene i utgangspunktet respektere disse grensene. Men det kan forekomme at unntakene må tolkes snevert eller innskrenkende, slik at inngrepene i hovedregelen om retten til eget bilde ikke gjøres mer omfattende enn formålet med unntakene kan rettferdiggjøre. Jf. Stuevold Lassen og Kvamme 1974 s. 163–164, som nevner som eksempel at det ikke alltid, eller på en hvilken som helst måte, bør kunne gjengis et fotografi av en fremtredende politiker i underbuksene. Se også Eidsivating lagmannsretts dom i Koefoed-saken, omtalt ved note 65 nedenfor, der åndsverklovens bestemmelse om sitatrett ble tolket innskrenkende under henvisning til formålet.

⁵⁵ Jf. Stuevold Lassen 1982 s. 304.

4.1 Rettens karakter

I Norden har rettsvitenskapen tradisjonelt vært negativt innstilt til å se personlighetsretten som en *subjektiv rett*, en rett som tilhører personen selv.⁵⁶ Til det er rettsbeskyttelsen for ubestemt i sitt innhold, har man ment. I stedet har man villet se personlighetsretten som bestående av *forbudsregler*, rettet mot dem som kan tenkes å krenke andres personlighet. Det behøver ikke lede til ulike resultater om man ser saken på den ene eller andre måten. Mest er det spørsmål om å finne en hensiktsmessig rettslig konstruksjon. Men det er heller ikke til å legge skjul på at rettslige konstruksjoner kan virke forførende ved løsningen av både materielle og prosessuelle spørsmål, f.eks. ved avgjørelsen av hvem som har rettslig interesse i en sak, hvilke sanksjoner som kan gjøres gjeldende, om retten kan overføres ved avtale eller arv, etc.

Spørsmålet om hva som er en hensiktsmessig rettskonstruksjon, står ikke nødvendigvis i samme stilling for retten til personlig særpreg, som for de øvrige av personlighetsrettens kategorier. Rettens økonomiske karakter, og dens slektskap med andre subjektive rettigheter, gjør det i utgangspunktet nærliggende å betrakte den som en subjektiv enerett. Det er i denne sammenheng grunn til å peke på at konstruksjonen «subjektiv rett» er valgt for den eneste lovbestemmelsen man har innenfor denne kategorien, nemlig retten til eget bilde (åvl. § 45c). Hertil kommer at retten til personlig særpreg har mye til felles med immaterialrettighetene, som i lang tid har vært basert på enerettskonstruksjonen. Fotografiregelen og immaterialretten – særlig kjennetegnsretten – befatter seg med fenomener som er nært beslektet med dem vi her står overfor, og beskyttelsesbehovet er også i stor utstrekning likeartet. Enerettskonstruksjonen legger også til rette for overdragelse ved avtale, og den tilfredsstiller dermed et reelt behov (jf. under 4.4 nedenfor). Konstruksjonen er dessuten valgt i en del andre land,⁵⁷ og den vil bli lagt til grunn for fremstillingen i det følgende.

Uansett hvorledes man løser konstruksjonsspørsmålet, må man ta stilling til hvilke rettsnormer krenkelsesspørsmålene skal løses etter. Et hovedspørsmål er om det overhodet lar seg gjøre å oppstille fastere regler, eller om man må nøye seg med å henvise til en skjønnsmessig helhets-

⁵⁶ Se Grönfors 1966 s. 19, som henviser videre.

⁵⁷ Se note 25, samt henvisningene nedenfor under 4.4.

bedømmelse, eventuelt supplert med noen momenter som det kan være aktuelt å ta i betraktning.

I Bang-Hansen-saken (RG 1999 s. 1009) la lagmannsretten til grunn at spørsmålet var om det forelå et «rettsstridig inngrep». Siden «rettsstridig» knapt er mer enn et navn på resultatet, og begrepet «inngrep» er temmelig vagt, er en slik formulering av normen nokså innholdsløs. Den stiller domstolen nærmest fritt til å dømme etter sitt eget syn på hva som i det konkrete tilfellet utgjør den rimeligste løsning, og herunder til å legge vekt på subjektive forhold. Når en ser nærmere på lagmannsrettens premisser, var det nettopp en slik fri interesseavveining avgjørelsen ble basert på.

Lagmannsretten fant som nevnt støtte for sitt syn i dommen om «To mistenkelige personer» (Rt. 1952 s. 1217), som på tilsvarende vis er basert på en avveining av partenes interesser. Det er innlysende at fordelene med en så løs og fleksibel vurderingsnorm er at den tillater domstolene å komme frem til konkret rimelige løsninger. Problemet er naturligvis at det kan være delte meninger om hvilken løsning som er mest rimelig; i Bang-Hansen-saken hadde partene ganske sikkert ulike oppfatninger om dette, og ingen av oppfatningene kan sies å ha vært klart grunnløse.

Skal man forsøke å oppstille fastere normer, er det i første omgang naturlig å se hen til de lovregler man har om beslektede forhold. Hvis man kaster blikket på lovgivningen på personlighetsrettens område, og beslektede områder, byr den på ulike muligheter for *analogier*. Åndsverkslovens bestemmelse om beskyttelse av retten til eget bilde (§ 45c), tar eksempelvis utgangspunkt i en *objektiv, absolutt rådighet* for den avbildede, men åpner for å gjengi bilder som ledd i den aktuelle samsfunnsdebatt, eller i forbindelse med kritiske eller vitenskapelige fremstillinger (i samsvar med god skikk og så langt formålet berettiger). En kommersiell utnyttelse i forbindelse med f.eks. reklame, vil derimot som hovedregel være ulovlig, uten at man spør om bruken er kritikkverdig eller ikke. Faller utnyttelsen utenfor unntaksreglene, er det således unødvendig å foreta noen mer skjønnspreget vurdering av om utnyttelsen er «urimelig», «utilbørlig» e.l. På samme måte forholder det seg med immaterialrettens regler.

Det er imidlertid ikke *gitt* at man bør bygge på analogier fra de nevnte bestemmelsene når det er spørsmål om å verne andre sider ved personligheten. Retten til eget bilde er temmelig sterkt beskyttet, og det

kan være delte meninger om hvorvidt domstolene kan og bør gå like langt på andre områder uten lovgrunnlag. Dessuten må man ta i betraktning at det også finnes andre lovbestemmelser som det er mulig å analogisere fra. Et eksempel er straffelovens bestemmelser om sanne ærekrenkelses – altså vernet innenfor den tredje av personlighetsrettens kategorier (behandlet under 2.3 ovenfor) – som bare rammer *utilbørlige* ytringer.⁵⁸ På lignende måte forholder det seg med mfl. § 1, som fastsetter den generelle norm på konkurranserettens område. En handling kan etter markedsføringsloven bare forbys om den «strider mot god forretningskikk», et kriterium som – iallfall i noen sammenhenger – innebærer et krav om at det er utvist kvalifisert klanderverdighet.⁵⁹

Mot denne bakgrunn er det ikke opplagt hvilken løsning som bør velges. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet, og slektskapet med immaterialrettighetene og retten til eget bilde, er imidlertid overbevisende argumenter for å ta som utgangspunkt at enhver har en *objektiv rett til å råde over den kommersielle utnyttelsen av sitt særpreg*. Også de hensyn som ble nevnt under 2.4 ovenfor – hensynet til den personlige autonomi, investeringshensynet og incentivhensynet – taler for å ta utgangspunkt i en objektiv enerettsregel, og dette vil bli gjort i det følgende. Dette betyr imidlertid ikke at man ensidig bør ha rettighetshaverens interesser for øye. Det er åpenbart at også kryssende samfunnshensyn må tas i betraktning. Men disse hensynene varetas ikke best ved å skjerpe vurderingsnormen gjennom oppstilling av krav om utilbørlig opptreden e.l., men ved at man lar personlighetsvernet vike der det kolliderer med andre og mer tungtveiende interesser. Man kan se på dette som *unntak* fra den alminnelige beskyttelse av personlig særpreg. Dette blir hovedtemaet under 4.2.

4.2 Unntak fra rettsvernet – journalistisk, kunstnerisk og vitenskapelig frihet

Vi har alt sett at personlighetens rettsvern kan komme i konflikt med andre beskyttelsesverdige interesser, slik som ytringsfriheten, pressefri-

⁵⁸ Se f.eks. Rt. 1986 s. 1307 (legemsbeskadigelse), der det var enighet om at reportasjen var hensynsløs og kritikkverdig, men dissens med hensyn til om utilbørlighetsgrensen var overskredet.

⁵⁹ Jf. Rt. 1995 s. 1908 (Mozell).

heten, kunstens og vitenskapens frihet osv.⁶⁰ Disse frihetene er alle utslag av tungtveiende allmenne hensyn.

Praksis viser at *ytringsfriheten* står sterkest i den aktuelle samfunnsdebatt, og særlig i forbindelse med politisk virksomhet, kritisk journalistikk og nyhetsreportasjer av allmenn interesse.⁶¹ Ytringsfriheten har også betydning for reklame og annen kommersiell virksomhet, men rekker naturligvis ikke like langt der som for redaksjonelt stoff i presse og kringkasting.⁶² Vernet for kommersielle ytringer kan ikke strekkes lenger enn det som er nødvendig for å beskytte ytringenes *informasjonsverdi*, og særlig den verdi som ligger i kommunikasjonen mellom tilbydere og konsumenter i markedet.⁶³ Og for informasjonsformål vil det sjelden være nødvendig å bruke andre personers særpreg uten tillatelse. Hensynet til den kommersielle ytringsfrihet må som regel vike der den kommer i konflikt med alvorlige personvern hensyn.⁶⁴

Illustrerende er Eidsivating lagmannsretts dom i Koefoed-saken fra 1991.⁶⁵ Dommen gjaldt riktignok et litt annet spørsmål, nemlig om sitatretten etter åndsverkloven kunne påberopes i reklamesammenheng, men avveiningen mellom de personlige og kommersielle hensyn kommer i noe av den samme stilling som når det gjelder personlighetsvernet. Forholdet var at et legemiddelfirma i reklame for nevroleptika hadde brukt et bilde av maleren Lars Hertervig, sammen med et sitat fra Holger Koefoeds bok «Lars Hertervig – lysets maler». I lys av sitatrettens hovedformål – å åpne for orientering og meningsutveksling om

⁶⁰ Betegnelsen «pressefrihet» brukes ikke her om en bestemt, rettsbeskyttet frihet, men mer ubestemt om tilfelle der pressen på grunn av sin undersøkelses- og formidlingsfunksjon stilles i en spesielt gunstig stilling. Sentralt i denne sammenheng står naturligvis ytringsfriheten, hvor pressen er særlig godt vernet, men det kan også dreie seg om gunstig behandling av pressen ved anvendelse av ulovfestede rettsstridreservasjoner, i forhold til forklaringsplikt, etc. På lignende måte brukes betegnelsene «kunstens» og «vitenskapens frihet». Om pressefriheten, se Lauridsen 1988 s. 22–29 og s. 60 flg. Se også Schaumburg-Müller 2003 s. 112–114.

