



Justis- og beredskapsdepartementet
(Kun avgitt digitalt på www.regjeringen.no)

Deres referanse: 18/4856 ES SSA/bj
Vår referanse: 2019/00250
Dato: 01/02/2019

Høringsuttalelse – endringer i reglene om kildevern

1. Innledning

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 24. september 2018.

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig.¹ NIM skal blant annet gi råd til Stortinget, regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene. Innspill i relevante høringsprosesser er en sentral del av vårt mandat.

NIM vurderer høringsnotater i lys av de rettslige rammer og føringer som følger av statens menneskerettslige forpliktelser etter Grunnloven, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og andre internasjonale konvensjoner. Det er ikke nødvendigvis NIMs oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten eller prioriteringen av virkemidler for å oppfylle nevnte forpliktelser. Enkelte virkemidler kan imidlertid være mer egnet enn andre for å sikre eller styrke menneskerettighetene. Tydelig lovregulering, som på en god måte reflekterer menneskerettslige krav, vil være et slikt virkemiddel.

NIM synes derfor det er positivt at man foreslår å endre dagens kildevernregler. En skjerping av lovens vilkår for når pressen kan pålegges å identifisere en kilde, som gir bedre uttrykk for den terskelen som følger av praksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), er et godt mål. Det samme gjelder to andre mål: Å fastsette klarere og mer fleksible vilkår for hvilke aktører som kan påberope seg kildevernet, og å lovfeste at kildevernet omfatter alle opplysninger som er egnet til å avsløre kilder.

NIM stiller imidlertid spørsmål ved om tekstforslaget til unntak fra kildevernet er den formuleringen som best gjenspeiler den høye terskelen (se punkt 4). I tillegg kommenterer NIM kildevernet generelt og vernets begrunnelse (punkt 2), kildevernreglernes virkeområde (punkt 3), vern av innholdet i journalistisk materiale generelt (punkt 5) og tvangsmidler/etterforskning mot pressen (punkt 6). Sistnevnte

¹ Lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter av 22. mai 2015 § 1.

berører en ganske stor og kompleks problemstilling, hvor NIM ønsker en nærmere utredning velkommen.

NIM bidrar gjerne til avklaringer eller diskusjoner om ønskelig.

2. Kildevernet generelt og vernets begrunnelse

Pressefriheten, herunder kildevernet, er en sentral del av ytringsfriheten.² Ytringsfriheten er beskyttet av Grunnloven § 100, EMK artikkel 10 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 19. Pressen spiller viktige samfunnsroller som *offentlig vaktbikkje*, informasjonskanal og tilrettelegger for en åpen og opplyst offentlig samtale. Disse rollene er av vesentlig betydning for å realisere og sikre de individuelle og kollektive hensynene bak ytringsfriheten.

Inngrep i pressens kildevern må oppfylle de tre vilkårene for inngrep i ytringsfriheten. Vilrårene kan kort oppsummeres: Inngrepet må ha hjemmel i lov, ivareta et legitimt formål og inngrepet må være nødvendig (herunder forholdsmessig) for å ivareta formålet.³

EMD har flere ganger uttalt seg særskilt om nødvendighetsvurderingen i kildevernssaker etter EMK artikkel 10.⁴ Praksis viser at nødvendighetsvurderingen her er svært streng. Kildevern er et område hvor EMD foretar en relativ intens prøving av nødvendigheten – og statens såkalte skjønnsmargin er tilsvarende begrenset. Terskelen for å gripe inn i kildevernet er at inngrepet må være «justified by an overriding requirement in the public interest».⁵

Den høye terskelen for inngrep og den intense prøvingen, må forstås i lys av kildevernets begrunnelse. Kildevernet (mis)forstås tidvis som et privilegium for journalister. Men som både EMD og Høyesterett har understreket, er begrunnelsen for vernet hensynet til samfunnet som helhet: Uten et solid kildevern kan ikke pressen ivareta sine viktige samfunnsroller som offentlig vaktbikkje, informasjonskanal og tilrettelegger for den offentlige samtale.⁶

