

Det juridiske fakultet

Pressens rettslige kildevern og ny etterretningstjenestelov

Ylva Sofie Røsberg-Mikalsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2021



1. Innledning

1.1 Tema, aktualitet og hovedproblemstilling

1.2 Begrepsavklaringer

1.3 Bakgrunn og aktualitet

1.3.1 Kildevern og hensyn bak

1.3.2 Ny etterretningstjenestelov

1.4 Metode

1.5 Avgrensninger

1.6 Videre fremstilling

2. Konstitusjonelle og menneskerettslige rammer for kildevern

2.1 Grunnloven § 100

2.2 Inkorporerte menneskerettskonvensjoner med forrang

2.2.1 Systematikk i EMK art. 10 og fremgangsmåte i EMD

2.2.2 Retten til ytringsfrihet etter EMK art. 10

2.2.3 Retten til kildevern etter EMK art. 10

2.2.4 Vilkår og terskel for inngrep i kildevernet etter EMK art. 10

2.2.5 Kildevern etter SP art. 19

3. Internrettslige rammer for kildevern

3.1 Tvl. § 22-11 andre ledd og strpl. § 125 tredje ledd

3.2 Etterretningstjenesten og etterretningstjenesteloven

3.2.1 Bakgrunn for 2021-loven

3.2.2 Etterretningstjenesten

3.2.3 Etterretningstjenesteloven

3.2.4 Forbudet mot å innhente informasjon i Norge etter § 4-1

3.2.5 Hvilke metoder for innhenting kan medføre inngrep i kildevernet?

3.2.6 Behandling av personopplysninger etter innhenting

3.2.7 Behandling av kildeidentifiserende materiale etter § 9-6

4. Kildevern i menneskerettslig rettspraksis

4.1 Bakgrunn for valg av aktuelle dommer

4.2 Sentrale dommer fra Høyesterett

4.2.1 Rt. 2010 s. 1381, *Runestein*

4.2.2 Rt. 2011 s. 1266, *Becker*

4.2.3 Rt. 2013 s. 1290, *NRK Brennpunkt*

4.2.4 Rt. 2015 s. 1286, *Rolfsen*

4.3 Oppsummering og konklusjon Høyesterettspraksis

4.4 Sentrale dommer fra EMD

4.4.1 *Financial Times Ltd and Others v. the United Kingdom* (2009)

4.4.2 *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands* (2010)

4.4.3 *Nagla v. Latvia* (2013)

4.4.4 *Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxembourg* (2013)

4.4.5 *Becker v. Norway* (2017)

4.4.6 *Gîrleanu v. Romania* (2018)

4.4.7 *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom* (2021)

4.5 Oppsummering og konklusjon

5. Systematisk gjennomgang av sentrale momenter

5.1 Gjelder materialet spørsmål av offentlig interesse?

5.2 Chilling effect

5.3 Krav til kilden

5.4 Krav til journalisten

5.5 Nasjonal sikkerhet

5.6 Særlig om bulkinnsamling og masseovervåkning av data

6. Avsluttende bemerkninger

7. Kilder

1. Innledning

1.1 Tema, aktualitet og hovedproblemstilling

Opgavens overordnede tema er pressens rettslige kildevern. Kildevernet gir pressens representanter en rett til å forholde seg taus om identiteten til anonyme kilder.¹ Pressens kildevern er i nasjonal rett regulert i straffeprosessloven² § 125 tredje ledd og tvisteloven³ § 22-11 andre ledd. Pressens kildevern har en konstitusjonell forankring i Grunnloven⁴ § 100, og er menneskerettslig forankret i EMK⁵ artikkel 10 og SP⁶ artikkel 19. Retten til kildevernet er ikke absolutt. Det kan gjøres unntak ved tunge motstridende samfunnsinteresser både etter Grl. EMK og SP.

EMD⁷ har ved flere anledninger uttalt at pressens samfunnsoppdrag er å gi nøyaktig og pålitelig informasjon, av allmenn offentlig interesse.⁸ EMD og Høyesterett har i flerfoldige avgjørelser påpekt at beskyttelse av journalistiske kilder er en av hjørnesteinene i pressefriheten.⁹ Uten en slik beskyttelse vil kilder avstå fra å bistå pressen med å informere om temaer som er av offentlig interesse.¹⁰ Terskelen for å fravike kildevernet må derfor i utgangspunktet anses høy.