⁶¹ Jf. f.eks. Rt. 1994 s. 501 (Korir I), Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus) og Rt. 2003 s. 593 (Valebrokk).

⁶² Jf. Rt. 1987 s. 1191 (undertøy) og Rt. 2000 s. 46 (alkoholreklame). Se generelt Eggen 2002 s. 537 flg. og Schaumburg-Müller 2003 s. 79–80 og 125–126.

⁶³ Jf. Eggen 1994 s. 132–133. Se også Gaarder 1948 s. 1–4, om reklamens informasjonsverdi.

⁶⁴ Jf. Schertz 2000 s. 732. Slik så også lagmannsretten det i Bang-Hansen-saken (RG 1999 s. 1009). Riktignok uttrykte retten forståelse for at reklamebransjen kan ha behov for å bruke «et bredt spekter av virkemidler», men dette hensynet kunne ikke «tillegges vekt av betydning» (s. 1019).

⁶⁵ Dom 8. april 1991 i ankesak LE-1990-00197 A.

kultur- og samfunnsspørsmål – tolket retten regelen (dagjeldende åvl. § 13 første ledd, nå § 22) innskrenkende, slik at den ikke fikk anvendelse på det foreliggende tilfellet. «Salgsfremmende reklame for konkrete varer og tjenester» lå etter lagmannsrettens mening «markert utenfor den sentrale begrunnelse for sitatretten. Verken hensynet til almenheten i vid forstand – den offentlige/frie meningsutveksling – eller andre reelle hensyn begrunner fri sitatbruk i reklame. Sterke reelle hensyn tilsier tvert imot at loven tolkes slik at lovgivningen beskytter mot fri sitatrett i reklame for varer og tjenester. En slik sitatbruk medfører en latent risiko for å bli identifisert med og tatt til inntekt for de produkter det reklameres for. Dette er en prinsipielt forskjellig bruk fra å bli sitert i andre sammenhenger.»

Når en ytring er beskyttet av Grl. § 100 eller av art. 10 EMK, må naturligvis personlighetsvernet vike. Men det kan være grunn til å gå lenger enn dette, slik at visse former for meddelelser generelt *unntas* fra vernet for personlig særpreg, uten at man i det enkelte tilfellet behøver å vurdere om ytringsfriheten er krenket eller ikke. En slik synsmåte er en naturlig konsekvens av at de rettigheter vi her taler om, har et fremtredende økonomisk aspekt, og ikke tar sikte på å gi individene vern mot mer alvorlige integritetskrenkelser. For personlighetsrettens øvrige kategorier stiller saken seg annerledes.

Om man generelt unntar visse former for meddelelser fra rettsbeskyttelsen for personlig særpreg, taler mye for å bestemme unntakenes omfang – og dermed enerettens utstrekning – etter utnyttelsens *art* eller *formål*, slik at f.eks. redaksjonelt stoff i presse og kringkasting normalt faller utenfor eneretten, mens utnyttelse i kommersiell virksomhet, i forbindelse med reklame og i form av selvstendige produkter, må respektere personlighetsvernet.⁶⁶ Alternativet er å trekke grensen etter utnyttelsens *kvalitet* eller *samfunnsmessige verdi*, men dette er langt mer problematisk, fordi domstolene i så fall må gi seg inn på en form for kvalitetsensur. Vanskelighetene er åpenbare, og tilsier at slike kriterier helst bør unngås.⁶⁷

Åndsverkslovens fotografiregel inneholder på den ene siden en generell og nokså vag unntaksbestemmelse i § 45c første ledd bokstav a, som omfatter personfotografier med «aktuell og allmenn interesse». Dette åpner for en bred in-

⁶⁶ Jf. McCarthy 2001 s. 8-148 flg.

⁶⁷ Arnholm 1959 s. 97-98 er mindre skeptisk til å legge vekt på en innholdsmessig kvalitetsvurdering.

teresseavveining, der en må ta hensyn både til formålet med bruken og måten bruken skjer på. Er bildet ledsaget av tekst, må det samlede inntrykk oppslaget er egnet til å gi, tas i betraktning.⁶⁸ Videre er det – som vi har sett – rom for å ta hensyn til hvorledes bildene er fremskaffet. Har det skjedd ved tillitsbrudd eller snikfotografering, skal det f.eks. mindre til for å kjenne billedbruken ulovlig, enn hvis billedmaterialet er skaffet til veie på mer ordinær måte.⁶⁹ På den andre siden har man mer presise unntak basert på utnyttelsens art, f.eks. bokstav d, som tillater bruk «på vanlig måte» i «reklame for fotografens virksomhet», og bokstav e, som gjelder bruk av bilder i biografiske skrifter, og i forbindelse med etterlysning, etterforskning og bevisføring. Unntaksbestemmelsene i åvl. § 45c synes å være dårlig egnet som utgangspunkt for analogisering.

Hvis man legger til grunn at redaksjonelt stoff som hovedregel er unntatt fra eneretten, mens reklame og andre kommersielle ytringer ikke er det, vil ytterpunktene trolig være lite kontroversielle. Man har på den ene siden klassisk redaksjonelt stoff om aktuelle samfunnsspørsmål, som ligger i ytrings- og pressefrihetens kjerneområde,⁷⁰ og på den andre siden den rene reklame uten nevneverdig informasjonsverdi.⁷¹ I det ene tilfellet

⁶⁸ Se f.eks. Rt. 1986 s. 1307 (legemsbeskadigelse) og Rt. 1999 s. 1541 (politivold). Se også Oslo tingretts avgjørelse i Elling-saken, som omtales nedenfor ved note 85.

⁶⁹ Jf. Rt. 1987 s. 1082 (soningsfange) og Rt. 1999 s. 1742 (Landås), som gjaldt fordekt fotografering. Tilsvarende fra tysk praksis, BVerfG 15.12.99 GRUR 2000, 446 (Caroline von Monaco). En kan også tenke seg at det ofte vil ligge et tillitsbrudd i det å utlevere personlige brev eller private fotografier, som kan få betydning f.eks. for pressens rett til å utnytte slikt materiale.

⁷⁰ Se f.eks. Rt. 1994 s. 501 (Korir I) og Rt. 1999 s. 1541 (politivold). Se fra svensk praksis NJA 2001 s. 409 (Stiftelsen Mot Nordbanken), og fra amerikansk praksis f.eks. *Michaels v. Internet Entertainment Group Inc.* 5 F.Supp.2d 823 (C.D. Cal. 1998) på s. 838 («the First amendment requires ... [an] exemption for uses in connection with matters of public interest»). Jf. Udsen 1997 s. 264–266.

⁷¹ Jf. Mæland 1985 s. 203–205, Lauridsen 1988 s. 154–160, Woxholth 1993 s. 412–415 og s. 421–422 og Udsen 1997 s. 262–263. Illustrerende er f.eks. Oslo byretts dom i Bjøro Håland-saken, der den la til grunn at Bjøro Hålands navn uberettiget var brukt i en reklame for Norvegia-ost (RG 1995 s. 151). Nevnes kan videre en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling, foranlediget av at et bilde av Gro Harlem Bruntland var brukt i en Ikea-reklame, jf. Lovavdelingens uttalelser – Supplementsutgave 1992–1995, Oslo 1997 (red. G. Woxholth) s. 143. Jf. også U 1989 s. 65 (A.P. Møller), U 1998 s. 1435 (Bamses Venner) og BGH 1.12.99 GRUR 2000, 709 (Marlene Dietrich). I U 1988 s. 989 (Preben Elkjær Larsen) ble bruk av navn i kommersiell sammenheng ikke ansett rettsstridig, idet navnet var brukt på en måte som ikke ga inntrykk av en anbefaling av annonsørens produkter. – Et særlig spørsmål er hvordan en skal vurdere reklame for medieforetak. En avis kan åpenbart vise et bilde av en kjent person på forsiden dersom bildet har aktuell og allmenn interesse. Men kan avisens forside gjengis i en annonse for avisen? I amerikansk praksis er det lagt til grunn at navn og bilder kan brukes for å skape oppmerksomhet om avisen som et nyhetsmedium, forutsatt at

er det *informasjonen* som er selve produktet, i det andre tilfellet brukes informasjonen bare som et *middel* for salg av andre varer og tjenester.