Et inngrep i kildevernet kan derfor ikke kun vurderes på bakgrunn av de negative virkninger det vil ha i den konkrete sak. Det må vurderes helhetlig ut fra den negative virkning et slikt inngrep vil ha i en bredere samfunnsmessig kontekst. Dersom potensielle kilder ikke har tilstrekkelig tillit til at deres anonymitet vil bli ivaretatt, vil det kunne svekke

² Bl.a. understreket i EMDs praksis, jf. f.eks. *Goodwin v. Storbritannia* (17488/90) avs. 39–40, som er referert til en rekke ganger senere av EMD og Høyesterett.

³ Noe ulikt regulert i hhv. EMK art. 10 (2), SP art. 19 (3) og Grunnloven § 100 andre og tredje ledd, men vurderingen vil i det vesentlige være lik.

⁴ På samme måte som i høringsnotatet vil NIM i det videre konsentrere seg om EMK art. 10. Årsaken til dette er primært (praktisk) grunnet tilfanget av praksis om denne type saker som knytter seg til EMK art. 10 – fra både EMD og fra Høyesterett. NIM understreker likevel at et inngrep i kildevernet vil utgjøre et selvstendig inngrep i SP art. 19 og Grunnloven § 100 – og ethvert inngrep må vurderes selvstendig opp mot disse bestemmelsene. Det er ingen automatikk i at terskelen for inngrep vil være lik i et konkret tilfelle, selv om vilkårene/vurderingen for inngrep i det vesentlige vil være lik (ibid.).

⁵ Jf. bl.a. *Goodwin v. Storbritannia* (17488/90) avs. 39–40, *Sanoma Uitgevers B.V. v. Nederland* (38224/03) avs. 51 og *Financial Times og andre v. Storbritannia* (821/03) avs. 59–63.

⁶ Ibid.

pressens kildetilfang generelt (gi en «chilling effect») – med de negative konsekvenser det vil ha for pressens mulighet til å utøve sine nevnte oppgaver på vegne av samfunnet.⁷ Det er den nedkjølede effekten som «any perceived interference» med pressens fortrolige kommunikasjon og kildenes anonymitet kan gi, som ofte kan bli sentralt i vurderingen.⁸

I tillegg til å være beskyttet av ytringsfriheten mot statlige inngrep (statens *negative* plikt), har kildevernet også en klar side til statens *positive* plikt til å sikre ytringsfriheten, jf. blant annet Grunnloven § 100 sjette ledd.⁹ NIM går ikke nærmere inn på den positive plikten i denne høringsuttalelsen, herunder ikke nærmere inn på sontringen mellom statens positive og negative menneskerettslige forpliktelser (som her kan være glidende og overlappende), men understreker at et velfungerende kildevern vil være av sentral betydning for å oppfylle § Grunnloven 100 sjette ledd.

3. Kildevernreglens virkeområde

Da NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov var på høring, ønsket NIM velkommen utgangspunktet om et mer teknologinøytralt begrep som «journalistisk virke» for kildevernets virkeområde.¹⁰ Dette gjør seg særlig gjeldende i en tid der mediene er i stadig utvikling. NM har ikke sterke synspunkter på valget av departementets to alternativer. Av hensyn til sammenheng i lovverket, at kildevernet og redaktøransvaret ofte henger nøye sammen, og for å klargjøre begrepets innhold og forutberegnelighet, ser også NIM fordeler ved å koble virkeområdet opp mot virkeområdet for en eventuell ny medieansvarslov (departementets alternativ 2). Dette kommer imidlertid an på hvordan virkeområdet til medieansvarsloven ender opp med å bli. NIM har, i likhet med flere andre høringsinstanser, stilt spørsmål ved om det opprinnelige forslaget til medieansvarslovens virkeområde kan bli for snevert og for lite fremtidsrettet.¹¹