Det skapte derfor umiddelbart noe debatt da Stortinget vedtok ny Lov 19. Juni 2020 nr. 77 (Etterretningstjenesteloven) som på noen punkter anses å utfordre prinsippene om pressens kildevern.¹¹ Deler av den nye loven ble utsatt som følge av EU-dommene *Privacy International v. UK* og *La Quadrature du Net and Others*, som begge ble avsagt 6. oktober

¹ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen 2009, s. 11-12.

² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker, heretter «strpl.».

³ Lov 17. Juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister, heretter «tvil.».

⁴ Lov 17. Mai 1814 Kongeriketets Norges Grunnlov, heretter «Grunnloven».

⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vedtatt 4 november 1950, heretter «EMK»

⁶ International Covenant on Civil and Political rights vedtatt 16 desember 1966, heretter «SP»

⁷ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, heretter «EMD».

⁸ Se bl.a. EMDs dom 15.12.2009, *Financial Times Ltd. And others vs. the U.K.*, avs. 59.

⁹ Se bl.a. EMDs dom 08.12.2015, *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark* avs. 10-11 og EMDs dom 11.07.2002 *Goodwin v. the United Kingdom* avs. 39. Se bl.a. Rt. 2011 s. 1266 avs. 44 jf. 59 og Rt. 2013 s. 1290 avs. 29.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Se f.eks. <https://rett24.no/articles/derfor-skaper-eu-dommen-trobbel-for-e-tjenesteloven> (18.11.2021)

2020.¹² Etter EMDs behandling av *Big Brother Watch*-saken, ble denne problematikken enda mer aktuell.¹³

Hovedproblemstillingen er å undersøke hvor sterkt pressens kildevern er i typiske etterretningstilfeller. Fokuset i analysen vil være Grunnloven, internasjonale menneskerettskonvensjoner og internrettslige rammer for kildevernet. Hovedfokuset vil rettes mot EMK art. 10, da dette rettslige grunnlaget synes å gi det sterkeste vernet. Praksis fra norsk Høyesterett vil også behandles, på grunn av viktige tolkningsbidrag i typiske etterretningstilfeller.

1.2 Begrepsavklaringer

Det vil innledningsvis avklares noen sentrale begreper som vil bli brukt i oppgaven, fordi samtlige av dem tillegges ulik betydning i andre kontekster.

Begrepet «kildevern» vil i denne oppgaven brukes for å omtale det rettslige kildevernet, se punkt 3. Andre former for kildevern, f.eks. journalisters evne og vilje til å beskytte kildene sine uavhengig av rettslige reguleringer, behandles ikke.

«Journalist» vil brukes som en samlebetegnelse for personer i media som kan påberope seg kildevernet (se over).

Begrepet «kilde» kan ha ulike betydninger. I oppgaven brukes samme definisjon som EMD; enhver person som gir informasjon til en journalist, med mindre annet spesifisert.¹⁴

Begrepet «chilling-effect» (eller nedkjølingseffekt) brukes i oppgaven for å beskrive fenomenet når kilder avstår fra å meddele kildeinformasjon til journalist på grunn av frykt for at deres identitet skal bli avdekket eller offentliggjort.

1.3 Bakgrunn og aktualitet

1.3.1 Kildevern og hensyn bak

¹² <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/fd/pressemeldinger/2020/elovkap7og8/id2784463/> (24.11.21)

¹³ Se EMDs dom 25.05.2021, *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*.

¹⁴ Se EMDs dom 18.04.2013, *Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxembourg*, avs. 50.

Journalisters rett til kildevern er et unntak fra prinsippet om fri bevisføring, samt den allmenne forklarings- og bevisplikten, som oppstiller begrensninger i bevisadgangen.¹⁵ Bevisfritaket gjelder opplysninger om kildens identitet. Bevisfritaket gjelder under forutsetning at informasjonen betros av en kilde til en journalist i deres virksomhet.