Tilsvarende synes det nokså klart at *litterær* og *kunstnerisk utnyttelse* generelt må godtas. Satiren er f.eks. en kunstform som i regelen må anses akseptabel, selv om den kan være hensynsløs mot dem den går ut over. Det er f.eks. neppe noen som vil betvile at en uheldig replikk fra en politiker kan brukes i satiriske radioprogram, som f.eks. «Hallo i uken», eller at selv kongefamilien må tåle å bli uthengt i underholdningsprogrammer på fjernsynet, slik som «Nytt på nytt» og «Torsdagsklubben». ⁷² På samme måte stiller det seg med biografiske og dokumentariske verk, som i utgangspunktet må anses lovlige. ⁷³

Så langt råder det nok langt på vei enighet. Det kan imidlertid reises spørsmål om grensen mellom journalistisk, kunstnerisk og vitenskapelig virksomhet på den ene siden, og kommersiell virksomhet på den andre, alltid bør legges til grunn. Bør enhver form for redaksjonelt stoff og underholdningsvirksomhet nyte immunitet, også den som er av temmelig

bruken ikke gir inntrykk av at vedkommende person har gitt avisen sin støtte, jf. *Cher v. Forum International Ltd.* 692 F.2d 634 på s. 639 og *Michaels v. Internet Entertainment Group Inc.* 5 F.Supp.2d 823 (C.D. Cal. 1998) på s. 838. Se i denne forbindelse også Oslo tingretts dom i Elling-saken, som omtales nedenfor ved note 85, fra tysk praksis BGH 14.5.02 GRUR 2002, 690 (Marlene Dietrich), fra dansk praksis Østre Landsrets dom i U 1998 s. 160 (Classic Rapport), og fra svensk praksis Högsta domstolens avgjørelser i NJA 1999 s. 749 (Aktuell Rapport) og NJA 2003 s. 25, NIR 2003 s. 402 (Tre Kronor).

⁷² Jf. McCarthy 2001 s. 8-185: «Most would agree that the traditional entertainment form of a series of impressions of famous people performed by a mimic should not trigger liability of any kind.» Se også samme s. 8-180: «Imitative entertainment performances consisting of a large scale taking of plaintiff's performance style should be viewed as an infringement of the Right of Publicity if imitations interfere with plaintiff's ability to earn a livelihood as a performer. But traditional mimicry and impersonation constituting parody and satire are immune from liability under the First Amendment as well as the copyright defence of fair use as a guideline.»

⁷³ Se f.eks. Oslo byretts dom 18. desember 1986, i sak 1025/82, som gjaldt en artikkel i bladet Nye Alle Menn, om forholdet mellom Vidkun Quisling og hans første kone Alexandra Voronine (også omtalt som Alexandra Voronesj), et ekteskap som ikke ble oppløst før han giftet seg med Maria Quisling, og visstnok heller ikke senere. Se nærmere om den såkalte *dokumentarismen*, Stuevold Lassen 1987 og Andenæs 1997. Se fra amerikansk praksis f.eks. *Ruffin-Steinback v. De Passe* 17 F.Supp.2d 699 (E.D. Mich. 1998), der saksøkeren forgeries gjorde gjeldende at hennes far, et fremtredende medlem av gruppen *Temptations*, ikke kunne fremstilles i et dokudrama om gruppens karriere, uten mot betaling av vederlag, og *Michael Costanza v. Jerry Seinfeld* 29 Media L. Rep. 1241 (S.C. N.Y. 2001), som gjaldt et tilfelle der en person ved navn *Michael Costanza* forgeries gjorde gjeldende at han var levende modell for rollefiguren *George Costanza* i den populære fjernsynsserien *Seinfeld*.

tvilsom verdi? Og bør reklamen alltid rammes, selv om den f.eks. viser et åpenbart samfunnsengasjement eller har kunstneriske kvaliteter?

Ser man på praksis, vil man se at Høyesterett har gitt lite rom for oppslag som hovedsakelig frir til folks sensasjonslyst og nysgjerrighet.

Et illustrerende eksempel er dommen i Rt. 1995 s. 1948, som gjaldt et tilfelle der ukebladet *Se og Hør* hadde avfotografert en fjernsynssending fra NRK, som viste ekteparet Diana Ross og Arne Næss, sammen med parets barn, i deres leilighet i London. Saken gjaldt riktignok ikke de avbildedes, men fotografens, rettigheter, men begrunnelsen gir likevel klar beskjed om rettens syn på denne formen for journalistikk: «Medias omtale av hendelser i inn- og utland er – og har lenge vært – svært bred,» fremholdt førstvoterende, «og jeg ser ingen grunn til å legge et snevert syn til grunn ved fortolkningen, i den forstand at hendelsen må ha spesielt stor nyhetsverdi eller være av interesse for en stor del av befolkningen. Men et visst minstemål av generell nyhetsverdi må kreves» (s. 1953). Og dette minstemål vil ikke være oppfylt ved den typiske «kjendisreportasje»: «likt og ulikt fra kjente personers liv. Vanlige hendelser – som bare har interesse fordi de angår kjente personer – slås ofte stort opp, og pressen skaper til dels «nyheter» av helt trivielle ting, uten virkelig informasjonsverdi for allmennheten. At det er interesse for dette stoffet, er etter min mening ikke i seg selv tilstrekkelig til å gi «nyheter» av denne art karakter av «dagshending» i lovens forstand. På dette området må terskelen ligge relativt høyt, uten at jeg her vil innlate meg på å trekke opp en grense. Den vil avhenge av hvilken person som omtales, og hendelsens karakter» (s. 1953–1954).⁷⁴

Det kan imidlertid settes spørsmålstegn ved om man bør gi seg til å gradere pressen etter dens verdi fra et samfunnsmessig synspunkt. Vernet om presse- og ytringsfriheten avhenger i utgangspunktet ikke av produktets journalistiske nivå eller samfunnsmessige verdi. Friheten tjener den individuelle og offentlige meningsdannelse. Riktignok har hensynet til et fungerende demokrati en særlig betydning, men pressefrihe-

⁷⁴ Se også saken om «Den ukjente morder» i RG 1967 s. 65, og Borgarting lagmannsretts dom i RG 1997 s. 390 (Ole Paus' bryllup), samt Rt. 1986 s. 1307 (legemsbeskaidgelse) og Rt. 2001 s. 1691 (Teazer). Fra dansk praksis kan nevnes Østre Landsrets dom i U 1998 s. 160 (Classic Rapport) og fra engelsk praksis *Douglas v. Hello! Ltd.* [2001] FSR 732 (Court of Appeal), om bryllupet mellom filmstjernene Michael Douglas og Catherine Zeta-Jones. Utvilsomt utilbørlig var derimot en planlagt utsendelse fra et amerikansk internett-basert medieforetak, *Internet Entertainment Group Inc.*, av en privat video med pornografisk innhold, som viste den kjente filmstjernen Palmela Anderson Lee og musikeren Bret Michaels i svært intimt samvær, jf. *Michaels v. Internet Entertainment Group Inc.* 5 F.Supp.2d 823 (C.D. Cal. 1998). Jf. også Grönfors 1966 s. 7–8.

ten kan ikke begrenses til bestemte saksområder.⁷⁵ Det at pressen har en meningsdannende funksjon, utelukker ikke at også underholdende journalistikk nyter beskyttelse. Også gjennom underholdende bidrag finner det sted en meningsdannelse, noen ganger kanskje i større grad enn gjennom den saklige og nøkterne informasjon. Dessuten finner det i pressen sted en nedbrytning av skillet mellom underholdning og informasjon, der informasjon i stadig større utstrekning presenteres på en underholdende måte. Selv ikke den rene underholdning i mediene er verdiløs, og bør dermed ikke *generelt* ekskluderes fra den «immunitet» som redaksjonelt stoff i utgangspunktet nyter. I stedet bør man operere med en sikkerhetsventil: Utnyttelsen bør rammes hvis den går over streken, dvs. hvis den krenker vesentlige personverninteresser. Utgangspunktet blir således at pressen nyter immunitet, men at denne immunitet er gjenstand for visse unntak.⁷⁶ Hvor mye som skal til for å fravike pressefriheten, vil avhenge både av styrken til de personverninteresser som gjør seg gjeldende, og av hvor tungtveiende samfunnshensyn som taler for å beskytte den form for journalistikk det er snakk om.⁷⁷

Hvis man legger til grunn at redaksjonell omtale som hovedregel er tillatt, mens kommersiell utnyttelse ikke er det, oppstår et nytt spørsmål, nemlig hvordan grensen mellom de to kategoriene skal trekkes. Mellom ytterpunktene finnes det et utall mellomformer der vurderingen kan være vanskelig. Det er f.eks. en rekke publikasjoner som finansieres av næringslivet, og utgis for reklameformål, som har et større eller mindre innslag av journalistisk stoff. Dette reiser spørsmål om f.eks. Forbrukersamvirkets medlemsblad, Coop, kan bruke et kjent ansikt som blikkfangeffekt på forsiden? Eller om Volvo i sin kundeavis kan navngi en

⁷⁵ Se fra tysk praksis BVerfG 15.12.99 GRUR 2000, 446 (Caroline von Monaco).

⁷⁶ Se f.eks. Rt. 1978 s. 590 (Jernkorset) og Rt. 1999 s. 1762 (Den hemmelige krigen), samt RG 1995 s. 1145 (Ole Paus).

⁷⁷ Jf. *Douglas v. Hello! Ltd.* [2001] FSR 732 (Court of Appeal), om avveiningen mellom hensynet til ytringsfriheten etter art. 10 EMK og hensynet til privatlivets fred etter art. 8 EMK: «The European Court of Human Rights has always recognised the high importance of free media of communication in a democracy, but its jurisprudence does not – and could not consistently with the convention itself – give Article 10(1) the presumptive priority which is given, for example, to the First Amendment in the jurisprudence of the United States' courts. Everything will ultimately depend on the proper balance between privacy and publicity in the situation facing the court» (s. 773–774). Se også Högsta domstolens avgjørelse i NJA 2001 s. 409 (Stiftelsen Mot Nordbanken), som gjaldt en enkeltpersons publisering av personopplysninger på Internett.

kjendis som har kjøpt seg ny bil?⁷⁸ Hvorledes skal man se på radio- og tv-programmer som er sponset av næringslivet?⁷⁹ Og hvordan skal grensen trekkes mellom lovlig bruk av illustrasjoner i den kulørte presse, og ulovlig bruk av berømteters særpreg på kalendere, plakater, «buttons» o.l.?⁸⁰ Generelt bør man nok legge størst vekt på om det aktuelle stykket eller innslaget har *journalistisk formål*, og mindre på f.eks. valg av medium, hvem som står som utgiver, journalistisk kvalitet, etc.⁸¹

En amerikansk sak om skuespilleren *Dustin Hoffman* illustrerer hvilke vanskeligheter grensdragningen kan volde.⁸² Bakgrunnen var en artikkel over 15 sider i *Los Angeles Magazine* for mars 1997. Artikkelen, som hadde tittelen «Grand Illusions», viste manipulerede bilder av berømte filmpersonligheter, som ved hjelp av elektronisk billedbehandling var utstyrt med designerantrekk fra kjente og eksklusive leverandører. For Dustin Hoffmans vedkommende var det brukt et bilde fra filmen *Tootsie*, og han var iført en kjole fra Richard Tyler og høyhelte sko fra Ralph Lauren. Det hører også med til historien at de fleste av

⁷⁸ Jf. BGH 14.3.95 AfP 1995, 495 (Kundenzeitschrift). Se også *Gionfriddo v. Major League Baseball*, 114 Cal. Rptr. 2d 307 (D.C. Cal. 2001), der en baseballorganisasjons bruk på Internett av navn, stemmer, fotografier etc. tilhørende tidligere spillere, ble ansett som beskyttet ikke-kommersiell publisering.