4. Unntak fra kildevernet

4.1. Høy terskel for unntak

Det er positivt at departementet foreslår å endre lovens ordlyd, både i straffeprosessloven og i tvisteloven, ut fra et mål om bedre å få frem den høye terskelen for å gripe inn i kildevernet, slik dette følger av praksis fra EMD og Høyesterett. Departementets forslag lyder: «Dersom det er strengt nødvendig at de hensyn som

⁷ Se f.eks. Rt. 2013 s. 1210 avs. 34, med henvisning til Rt. 2010 s. 1381 (avs. 62), hvor Høyesterett fastslår at det må ses hen til «den mer langsiktige effekten av å skulle gjøre unntak – den såkalte ‘chilling effect’», og at det i «det lange løp er [...] en risiko for at en mer utstrakt bruk av vitneplikt vil kunne medføre at viktige kilder blir borte».

⁸ Se f.eks. nylig avsagte *Big Brother Watch v. Storbritannia* (sak 58170/13, 62322/14 og 24960/15) avs. 495 (vår uthevning). P.t. ikke rettskraftig.

⁹ Grl. § 100 (6): «Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale.» Den positive plikten følger også som en del av EMK og SP (dog ikke like eksplisitt av ordlyden), se f.eks. EMDs dom i *Appleby og andre v. Storbritannia* (44306/98).

¹⁰ NIMs høringsuttalelse til NOU 2016: 24 av 6. juni 2017 pkt. 5.3. Tilgjengelig på www.nhri.no.

¹¹ NIMs høringsuttalelse til ny lov om medieansvar av 1. oktober 2018 pkt. 3. Tilgjengelig på www.nhri.no.

begrunner kildevernet viker for en annen vesentlig samfunnsinteresse, kan vitnet likevel pålegges å svare.»

EMD-tersekelen for inngrep i kildevernet, «justified by an overriding requirement in the public interest»,¹² er forsøkt oversatt til norsk på ulike måter i ulike sammenhenger. Selv om det ikke nødvendigvis er mulig eller avgjørende å gi noen fullgod oversettelse i en norsk lovtekst, eller mulig å unngå rom for skjønn, bør man etter NIMs mening tilstrebe en ordlyd som i så stor grad som mulig reflekterer nevnte terskel og er så klar som mulig.¹³

NIM stiller spørsmål ved om «strengt nødvendig» er den ordlyden som best gjenspeiler hvor høy terskelen faktisk er – selv om departementets forslag etter en naturlig språklig forståelse synes å gi uttrykk for en høyere terskel enn både dagens lovtekst og forslaget i NOU 2016: 24.¹⁴ Vår spørsmålsstilling må forstås i lys av klargjøringer av terskelen i praksis fra EMD og Høyesterett, som ytterligere understreker terskelens høyde. Det er vanskelig å finne noen saker som *de facto* angår inngrep i kildevernet, der EMD har kommet til at EMK artikkel 10 ikke har blitt krenket.¹⁵ Fra Høyesteretts praksis kan det vises til Rt. 2004 s. 1400 hvor Høyesterett la til grunn at EMDs vurdering i *Goodwin v. Storbritannia* innebærer «at kildevernet *langt på vei er absolutt* så lenge de opplysninger kilden har gitt er av samfunnsmessig betydning. Men *Goodwin*-saken viser også at det må foreligge *meget tungtveiende hensyn* for å pålegge vitneplikt selv om opplysningene er uten slik betydning».¹⁶

4.2. Forslag til endringer for å synliggjøre den høye terskelen

På bakgrunn av ovennevnte, har NIM noen forslag til endringer som kanskje kan bidra til å synliggjøre den høye terskelen enda bedre i lovens ordlyd. NIM har tatt utgangspunkt i departementets forlag.

For det første, selv om NIM ser poenget om fleksibilitet i terskelen (men mener at poenget nok ikke bør dras for langt), heller NIM mot at for eksempel «meget tungtveiende hensyn», «betydelig interesseovervekt» eller «ekstraordinære tilfeller»¹⁷ vil være bedre alternativer enn «strengt nødvendig». NIM mener at disse alternativene rent intuitivt og språklig leder hen til en tanke om en høyere terskel enn sistnevnte. Et alternativ kan være å inkludere begge deler, for eksempel som en del av samme setning: «*Kun i ekstraordinære tilfeller og dersom det er strengt nødvendig at [...]*».

¹² Se note 5 ovenfor.

¹³ Se nærmere i NIMs høringsuttalelse til NOU 2016: 24 pkt. 5.3. Se også *Sanoma Uitgevers B.V. v. Nederland* (38224/03) avs. 92.

¹⁴ NOU 2016: 24 forslag til ny § 9-4, jf. § 8-4.

¹⁵ Se f.eks. EMDs såkalte «factsheet» om kildevern med en gjennomgang av EMD-saker angående kildevernet (sist oppdatert september 2018), tilgjengelig på EDMs nettside.

¹⁶ Rt. 2004 s. 1400 avs. 46 (våre uthevninger).

¹⁷ Se f.eks. i Ot.prp.nr.55 (1997–1998) s. 16 og s. 27, hvor de to sistnevnte formuleringene brukes i tilknytning til EMDs dom i *Goodwin v. Storbritannia*.

For det andre er NIM bekymret for effekten av å fjerne den delen av ordlyden som klargjør at nødvendighetskriteriet er knyttet til sakens oppklaring. Vi forstår departements syn, at dette følger implisitt som en del av ordlyden «nødvendig», men mener at både klarhetshensyn og hensynet bak lovendringen – å tydeliggjøre den høye terskelen for inngrep i kildevernet – taler mot en slik utelatelse. NIM mener derfor det vil være en fordel fortsatt å inkludere eksplisitt i ordlyden at det kun er i de tilfellene sakens oppklaring er avhengig av et slikt inngrep at det kan være aktuelt å fravike kildevernet.¹⁸ Dette kan for eksempel inkluderes før komma: «[...] annen vesentlig samfunnsinteresse og det er avgjørende for sakens oppklaring, kan vitnet likevel [...]».

For det tredje kan et bidrag til å få frem den høye terskelen være to mindre grep i departementets forslag: Ved å bytte ut «viker» med «må vike», og å innta «[k]un» i begynnelsen av setningen, slik at den blir «Kun dersom [...]».

Til sist, og for det fjerde, støtter NIM departementets begrunnelse for at det ikke er nødvendig å gi noen oppregning av relevante momenter for helhetsvurderingen i lovbestemmelsen, selv om det vil kunne ha pedagogiske fordeler. Med følgende forbehold: Det er bra at departementet har søkt å få frem i ordlyden at man i helhetsvurderingen av om kildevernet skal kunne fravikes i den enkelte sak, alltid må legge vekt på de langsiktige negative virkningene et kildeverninngrep vil ha for ytringsfriheten utover den aktuelle sak (se nærmere under punkt 2 ovenfor). NIM stiller likevel spørsmål ved om dette er et poeng som bør fremgå enda mer eksplisitt av ordlyden – av (pedagogiske) hensyn til rettsanvenderen. For eksempel ved at det inkluderes som en selvstendig setning etter punktum: «[...] likevel pålegges å svare. I denne helhetsvurderingen skal det alltid legges vekt på de langsiktige negative virkningene et inngrep i kildevernet vil ha utover den aktuelle sak.»