⁷⁹ Etter f.eks. kalifornisk lovgivning likestilles ikke et hvilket som helst sponset innslag med reklame; det skal skje en konkret vurdering av om innslaget var så direkte knyttet til sponsingen at det må kreves tillatelse fra den personen som er utnyttet: «The use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in a commercial medium shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a) solely because the material containing such use is commercially sponsored or contains paid advertising. Rather it shall be a question of fact whether or not the use of the person's name, voice, signature, photograph, or likeness was so directly connected with the commercial sponsorship or with the paid advertising as to constitute a use for which consent is required under subdivision (a).»

⁸⁰ Jf. McCarthy 2001 s. 7-44.1 til 7-45: «Games, posters and similar products are in a position somewhere between traditional «media» and traditional «merchandise.» The courts have refused to immunize the unpermitted use of celebrity persona on games and posters from liability for infringement of the right of publicity.» Se også Levin 1993.

⁸¹ Smnl. NJA 2001 s. 409 (Stiftelsen Mot Nordbanken), som gjaldt en enkeltpersons publisering av personopplysninger på Internett: «avsikten [har] inte varit att hävda att avgränsningen skulle ske med tillämpning av någon form av kvalitetskriterium när det gäller innehållet utan endast syftat till att ange karaktären av en bedriven verksamhet ... Det syfte för webbsidan som angetts på denna och som Börge R. utvecklat i målet måste mot den angivna bakgrunden anses ligga väl inom ramen för ett journalistiskt ändamål att informera, utöva kritik och väcka debatt om samhällsfrågor av betydelse för allmänheten. I vad mån sedan webbsidan kan anses motsvara godtagbar standard enligt de kriterier som man brukar använda när man värderar etablerad journalistisk verksamhet saknar i sig betydelse för bedömningen.»

⁸² *Hoffman v. Capital Cities / ABC Inc.* 33 F.Supp.2d 867 (C.D. Cal. 1999).

produsentene som hadde fått sine klær avbildet, samtidig var annonsører i magasinet, og dessuten fantes det en forhandleroversikt bak i bladet der det fremgikk hvor antrekkene var å få kjøpt. Spørsmålet var om en artikkel av denne typen kunne anses å nyte godt av den immunitet som vanligvis tilkommer pressen etter The First Amendment.

District Court mente artikkelen måtte anses som et tilfelle av «exploitative commercial use», og at den dermed ikke kunne nyte godt av det privilegium redaksjonelt stoff vanligvis tilkommer som følge av ytrings- og pressefriheten. Den viste til at de journalistiske innslagene var meget beskjedne; artikkelen kommenterte ikke trendene i klesbransjen eller annet aktuelt stoff, og var heller ikke basert på noe underliggende journalistisk arbeid, men besto utelukkende i fremvisningen av tilfeldig valgte produkter. Det var heller ikke nødvendig å bruke bilder av berømte filmskuespillere for å nå ut med budskapet, hva dette nå enn måtte være. Bildene var utelukkende brukt for å tiltrekke publikums oppmerksomhet, for derved å øke magasinets opplag og fortjeneste. For riktig å understreke sitt syn tilkjente retten Hoffman \$ 1 500 000 i «compensatory damages», og senere ble han tilkjent ytterligere \$ 1 500 000 i «punitive damages», og omkring \$ 270 000 i saksomkostninger – til sammen blir det nærmere 25 mill. kr.

Court of Appeal var av en annen oppfatning.⁸³ Den tok utgangspunkt i at «commercial speech» som regel «does no more than propose a commercial transaction» (s. 1184). Her forelå det imidlertid, etter rettens mening, en uløselig blanding av kommersielle og redaksjonelle elementer, som måtte plasseres i kategorien for redaksjonelt stoff. Den viste til at verken Richard Tyler eller Ralph Lauren hadde betalt for å få sine produkter avbildet, at artikkelen inngikk på en naturlig måte i magasinets og det aktuelle nummerets redaksjonelle profil, og at den inneholdt en kombinasjon av motebilder, humor og visuelle og redaksjonelle kommentarer om klassiske filmer og berømte skuespillere. ««[T]here are commonsense differences between speech that does no more than propose a commercial transaction and other varieties,» ... and common sense tells us this is not a simple advertisement» (s. 1185–1186).⁸⁴

⁸³ *Hoffman v. Capital Cities / ABC Inc.* 255 F.3d 1180 (9th Cir. 2001).

⁸⁴ Jf. også Eggen 2002 s. 538–540. Se videre *Ali v. Playgirl Inc.* 447 F.Supp. 723 (S.D. N.Y. 1978), der en tegning av naken mann med en slående likhet med bokseren Muhammad Ali i magasinet *Playgirl* ble ansett som kommersiell utnyttelse: «the picture is a dramatization, an illustration falling somewhere between representational art and cartoon, and is accompanied by a plainly fictional and allegedly libellous bit of doggerel ... The nude portrait was clearly included in the magazine solely «for purposes of trade – e.g., merely to attract attention» (s. 727). Se fra dansk praksis Østre landsrets dom i U 1998 s. 160 (Classic Rapport), og fra svensk praksis Högsta domstolens avgjørelser i NJA 1999 s. 749 (Aktuell rapport) og NJA 2003 s. 25, NIR 2003 s. 402 (Tre Kronor). Sø- og Handelsrettens dom i U 2002 s. 857 (Celine Dion) synes å gå vel langt i å godta kommersiell bruk av kjente artisters navn. – Avgjørelsen i NJA 2001 s. 409 (Stiftelsen Mot Nordbanken) viser at ikke bare den tradisjonelle presse og kringkasting kan være beskyttet, men også en enkeltpersons ytringer på Internett.

Oslo tingretts dom i Elling-saken (NIR 2003 s. 615) kan også nevnes i denne forbindelse.⁸⁵ Bakgrunnen var at Den norske Bokklubben, i medlemsbladet *Bokspeilet*, hadde brukt bilder av skuespilleren Per Christian Ellefsen, hentet fra Oslo Nye Teaters forestilling «Elling og Kjell Bjarne», i forbindelse med presentasjonen av Kjell Ambjørnsens bok «Elsk meg i morgen» (som inngår i «Elling-serien»). Bildene av Ellefsen, som etter teaterforestillingene var kommet til å bli forbundet med rollefiguren Elling i publikums bevissthet, var inntatt dels på forsiden og dels på fremtredende plasser inne i bladet. Til sammen var det brukt syv bilder av Ellefsen, sammen med bl.a. en presentasjon av «Elsk meg i morgen», et intervju med Ambjørnsen og en bokanmeldelse. Tingretten mente at bruk av bilder av skuespillere som rollefigurer for illustrasjonsformål må sies å ha «aktuell og allmenn interesse» i relasjon til bestemmelsen i åvl. § 45c, og at *Bokspeilet* måtte anses som «både reklametrykksak, medlemsblad og kulturformidler på same tid. Ei bokmelding går etter rettens syn inn under det siste, sjølv om ho står i ein reklametrykksak.»⁸⁶ Det er utvilsomt riktig at bokanmeldelser normalt må anses som redaksjonelt stoff. Men om man bør se saken på samme måte når anmeldelsen publiseres i en reklametrykksak som nettopp tar sikte på å selge boken, synes mer tvilsomt. Det er vanskelig å se at *Bokspeilet* skal ha krav på noen større grad av immunitet enn de mange trykksaker som gis ut av kolonialhandlere, bilimportører etc., hvor man også finner redaksjonelt stoff i større eller mindre grad.

Lignende grensespørsmål kan tenkes mellom kunstnerisk og vitenskapelig virksomhet på den ene siden, og kommersiell utnyttelse på den andre. Underholdningsvirksomhet kan f.eks. være mer eller mindre kommersiell, og ha større eller mindre verdi fra et kunstnerisk synspunkt. Igjen vil man sikkert finne en nokså stor grad av enighet om hvorledes ytterpunktene skal vurderes, men usikkerhet i grensetilfellene. De fleste vil trolig mene at popkunstnere, som f.eks. Andy Warhol, må kunne påberope kunstens privilegium, mens f.eks. T-skjorter og kaffekrus med bilder av berømtheter normalt må anses som ulovlige.⁸⁷

⁸⁵ Dom 18. mars 2003 i sak nr. 02-4530 A/77.

⁸⁶ Billedbruken gikk likevel, etter tingrettens mening, i dette tilfellet lenger enn Ellefsen behøvde å finne seg i: «[F]otobruken av Ellefsen [var] heilt dominerande, og langt ut over kva han måtte tole. Det var foto av Ellefsen og ikkje av forfattern som var den berande delen av marknadsføringa på biletsida.»

⁸⁷ Se f.eks. Horten herredsretts dom i RG 1983 s. 822 (Jannicke), der bruken av bilder av en kjent artist på jakkemerker (buttons) ble ansett å være i strid med den dagjeldende fotografilovens § 15 (nå åvl. § 45c). Se også de amerikanske avgjørelsene *Bi-Rite Enterprises Inc. v. Button Master* 555 F.Supp. 1188 (S.D. N.Y. 1983 – plakater, buttons, klistremerker o.l. med bilder av bl.a. Neil Young, The Who og Pink Floyd ble ansett å være i

Noe nærmere det kunstneriske området lå det tilfellet som ble pådømt i den amerikanske avgjørelsen *Comedy III Prods. Inc. v. Gary Saderup Inc.*, der en tegner på grunnlag av kullstifttegninger av bl.a. de avdøde komikerne i The Three Stooges, hadde fremstilt litografier og T-skjorter med silketrykk.⁸⁸ Han påberopte seg kunstens frihet, men fikk ikke medhold. Den californiske Supreme Court aksepterte at enhver persontegning involverer visse kunstneriske valg, men derfra til at enhver tegning er beskyttet av kunstens frihet, kan man ikke slutte. Hvis kunstnerens «skill and talent is manifestly subordinated to the overall goal of creating a conventional portrait of a celebrity so as to commercially exploit his or her fame, then the artist's right of free expression is outweighed by the right of publicity». En kunstner må, for å kunne påberope kunstens privilegium, bidra med noe mer enn trivielle variasjoner, han må bidra med noe originalt og selvstendig. Som eksempel på kjendisportretter som tilfredsstiller et slikt krav, nevnte retten nettopp Andy Warhols silketrykk: «Through distortion and the careful manipulation of context, Warhol was able to convey a message that went beyond the commercial exploitation of celebrity images and became a form of ironic social comment on the dehumanization of celebrity itself ... Such expression may well be entitled to First Amendment protection.» I en senere sak ble tegneseriehefter («comic books») ansett som «entitled to First Amendment protection».⁸⁹ «In contrast to a drawing of The Three Stooges, the comic books do contain significant creative elements that transform them into something more than mere celebrity likenesses.»⁹⁰

strid med utøvernes «right of publicity») og *ETW Corp. v. Jireh Publishing Inc.*, 332 F.3d 915 (6th Cir. 2003 – reproduksjoner av et maleri av golfspilleren Tiger Woods, utført av kunstneren Rick Rush, ble ikke ansett å være i strid med Woods' varemerkerett eller hans «right of publicity»). – En beslektet problemstilling er om man bør gjøre unntak for *parodier*, slik man kjenner eksempel på fra opphavsretten. Det ble ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til dette spørsmålet i Bang-Hansen-saken (RG 1999 s. 1009), fordi den ikke anså innslaget som en parodi. Slik sett lå saken annerledes an i Oslo byretts dom i RG 1995 s. 151, der en annonse for ost ble ansett som rettsstridig, til tross for en humoristisk vri. Problemstillingen har likhetstrekk med tilfeller der *varemerker* parodieres, noe som vanligvis ikke anses å fritta for ansvar dersom vilkårene for øvrig er oppfylt. Som *Stuevold Lassen* har uttrykt det: «[N]år det er spørsmål om *nærgående overfor andres varekjennetegn*, bør det ikke være frifinnelsesgrunn at den skjer med humor. Selv den vitigste henspilling på et eldre varemerke må antas å ha til hensikt å trekke veksler på dettes popularitet, eller på annen måte å sko seg på dets innehavers bekostning. Allerede av den grunn bør man betenke seg på å anlegge en slappere forvekselbarhetsvurdering under henvisning til at snyltingen er morsomt utført» (Stuevold Lassen og Stenvik 2003 s. 300–301). Se også Koktvedgaard 2002 s. 361. Parodispørsmålet er inngående drøftet i en berømt amerikansk sak, *White v. Samsung Elec. Am. Inc.*, 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992), og *denial of request for rehearing en banc*, 989 F.2d 1512 (Fed. Cir. 1993).

⁸⁸ *Comedy III Prods. Inc. v. Gary Saderup Inc.* 29 Media L. Rep. 1897 (S.C. Cal. 2001).

⁸⁹ *Winter v. DC Comics*, 134 Cal. Rptr.2d 634 (S.C. Cal. 2003).

⁹⁰ Se på den annen side *Doe v. TCI Cablevision*, 31 Media L. Rep. 2025 (S.C. Mo. 2003), der bruk av en ishockeyspillers navn i en tegneserie ble ansett som ulovlig – retten la til grunn at navnet var brukt for å skape oppmerksomhet med sikte på å oppnå en kommersiell fordel.

Også innenfor den litterære og filmatiske *dokumentarismen* kan man finne varierende innslag av kommersielle, kunstneriske og politiske elementer. Gunnar Larsens bok og Tancred Ibsens film «To mistenkelige personer» hadde verdifulle litterære og kunstneriske kvaliteter (Rt. 1952 s. 1217). I Jon Michelets bok, «Jernkorset», var det politiske og samfunnskritiske budskapet fremtredende (Rt. 1978 s. 590). Michael Grundt Spangs bok «Den ukjente morder» ble derimot av lagmannsretten ansett som en «underholdningsbok», som måtte finne seg i et svakere vern enn verk med «et seriøst kunstnerisk eller vitenskapelig formål» (RG 1965 s. 65 på s. 75). Uansett litterære kvaliteter bør imidlertid en bok som har et litterært *formål*, anses å gå klar av vernet for personlig særpreg.

4.3 Etterligningsvernet – krenkelsesspørsmålet

Et interessant aspekt ved Bang-Hansen-dommen (RG 1999 s. 1009) er at den gir rettsvern mot en *etterligning*, ikke mot en utnyttelse av Bang-Hansens egen stemme. Det er prinsipielt en nokså betydelig forskjell mellom det å gi hver person rett til å bestemme over *egen* fremtoning, og det å gi rett til å bestemme over *andres*, fordi deres fremtoning ligner for mye ens egen. Særlig står hensynet til den personlige autonomi – retten til å bestemme over *egget* særpreg – i en mer tilbaketrukket stilling i etterligningstilfellene.

Tar man imidlertid også de økonomiske og profesjonelle interesser i betraktning, kommer saken i en noe annerledes stilling. For den som lever av sine evner og sitt renommé, kan en *etterligning* av hans særpregede utseende eller hans prestasjoner være like skadelig som en *fremvisning* eller en *gjengivelse*. Også den som etterligner, drar nytte av hans evner og berømmelse, samtidig som etterligningen kan redusere hans egne inntektsmuligheter og skade hans renommé. Det er bl.a. av slike grunner åndsverkloven beskytter opphavsmannen mot etterligninger, og varemerkeloven gir vern mot bruk av forvekselbare merker. Men lovgivningen er ikke konsekvent i spørsmål av den art vi her står overfor. En viktig yrkesgruppe har nemlig fått vernet for sine *prestasjoner* begrenset til den rene *gjengivelse*: Etter åndsverkslovens § 42, som på dette punktet ikke følger mønsteret fra den samme lovens regler om *åndsverk*, kan ingen skuespiller, musiker osv. protestere mot at andre etteraper deres måte å tolke verket på – iallfall ikke med åndsverkloven i hånd. Denne forskjellsbehandlingen gir grunnlag for visse betenkeligheter når det blir spørsmål om å

beskytte utøvende kunstnere mot etterligninger på ulovfestet grunnlag. Og hvis loven må forstås slik at den utelukker beskyttelse mot etterligninger av utøvende kunstners prestasjoner på ulovfestet grunnlag, kan det synes vanskelig å sette andre yrkesgrupper i en bedre stilling.

Som vi har sett, under 3 ovenfor, er det imidlertid neppe grunnlag for å trekke antitetiske slutninger. De utøvende kunstnere kan ikke påberope åndsverkloven, med dens sanksjonsapparat, når det dreier seg om etterligninger. Men dermed er det ikke sagt at de skal være uten rettsvern.⁹¹ Tvert om er det all grunn til å anta at det alminnelige personlighetsvernet beskytter mot iallfall de mest nærgående etterligninger.⁹²

Det kan reises spørsmål om man bør skille mellom forskjellige former for etterligninger. Det kan f.eks. sies å være mindre betenkelig å forby *tekniske representasjoner* av en persons fremtoning, slik som en tegning, dataanimasjon eller dukke, som mer eller mindre nøyaktig gjengir vedkommendes utseende, enn mot *personlige imitasjoner*, slik som ved bruk av såkalte «lookalikes» og «soundalikes».⁹³ Men også personlige imitasjoner bør kunne rammes om de er nærgående nok. Det er derfor prinsipielt grunn til å slutte seg til lagmannsrettens syn, når den la til grunn at Bang-Hansen kunne motsette seg en personlig imitasjon av sin særpregede stemme.⁹⁴

⁹¹ Jf. Betænkning 1982 s. 33–37.

⁹² Jf. Arnholm 1959 s. 98. Smnl. *Waits v. Frito-Lay Inc.* 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992) på s. 1100–1101 og *Allen v. National Video Inc.* 610 F.Supp. 612 (D.C. N.Y. 1985) på s. 623 («The privacy law does not prohibit one from evoking certain aspects of another's personality ... but it does prohibit one from actually representing oneself as another person»). Tom Waits har beskrevet etterligningen i *Waits v. Frito-Lay* som «so convincing that I thought it was me» (innlegg i *The Nation* 7. oktober 2002). – Personlighetsvernet er ikke til hinder for etterligning av en rollefigur vedkommende er kjent for, se f.eks. *Landham v. Lewis Galoob Toys* 227 F.3d 619 (6th Cir. 2000), der det ble lagt til grunn at en skuespiller ikke kunne påberope sin «right of publicity» overfor en leketøyfabrikant som fremstilte dukker som forestilte en rollefigur skuespilleren var kjent for, eller overfor en produsent av en tegnefilm om den samme rollefiguren. Rettsvern for rollefigurer må eventuelt bygges på andre rettsgrunnlag, f.eks. på opphavsrettslig eller konkurranserettslig grunnlag, jf. Madsen 2002 s. 267 og Lindberg 2003.

⁹³ Jf. *Allen v. National Video Inc.* 610 F.Supp. 612 (D.C. N.Y. 1985).