Denne langsiktige negative virkningen vil kunne oppstå uansett om straffesaksapparatet benyttes til å få fatt i opplysninger som pressen er betrodd – tilnærmet uavhengig av hvilken betydning disse opplysningene har for samfunnet. Nevnte sitat fra Høyesterett kan i så måte være illustrerende: «[D]et må foreligge *meget tungtveiende hensyn* for å pålegge vitneplikt *selv om* opplysningene er *uten slik [samfunnsmessig] betydning*».¹⁹

5. Vern av innholdet i journalistisk materiale generelt

Ovennevnte om langsiktig negativ virkning vil langt på vei også gjøre seg gjeldende for (upublisert) journalistisk materiale/fortrolig informasjon generelt som blir betrodd pressen – selv om informasjonen ikke er kildeavslørende. Slik straffeprosessutvalget

¹⁸ I Rt. 2015. s. 1286 avs. 63 heter det at det må dreie seg om «avgjørende informasjon som ikke kan fremskaffes på annen praktikabel måte». Samme sak er et eksempel på vilkårets relevans, selv om Høyesterett ikke trengte konkludere på dette punkt, ettersom helhetsvurderingen uansett talte for at kildevernet ikke kunne fravikes (avs. 66). Se også Becker v. Norge (21272/12) avs. 80–81 hvor EMD vektlegger at journalistens nektelse om å oppgi kildens identitet «did not at any point in time hinder the investigation of the case or the proceedings [...]».

¹⁹ Rt. 2004 s. 1400 avs. 46 (våre uthevinger).

bemerket: «Benyttes straffesaksapparatet til å søke etter opplysninger som pressen er betrodd, kan det – uavhengig av om det er publisert, eller om en kildes identitet vil bli avslørt – begrense tilgangen til kilder og ha en ‘chilling effect’. På sikt vil dette svekke arbeidsvilkårene for den kritiske presse.»²⁰

Slik informasjon nyter også et visst vern etter EMK artikkel 10.²¹ Og også her vil et inngrep måtte oppfylle vilkårene etter EMK artikkel 10 andre ledd, selv om det vil ha betydning for nødvendighetsvurderingen hvorvidt informasjonen vil være kildeavslørende eller ikke.

NIM merker seg at departementet, til forskjell fra straffeprosesslovutvalget, ikke foreslår å stadfeste dette vernet gjennom loven nå, men uttaler at det vil vurderes nærmere som ledd i arbeidet med ny straffeprosesslov.²² NIM avventer å gi eventuelle nærmere kommentarer til en slik vurdering foreligger.

Uansett støtter NIM at det i lovteksten presiseres at kildevernet omfatter alle opplysninger som er egnet til å avsløre en kildes identitet.²³

6. Tvangsmidler og etterforskning mot pressen

EMDs praksis viser at terskelen for at bruk av tvangsmidler mot pressen skal være i samsvar med EMK artikkel 10 er svært høy. Slik departementet skriver, gir dette seg utslag både i et skjerpet krav til lovhjemmel og strenge krav til nødvendighetsvurderingen. I den nylig avsagte *Big Brother Watch v. Storbritannia* understrekes dette igjen av EMD.²⁴ EMD fremhever at det er «a fundamental difference» mellom at myndighetene pålegger en journalist å avsløre identiteten på en kilde, og at myndighetene utfører søk hos journalisten eller i redaksjonslokalene for å avsløre identiteten, hvor sistnevnte vil utgjøre «a more drastic measure».²⁵

Dette berører en ganske stor og kompleks problemstilling. Etter de seneste års omfattende utvidelse av tvangsmiddelsbruksadgangen og den generelle teknologiske utviklingen, overskuer ikke NIM totaliteten av tvangsmidlene som myndighetene har tilgjengelig, rettslig og faktisk, mot pressen.²⁶ Departementet skriver at det vil foretas en helhetlig gjennomgang av disse reglene under arbeidet med ny straffeprosesslov.²⁷ NIM

²⁰ NOU 2016: 24 s. 279.