⁹⁴ Løsningen stemmer overens med den som er lagt til grunn i amerikanske avgjørelser, f.eks. *Midler v. Ford Motor Co.* 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988), som på samme måte som Bang-Hansen-saken gjaldt uhjemlet bruk av en «soundalike». Se også *Waits v. Frito-Lay Inc.* 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992). – Det kan nevnes at det danske lovutvalget som i 1982 fremla sin tredje delbetenkning om revisjon av opphavsrettslovgivningen, anså det for å foreligge et behov for vern mot «soundalikes», men fant at det heller burde overveies en «konkurrencebetonet specialregel», enn å utvide de utøvende kunstners prestasjoner til å omfatte etterligninger, jf. Betænkning 1982 s. 35. – Om beskyttelse for opptak av *egen* stemme, se ovenfor ved note 53.

Etterligningsbeskyttelsen nødvendiggjør en ny vurderingsnorm. Hvordan skal man trekke grensen mellom den urettmessige etterligning og den selvstendige bearbeidning eller lovlige inspirasjon? Igjen byr lovgivningen på flere muligheter for analogier. I opphavsretten anses det avgjørende om etterligningen gir betrakteren den *samme estetiske opplevelse* som originalen. I varemerkeretten kreves det som hovedregel at det foreligger risiko for at omsetningskretsen, eller iallfall en ikke uvesentlig del av den, kan *forveksle* varene eller deres kommersielle opprinnelse. I tillegg retter både varemerkeretten og konkurranseretten seg mot kjennetegnbruk som kan *villed* forbrukerne.⁹⁵

Retter vi blikket mot andre deler av personlighetsretten, kan en f.eks. tenke seg å søke veiledning i det kriterium som legges til grunn ved vurderingen av om en ærekrenkende beskyldning skal anses rettet mot «en annen» (strl. §§ 246 og 247),⁹⁶ eller ved vurderingen av om et verk gjør bruk av levende modell. I disse tilfellene er det tilstrekkelig at den omtalte personen kan *identifiseres*, og det kreves ikke at han identifiseres i vide kretser, det er nok at han identifiseres av personer som på forhånd har en viss kjennskap til ham.⁹⁷

Mulighetene er altså mange. I Bang-Hansen-saken la lagmannsretten, som nevnt, til grunn at etterligningen var *villedende*: «De fleste alminnelige lyttere vil tro at det er Bang-Hansens stemme man hører i innslaget, og at han har stilt seg til disposisjon i markedsføringen av produktet ... Likheten i form av måten å snakke på, stemmeleiet og dialekten er betydelig, og navnet Pål nevnes» (s. 1015). Behøvet for vern er naturligvis størst i slike tilfeller, og det synes nokså klart at så nærgående etterligninger bør behandles på samme måte som en gjengivelse av personens egen fremtoning. Både de hensyn som ligger til grunn for rettsvernet – som i denne

⁹⁵ Jf. Rt. 1995 s. 1908 (Mozell).

⁹⁶ Jf. Andenæs og Bratholm 1996 s. 152–153.

⁹⁷ Se f.eks. Rt. 1999 s. 1541 (politivold). Se for amerikansk rett McCarthy 2001 s. 3–7: «To be an infringement of the Right of Publicity, plaintiff as a human being must be «identifiable» from the total context of the defendant's use. There are many ways that plaintiff could be identified in defendant's use. Use of a name that distinguishes plaintiff is only the most obvious use. The use of a picture or likeness without a name has most often raised the issue of whether or not plaintiff is identified. Other attributes of plaintiff such as a unique vocal style, a distinguishing setting, appearance and mannerisms, or a distinctive introduction by another may all, alone or in combination, serve to identify and distinguish the plaintiff from all others.» Jf. også Lauridsen 1988 s. 152–154 og Dübeck 1997 s. 154.

sammenheng er av overveiende økonomisk karakter – og analogien fra kjennetegns- og konkurranseretten taler kanskje for at man i utgangspunktet oppstiller en slik regel: Hvis publikum, eller iallfall en ikke helt uvesentlig del av dem som ser etterligningen, tror at det virkelig dreier seg om den personen som er etterlignet, foreligger en krenkelse – ellers ikke.

Regelen om at eneretten bare krenkes dersom etterligningen kan føre til villedning, bør imidlertid ikke legges til grunn uten unntak. For det første må man være oppmerksom på at en utnyttelse av personlig særpreg samtidig kan innebære en krenkelse av regler innenfor personlighetsrettens øvrige kategorier, f.eks. en krenkelse av æren (se under 2.2 og 2.3 ovenfor), og i så fall må det på vanlig måte være nok at vedkommende person identifiseres. For det andre må man trolig supplere med en subjektiv regel, som rammer den *urimelige eller utilbørlige etterligning*, etter mønster av f.eks. mfl. § 1 og vml. § 6 annet ledd.⁹⁸

Ved den konkrete vurderingen må man ta i betraktning at en etterligning ofte vil virke ganske annerledes på en normalt uoppmerksom lytter eller seer, som ikke på forhånd vet at det dreier seg om en etterligning, enn den vil virke på dommeren når han får seg tilfellet forelagt til avgjørelse. Når man i ettertid hører reklamen for Extra Film, kan det kanskje være vanskelig å forstå at den var egnet til å skape uriktige forestillinger om at det var Pål Bang-Hansens stemme. Men hvis man forestiller seg en lytter som har radioen på i bakgrunnen under middagsforberedelsene, mens barna krangler og potetene koker over, eller bilføreren som hører radio i den verste rushtrafikken, og som dessuten ikke har noen anelse om at det er ugler i mosen, kan man forstå at det stiller seg nokså annerledes. Det bør trolig anses tilstrekkelig at en ikke ubetydelig del av publikum kan ta feil, og herunder må man ta i betraktning hvorledes den mindre oppmerksomme del av befolkningen vil oppfatte reklamen.

Det illustrerer også et mer generelt poeng: *Ulikhetene* mellom origina-

⁹⁸ Ut fra en slik vurderingsnorm kan en tenke seg at utnyttelsen av Bang-Hansens stemme måtte vært ansett som en krenkelse selv om det ikke hadde vært grunnlag for å anta at lytterne ble ført bak lyset. Det urimelige kunne f.eks. tenkes å ligge i at utnyttelsen reduserte verdien av Bang-Hansens særpreg i reklamesammenheng. Det kunne f.eks. blitt vanskelig for Bang-Hansen å få oppdrag for konkurrerende filmlaboratorier, etter at han på denne måten var blitt assosiert med Extra Film. Kanskje bør man også ta hensyn til risikoen for at etterligninger skal bre om seg; en person som til stadighet etterlignes i annonser blir neppe særlig attraktiv som modell i reklamesammenheng. – Det bør nevnes at enkelte land strekker vernet enda lenger enn det som her foreslås, jf. f.eks. BGH 1.12.99 GRUR 2000, 709 (Marlene Dietrich).

len og etterligningen kan normalt bare anses relevante dersom man har grunn til å tro at de vil bli oppfattet av den overveiende del av dem som ser etterligningen; hvis en ikke uvesentlig del *overser* ulikheten, vil den jo ikke forhindre en skadelig villedelse. Annerledes stiller det seg med *likheter*; her må det av samme grunn anses tilstrekkelig at likheten *oppfattes* av en ikke uvesentlig del. Det betyr at når det gjelder likheter må man også ta hensyn til de mer oppmerksomme lyttere, lesere eller seere, kanskje også dem som har bestemte forutsetninger for å dra kjensel på den portretterte. Personlige særtrekk som er kommet til uttrykk i en tegning, kan f.eks. få avgjørende betydning selv om de går den vanlige betrakter hus forbi. Man må følgelig holde seg til den vanlige setning om at det først og fremst er likhetene som teller, ikke forskjellene.⁹⁹

4.4 Rettens overgang og varighet

Det er en kjent sak at utnyttelsen av personlig særpreget i stor – og stigende – grad disponeres ved avtaler. En fotomodell stiller f.eks. sitt ansikt til disposisjon for en kosmetikkfabrikant, eller en idrettsutøver lisensierer sitt navn til en produsent av sportsutstyr. Slike transaksjoner er så utbredte, og har så lange tradisjoner, at sterke grunner taler for at de bør aksepteres av rettsordenen.¹⁰⁰ En overdragelsesadgang stemmer dessuten med den alminnelige regel om at rettigheter med økonomisk verdi som hovedregel kan overdras,¹⁰¹ og den harmonerer med tendensen i

⁹⁹ Se f.eks. *Ali v. Playgirl Inc.* 447 F.Supp. 723 (S.D. N.Y. 1978) og *Newcombe v. Adolf Coors Co.* 157 F.3d 686 (9th Cir. 1998).

¹⁰⁰ Erfaringene fra kjennetegnsrettens område viser hvorledes det lett vil gå om man forsøker å motarbeide et reelt, eksisterende kontraheringsbehov. Varemerkelovene av 1884 og 1910 søkte å hindre overdragelser av varemerker, men reglene ble både kritisert og omgått, og med varemerkeloven av 1961 så lovgiver seg nødt til å åpne for overdragelse, jf. Stuevold Lassen og Stenvik 2003 s. 435–436.

¹⁰¹ Jf. Woxholth 1993 s. 406–407. Det er imidlertid ikke et ufravikelig prinsipp, jf. Stuevold Lassen 1998 s. 530. Man kan derfor ikke slutte direkte fra det faktum at en rettighet har økonomisk verdi, til at den kan overdras. Man kan heller ikke løse spørsmålet ved å karakterisere retten som en «formuesgjenstand», «eiendomsrett» e.l., jf. om konstruksjonsspørsmålet under 4.1 ovenfor. Slike betegnelser er ikke trylleformler som fremkaller bestemte rettsvirkninger. Man må først ta stilling til de materielle rettsspørsmålene; deretter kan man vurdere om betegnelser som f.eks. «formuesgjenstand» er treffende. Jf. i denne forbindelse McCarthy 2001 s. 10-11: «The Right of Publicity is «property.» From that label flows a plethora of legal categorizations and conclusions. But Justice Cardozo warned us to beware of «the tyranny of labels.» [*Snyder v. Massachusetts* 291 US 97 (1934) på s. 114] The word «property» is merely a convenient label and should not be viewed as a magic substitute for thought ... Dubbing a

fremmed rett.¹⁰² Mot denne bakgrunn synes det rimelig trygt å konkludere med at retten til personlig særpreg *er overdragelig*.

Det kan i denne sammenheng også vises til dommen i Rt. 1983 s. 637 (påskebilder, se nærmere under 2.4 ovenfor), som gir støtte for en slik regel. Blant annet under henvisning til de praktiske behov ble det lagt til grunn at det gjelder en nokså vid overdragsesadgang for retten til eget bilde: «Jeg antar det må legges til grunn,» uttalte førstvoterende, «at avbildede personer kan gi et mer generelt forhåndssamtykke til bruk av fotografi på den måte som er nevnt i [fotografilovens] § 15, og at de også må kunne gi en annen rett til å gi samtykke på sine vegne. For dem som driver med profesjonell distribusjon av fotografier, vil det antakelig være av stor praktisk betydning at de både har fotografiretten og retten til å samtykke på vegne av avbildede personer» (s. 639).

Det at retten til personlig særpreg kan være gjenstand for økonomiske transaksjoner, taler for å betrakte den som en *gjenstandsbasert rettighet*, på linje med immaterialrettighetene, slik som opphavsrettens «åndsverk», varemerkerettens «kjennetegn» og patentrettens «oppfinnelser». I praksis vil nemlig avtaler om overdragelse eller lisensiering som regel knyttes til en *kontraktsgjenstand*, og hvis avtalens gjenstand kan defineres under henvisning til en gjenstand – i betydningen immaterielt objekt – som er vernet ved lov eller på annet grunnlag, vil det bety en verdifull gevinst i form av klarhet og forutberegnelighet. Kanskje vil en slik klarhet undertiden være en forutsetning for at avtale overhodet skal komme i stand.¹⁰³ Det kan derfor hevdes at domstolene bør sanksjonere den etablerte markedspraksis, ved å anerkjenne retten til personlig særpreg som en gjenstandsbasert, overdragelig rettsposisjon.

Fra dette utgangspunktet bør man overveie enkelte unntak. For det første er det ikke gitt at det originære rettssubjektet bør kunne avhende sin rettsposisjon *in toto*. Behovet for overdragelse knytter seg jo hovedsa-

legal right as «property» does not automatically mean that we have thus solved any and all problems of the shape and scope of that legal right.»

¹⁰² Jf. McCarthy 2001 s. 10-16 til 10-24, og fra praksis *The Martin Luther King, Jr., Center for Social Change v. American Heritage Products* 694 F.2d 674 (11th Cir. 1983) på s. 680–681. Den beslektede «right of privacy» anses derimot som en personlig, ikke-overdragbar rett, jf. McCarthy 2001 s. 9-4 til 9-7. I Tyskland har det vært omstridt om personlighetsretten kan overdras, jf. Boeckh 2000 s. 510. BGH 1.12.99 GRUR 2000, 709 (Marlene Dietrich) må antas å innebære at de økonomiske, men ikke de ideelle, rettighetene kan overdras, selv om BGH ikke uttrykkelig tok stilling til overdragsesadgangen i levende live.

¹⁰³ Jf. Nimmer 1954 s. 213.

kelig til personlighetsrettens økonomiske side; det er den kommersielle verdien knyttet til personens berømmethet eller kvaliteter som partene er interessert i å utnytte. Rettsvernets ideelle sider kommer i en annerledes stilling. Fra opphavsretten er det velkjent at ideelle rettigheter bare i begrenset utstrekning kan overdras, og noe tilsvarende kan man tenke seg for personlighetsretten. Så langt personlighetsvernet beskytter ideelle interesser, er det uløselig knyttet til innehaverens person. Det kan ikke gis avkall på det, det er ikke overdragelig, og det går ikke i arv. En fullstendig og endelig overdragelse av retten til eget bilde, navneretten osv., ville stått i strid med menneskeverdet og retten til selvbestemmelse.

En annen reservasjon som bør overveies, knytter seg til rettighetsovergang ved arv.¹⁰⁴ Man har ikke den samme tradisjon for utnyttelse av arvede personlighetsretter som når det gjelder overdragelse i levende live, iallfall ikke her i landet. I USA er derimot kommersiell utnyttelse av døde berømtheters særpreg en betydelig industri – og opphav til en betydelig del av rettstvistene på området. Tallrike er f.eks. de sakene som har vært reist av *The Elvis Presley Estate*. Og grunnen er, som Aftenposten for en tid tilbake spissformulerte det: «Døde stjerner selger best.»¹⁰⁵

Utviklingen av ny teknologi har åpnet tidligere uante muligheter for kommersiell utnyttelse av døde stjerner: Ved hjelp av datateknologi er det f.eks. ikke lenger noe uoverstigelig problem å skape nye filmer med Humphrey Bogart og Ingrid Bergman i hovedrollene – så realistisk at det visstnok skal være vanskelig å se at det dreier seg om animasjon.¹⁰⁶ Det blir derfor et viktig spørsmål om de rettigheter vi her snakker om, kan gå i arv, eventuelt om etterkommerne kan gjøre gjeldende en rett på selvstendig grunnlag.

Det grunnleggende spørsmålet som man må ta stilling til når slike spørsmål skal avgjøres, er om vernet faller bort ved personens død, eller om det skal utstrekkes en kortere eller lengre periode deretter.¹⁰⁷ Enkel-

¹⁰⁴ Også rettighetsovergang ved kreditorbeslag reiser særlige – og vanskelige – spørsmål, som kan fortjene en nærmere undersøkelse.

¹⁰⁵ Aftenposten Aften 4. september 2001.

¹⁰⁶ Jf. Baird 2001. Den 1. desember 2001 meldte Aftenposten at «Bruce Lee vender tilbake ... Nær tre tiår etter sin død skal kampsportstjernen ha hovedrollen i en ny film – mot levende skuespillere ... Ved hjelp av bilder fra de filmer Lee laget i sin karriere og moderne digitalteknologi, skal kung fu-stjernen rekonstrueres.»

¹⁰⁷ Se Förhandlingarna å Det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm 1952 s. 3–13 og 124–150.

te av de lovbestemmelsene vi har på personlighetsrettens område, taler for at beskyttelsen gis en rimelig utstrekning *post mortem*. Nevnes kan f.eks. strl. § 252, som beskytter en avdøds minne, og legger retten til å begjære påtale til den avdødes ektefelle, foreldre, barn, søsken og arvinger. Fotografivernet etter åndsverklovens § 45c varer i 15 år etter utløpet av den avbildedes dødsår. Beskyttelsen mot bruk av personnavn i varemerker, er gitt en mer ubestemt utstrekning, idet det fastsettes i vml. § 14 første ledd nr. 4 at vernet ikke gjelder når det åpenbart siktes til en person som «er død for lengre tid siden».

De nevnte bestemmelsene bærer preg av at lovgiver har vært opptatt av å beskytte en avdøds minne. Realistisk sett er det naturligvis de *etterlatte* som vernes mot den sjelelige lidelse som naturlig vil følge av beskyldninger mot avdøde, av krenkende utnyttelse av avdødes navn og bilde, osv.¹⁰⁸ Men det er lite som tyder på at man har ment å begunstige de etterlatte økonomisk, ved å overføre til dem den økonomiske verdi som måtte være knyttet til avdødes særpreg, en verdi som etter omstendighetene kan være betydelig.

Spørsmålet om man her kan supplere de lovbestemte regler, reiser betydelige prinsipielle og praktiske vanskeligheter. Så lenge det er spørsmål om å beskytte ideelle interesser, er nok betenkelighetene beskjedne. Men når det oppstår spørsmål om å tilkjenne arvingene rettigheter som setter dem i stand til å høste de økonomiske frukter av avdødes berømmelse, stiller det seg annerledes. Tradisjonelt har man vel ansett det som tilstrekkelig at avdøde har etterlatt seg et respektabelt ettermæle, enten han var (og er) berømt eller ikke. En rett for arvingene til å slå mynt på avdødes berømmelse kan sies å harmonere dårlig med våre kulturelle verdier. Hertil kommer de praktiske vanskeligheter som nødvendigvis hefter ved en rettsbeskyttelse *post mortem*. Hvordan skal f.eks. den tidsmessige avgrensning gjennomføres i mangel av positiv lovgivning?

Likevel taler nok de beste grunner for å sikre arvingene en viss rettsbeskyttelse mot kommersiell utnyttelse av avdødes personlighet, i en rimelig periode etter dødsfallet. Kanskje kan man si med varemerkeloven, at det er fritt frem først når personen som utnyttelsen sikter til «er død for lengre tid siden». Og kanskje kan man bruke perioden på 15 år etter

¹⁰⁸ Jf. Arnholm i Förhandlingarna å Det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm 1952 s. 139. Se også Rt. 2001 s. 245 (advokatbistand – spørsmål om erstatning for advokatutgifter for å beskytte sin avdøde fars minne).

åvl. § 45c som en veiledende norm.¹⁰⁹ At det ikke bør innrømmes evigvarende eller svært langvarige rettigheter, synes temmelig klart. En langvarig rett åpner for nokså uhyggelige perspektiver, selv om det kanskje er vanskelig å tenke seg at noen her i landet vil gå så langt som *Robert Schumanns* etterkommere: I 1950-årene, et århundre etter komponistens død (1856), anla de erstatningssak mot et filmstudio som hadde produsert en film om Schumanns liv. Filmstudioet ble – heldigvis, får man si – frifunnet.¹¹⁰

Utviklingen har flere steder gått i retning av et personlighetsvern som består også etter døden. I Tyskland har Bundesgerichtshof anerkjent en rett for arvingene til å kontrollere den kommersielle utnyttelsen av avdødes personlighet.¹¹¹ I USA anerkjennes også «the right of publicity» som en «descendible right»,¹¹² men ikke alle steder, f.eks. ikke i New York. Enkelte amerikanske stater har ved lov innført nokså langvarig beskyttelse, f.eks. California (70 år etter personens bortgang) og Ohio (100 år etter personens bortgang).