²¹ *Nordisk Film & TV A/S v. Danmark* (40485/02), senere vist til av EMD i *Sanoma Uitgevers B.V. v. Nederland* (38224/03) avs. 65 og *Nagla v. Latvia* (73469/10) avs. 80. Se også Rt. 2015 s. 1286 avs. 57 hvor Høyesterett viser til førstnevnte: «Etter EMDs praksis kan i spesielle tilfelle også upublisert materiale som ikke inneholder informasjon som kan føre til avsløring av en kildes identitet, nyte et visst vern. [...] Vernet i en situasjon som dette er imidlertid svakere enn det tradisjonelle kildevernet». Se også *Big Brother Watch v. Storbritannia* (58170/13, 62322/14 og 24960/15, p.t. ikke rettskraftig) avs. 495.

²² Høringsnotatets s. 71.

²³ Se bl.a. Rt. 2015 s. 1286 avs. 54 og *Nagla v. Latvia* (73469/10) avs. 81.

²⁴ Sak 58170/13, 62322/14 og 24960/15, avsagt 13. september 2018. P.t. ikke rettskraftig.

²⁵ *Ibid.* avs. 489, med videre henvisninger til EMDs praksis.

²⁶ Problemstillingen gjelder også tvangsmiddelbruk generelt, se bl.a. NIMs årsmelding 2016, Dokument 6 (2016–2017) s. 50; se også Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll bekymringer og kritikk i rapport av 1. juni 2018.

²⁷ Høringsnotatets s. 103–104.

hilser en slik gjennomgang/utredning velkommen, og vi vil enn så lenge avvente å gi nærmere kommentarer.

Det vil være en fordel om man i en slik gjennomgang tar et ganske bredt og prinsipielt utgangspunkt. En gjennomgang av etterforskning og tvangsmidler mot pressen kan gjerne foretas i sammenheng med andre tilstøtende problemstillinger, slik som spørsmål om kildevern og pressens innsynsrett,²⁸ og også inkludere andre offentlige myndigheters muligheter til «etterforskning» eller «overvåkning» av pressens virke og kilder. Problemstillinger om sistnevnte aktualiseres av Forsvarsdepartementets nylige forslag til ny etterretningstjenestelov. Dette forslaget innebærer at etterretningstjenesten gis hjemmel til såkalt tilrettelagt innhenting av informasjon, som også vil kunne inkludere kildeinformasjon og lignende.²⁹ Det er med andre ord ikke kun straffeprosessuelle virkemidler som kan ha (negative) konsekvenser for kildevernet og ytringsfriheten. I en fremtidig utredning vil det være positivt om man også har dette for øye.

NIM støtter også en nærmere utredning av spørsmålet om forklaringsforbud/taushetsplikt.³⁰

Uavhengig av utformingen i nasjonalt lovverk (nå eller i fremtiden), forventer NIM at de menneskerettslige skrankene som følger av eksempelvis EMK artikkel 10 (og artikkel 8) overholdes av myndighetene. Det er særlig viktig at kravet til konkrete vurderinger av nødvendighet/forholdsmessighet ivaretas. Det er også viktig at regjeringen og departementet sikrer at man på alle relevante myndighetsnivåer (politi, påtalemyndighet og andre) er seg bevisst hvor inngripende tvangsmidler som rammer journalistisk virke potensielt kan være, ikke bare i den konkrete sak, men særlig i den større kontekst.

Vennlig hilsen
for Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad

Erlend A. Methi

Konst. direktør

Seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.

²⁸ Straffeprosesslovutvalget drøftet ikke spørsmålet om innsyn i særlig grad, men skriver at det er et emne som «kunne fortjent en særskilt utredning», jf. NOU 2016: 24 s. 252.

²⁹ Høringsbrev og høringsnotat fra Forsvarsdepartementet av 12. november 2018. I skrivende stund arbeider NIM med en egen høringsuttalelse til dette forslaget, som i tillegg til menneskerettslige problemstillinger knyttet til retten til privatliv, vil ta opp problemstillinger knyttet til ytringsfriheten og kildevernet. Uttalelsen vil gjøres tilgjengelig på www.nhri.no.

³⁰ Høringsnotatets s. 72 flg.