5. Avslutning

Det er ikke mulig å slå fast med *sikkerhet* at det gjelder et *generelt* rettsvern for personlig særpreg. Lovgivningens bestemmelser er fragmentariske, og noe klart prejudikat for en materiell regel finnes ikke. På den andre siden har domstolene det spillerom som er nødvendig for å oppstille et vern på ulovfestet grunnlag. Dette betyr at vernet for personlig særpreg forutsetter en viss selvstendighet – dristighet, vil kanskje noen si – hos våre domstoler. Avgjørelsen om Pål Bang-Hansens stemme (RG 1999 s. 1009) tyder på at domstolene er beredt til å påta seg denne oppgaven.

Siden vi stort sett mangler lovgivning og klargjørende praksis, er det

¹⁰⁹ McCarthy 2001 s. 9-37 flg. vil anvende de tidligere vernetidsreglene i den amerikanske åndsverksloven analogisk (50 år post mortem). Tysk praksis har derimot villet anvende de vesentlig kortere vernetidsreglene for retten til eget bilde, iallfall som et utgangspunkt, jf. BGH 1.12.99 GRUR 2000, 709 (Marlene Dietrich).

¹¹⁰ Jf. McCarthy 2001 s. 9-15.

¹¹¹ BGH 1.12.99 GRUR 2000, 709 (Marlene Dietrich). Se nærmere Müller 2003.

¹¹² Jf. McCarthy 2001 s. 9-44 flg. og Rothenberg og Bergner 1998. Den beslektede «right of privacy» anses derimot å falle bort ved personens død, jf. McCarthy 2001 s. 9-2: «Traditional privacy rights protect various aspects of the dignitary, reputational, emotional, and physical rights of persons. Once the subject person is dead, all these legal interests cease to be invaded. Also, surviving spouses and offspring do not have a «relational» right to sue for post mortem invasions of privacy of the deceased person.»

umulig å gi klare svar på spørsmålene om hvilken karakter vernet har, og hvor langt det rekker. De beste grunner synes å tale for å oppstille en regel om at enhver i utgangspunktet råder over den *kommersielle utnyttelsen* av sin fremtoning, sine symboler og sine prestasjoner. Vernet bør omfatte også *etterligninger*, forutsatt at etterligningen er egnet til å skape den forestilling hos betrakterne at det dreier seg om personen selv, eller dersom det dreier seg om en urimelig utnyttelse eller forringelse av den økonomiske verdien som knytter seg til et personlig særpreg. Kunstnerisk, journalistisk og vitenskapelig bruk må imidlertid som hovedregel anses unntatt fra eneretten.

Spørsmålet om det vern som tilbys etter gjeldende rett, dekker de behov som gjør seg gjeldende i dagens samfunn, kan heller ikke gis noe klart svar, så lenge rettstilstanden er så usikker. Dels kan det stilles spørsmål om vernet er godt nok, så lenge retten ikke er nedfelt i positiv lovgivning, og dels kan man spørre om det er grunn til å tro at domstolene vil praktisere vernet på en måte som skaper en rimelig balanse mellom de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende. En viss grad av lovregulering er kanskje ønskelig, men med så heterogene og mangefasetterte saksforhold som man her står overfor, er det grunn til å tvile på om en lov kan gjøres så presis at den vil være domstolene til nevneverdig hjelp når de konkrete avgjørelser skal treffes. Det er nok heller ikke realistisk å forvente aktivitet fra lovgiveren på dette området, iallfall ikke uten at det kommer påtrykninger utenfra, f.eks. fra EFs side. Dermed vil trolig ansvaret for å utvikle fornuftige og balanserte normer fortsatt, i overskuelig fremtid, påhvile domstolene. Bedømt ut fra den – riktignok sparsomme – praksis som foreligger, er det neppe grunn til å se dette som en ulykkelig løsning.

Lovforkortelser: *dl.:* Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5. *Grl.:* Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814. *mfl.:* Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) av 16. juni 1972 nr. 47. *skl.:* Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26. *strl.:* Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10. *vml.:* Lov om varemerker av 3. mars 1961 nr. 4. *åvl.:* Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2.

Litteraturforkortelser: *Andenæs 1958:* Johs. Andenæs, Privatlivets fred – Streiflys over et moderne rettsproblem, TFR 1958 s. 369–404. *Andenæs 1997:* Johs. Andenæs, Litteratur og ytringsfrihet, Lov og Rett 1997 s. 83–101. *Andenæs og*

Bratholm 1996: Johs. Andenæs og Anders Bratholm, Spesiell strafferett – utvalgte emner, 3. utg., Oslo 1996. *Andersen 1969*: Kristen Andersen, Erstatning for ideell skade, i Forhandlinger på Det 25. nordiske juristmøte, Oslo 1969. *Arnholm 1959*: Carl Jacob Arnholm, Personretten, Oslo 1959. *Baird 2001*: Douglas G. Baird, Does Bogart Still Get Scale? Rights of Publicity in the Digital Age, Chicago Working Papers Series – John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 120 (2nd Series). *Dübeck 1997*: Inger Dübeck, Personers rettigheter – Om individets fysiske og psykiske integritet, selvbestemmelsesret og identitet, København 1997. *Eckhoff og Helgesen 2001*: Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001. *Eggen 1994*: Kyrre Eggen, Vernet om ytringsfriheten etter art. 10 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Oslo 1994. *Eggen 1999*: Kyrre Eggen, Norges internasjonale forpliktelser på ytringsfrihetens område, i Særskilt vedlegg nr. 1 til NOU 1999: 27 s. 169–351. *Eggen 2002*: Kyrre Eggen, Ytringsfrihet, Oslo 2002. *Feist 1999*: Gregory J. Feist, The Influence of Personality on Artistic and Scientific Creativity, i Robert J. Sternberg (red.), Handbook of Creativity, Cambridge 1999. *Grönfors 1966*: Kurt Grönfors, Personlighetsskyddet och massmedia, i Förhandlingarna vid Det tjugofjärde nordiska juristmötet i Stockholm 1966. *Gaarder 1948*: Karsten Gaarder, Reklame og rett (foredrag holdt i Salgs- og reklameforeningen i Bergen og Oslo), Norges Salgs- og Reklameforbunds skrift nr. 2, Oslo 1948. *Knoph 1936*: Ragnar Knoph, Åndsretten, Oslo 1936. *Koktvedgaard 1965*: Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner – Bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheter og deres forhold til den almene konkurranse, København 1965. *Koktvedgaard 2002*: Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret – ophavsret, patentret, brugsmodelret, designret, varemæreret, 6. utg., København 2002. *Koktvedgaard og Levin 2002*: Mogens Koktvedgaard og Marianne Levin, Lärobok i immaterialrätt – upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt – i Sverige, EU och internationellt, 7. utg., Stockholm 2002. *Lauridsen 1988*: Preben Stuer Lauridsen, Pressefrihet og personlighedsret – sammenlignende studier i dansk og udenlandsk ret, København 1988. *Levin 1986*: Marianne Levin, Rätt till egen bild – Om uauktoriserad personbilsanvändning i massmedier, Stockholm 1986. *Levin 1993*: Marianne Levin, Rollporträtt på bokomslag, som illustrationer och i annonser – tryckfrihet eller reklamregler? Svensk Juristtidning 1993 s. 559–565. *Lindberg 2003*: Mårten Lindberg, Upphovsrättsligt skydd för fiktiva personer och andra figurer, NIR 2003 s. 434–449. *Madsen 2002*: Palle Bo Madsen, Markedsret, Del 2, 4. utg., København 2002. *McCarthy 2001*: J. Thomas McCarthy, The Rights of Publicity and Privacy, 2. utg., New York 2001. *Müller 2003*: Tobias Müller, Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts – Die neuste Rechtsprechung des BGH zum postmortalen Persönlichkeitsrecht, GRUR 2003 s. 31–34. *Mæland 1985*: Henry John Mæland, Retten til eget bilde og fotografilovens § 15, Lov og Rett 1985 s. 195–224. *Nimmer 1954*: Melville B. Nimmer, The Right of Publicity, 19 Law and Con-

temporary Problems 203–223 (1954). *Nygaard 1999*: Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, Bergen 1999. *Nygaard 2000*: Nils Nygaard, Skade og ansvar, 5. utg., Bergen 2000. *Prosser 1960*: William L. Prosser, Privacy, 48 California Law Review s. 383–423 (1960). *Rognstad og Stenvik 2002*: Rognstad og Stenvik, Hva er immaterialretten verd? i Bull, Hagstrøm og Tjomsland (red.), Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup, Oslo 2002 s. 511–548. *Schaumburg-Müller 2003*: Sten Schaumburg-Müller, Presseret, København 2003. *Schertz 2000*: Christian Schertz, Die wirtschaftliche Nutzung von Bildnissen und Namen bekannter Persönlichkeiten, i Christian Schertz og Hermann-Josef Omsels (red.), Festschrift für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag, München 2000. *Smith, E. 1978*: Eivind Smith, Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter, TFR 1978 s. 655–691. *Stuevold Lassen 1982*: Birger Stuevold Lassen, Kvalitetskrav som vilkår for vern for utøvende kunstneres prestasjoner, NIR 1982 s. 298–317. *Stuevold Lassen 1987*: Birger Stuevold Lassen, Om Dichtung und Wahrheit som rettspolitisk problemstilling, TFR 1987 s. 937–954. *Stuevold Lassen 1998*: Birger Stuevold Lassen, Åndsretten, i Kåre Lilleholt (red.), Knophs oversikt over Norges rett, 11. utg., Oslo 1998. *Stuevold Lassen og Kvamme 1974*: Birger Stuevold Lassen og Helge Kvamme, Retten som vern for den enkelte, i Torstein Eckhoff, Birger Stuevold Lassen, Kai Krüger, Helge Kvamme, Ole Lund og Helge Thue, Gyldendals bok om lov og rett, Oslo 1974. *Stuevold Lassen og Stenvik 2003*: Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, Oversikt over norsk varemerkerett, 2. utg., revidert versjon, Oslo 2003. *Thue 2002*: Helge J. Thue, Internasjonal privatrett – Personrett, familierett og arverett, Oslo 2002. *Udsen 1997*: Henrik Udsen, Kommerciel anvendelse af personbilleder, U 1997 B s. 261–267. *Woxholth 1993*: Geir Woxholth, Idrettens sponsoravtaler, Oslo 1993.