Dette innebærer i praksis at pressefolk ikke behøver å opplyse retten om hvem som er deres anonyme kilder. Kildevernet gir bare beskyttelse av den fortrolige relasjonen mellom kildene og presse. Selve innholdet i informasjonen gis ikke vern. Kildevernet gjelder uavhengig av om kilden har oppsøkt pressen, eller pressen har oppsøkt kilden. Det er viktig å understreke at bevisfritaket er relativt, og at retten i enkelte tilfeller, innenfor visse rammer kan pålegge bevisplikt.¹⁶

Kildevernreglene er blant annet begrunnet i ønsket om å ha en arena for fri og åpen kommunikasjon.¹⁷ Overordnet sett er et velfungerende demokrati avhengig av en presse som er både fri og uavhengig.¹⁸ Kildevernreglene muliggjør slik sentral informasjonsformidling mellom kilde og journalist. EMD har i flere avgjørelser understreket pressens uunnværlige rolle i et demokratisk samfunn, ved forpliktelsen til å meddele opplysninger om saker av offentlig interesse.¹⁹

Journalister er avhengige av kildevern for å kunne oppfylle sitt samfunnsoppdrag. Uten et slikt vern ville kilder vært mer tilbakeholdne med å videreformidle informasjon av offentlig interesse. Tillitsforholdet kildevernet krever er nødvendig for å motvirke en chilling-effect på informasjonsformidlingen. Kildevernets beskytter i hovedsak samfunnets interesse i fri formidling av nyheter og synspunkter, og ikke kilden som sådan.²⁰

1.3.2 Ny etterretningstjenestelov

Lov av 19. Juni 2020 nr. 77, lov om etterretningstjenesten (heretter etterretningstjenesteloven) skapte før den delvis trådte i kraft 01.01.2021 flere debatter. De mest kontroversielle kapitlene

¹⁵ Ina Lindahl, *Massemedias kildevern*, Bergen 2009, s. 11.

¹⁶ Ina Lindahl, *Massemedias kildevern*, Bergen 2009, s. 12–14.

¹⁷ Innst. O. Nr. 270 (2003–2004) s. 64.

¹⁸ Ina Lindahl, *Massemedias kildevern*, Bergen 2009, s. 55–56.

¹⁹ Se bl.a. EMDs dom 29.03.2016 *Bedat v. Switzerland* avs. 50 flg.

²⁰ Se EMDs dom 05.10.2017 *Becker v. Norway* avs. 29.

i loven, kap. 7 og 8 om innhenting av tilrettelagt grenseoverskridende informasjon var blant temaene i debattene.

De aktuelle kapitlene ble utsatt som følge av EU-dommene *Privacy International v. UK* og *La Quadrature du Net and Others*. Kapitlene trer derimot i kraft 1. januar 2022, med unntak av § 7-3.²¹ Dommene fra EU-domstolen bygger på Charter of Fundamental Rights som ikke er ratifisert av den norske stat. Dommene er derfor ikke bindende for Norge. På den annen side har Norge gjennom EØS-avtalen forpliktet seg til at EØS-retten tolkes konformt med EU-lovgivningen.²² EFTA-domstolen vil derfor strekke seg langt for å komme til samme resultater som EU-domstolen. Utgangspunktet etter statsuverenitetsprinsippet må altså avveies opp mot prinsippet om en EU-konform tolkning. Dette reiser svært prinsipielle og til nå uavklarte rettslige problemstillinger om EU-dommenes rekkevidde i norsk rett. EFTA-domstolen har imidlertid lenge sluppet å ta direkte stilling til dette, da det ofte finnes parallelle rettigheter i EMK som strekker seg like langt som rettighetene i Charteret.

Norge er som kjent bundet av EMK, og praksis fra EMD. EMDs dom *Big Brother Watch*-saken, som langt på vei er parallell med EU-dommene, gjør at problemstillingen ikke kommer så på spissen som den kunne gjort. I denne oppgaven vil det fokuseres på EMK-retten, som er direkte bindende for Norge, og den omtalte *Big Brother Watch*-saken.

Den nye etterretningstjenesteloven er interessant i et menneskerettslig perspektiv på flere vis. Etterretningstjenesteloven oppstiller blant annet en unntakshjemmel for kildevern etter EMK art. 10 i § 9-6 andre ledd. Risikoen for å oppnå en uønsket chilling-effect var en av temaene som skapte debatt før loven trådte i kraft. Dette inviterer til spørsmål i hvor stor grad det menneskerettslige vernet er ivaretatt etter EMK art. 10.

1.4 Metode

Oppgaven er en rettsdogmatisk analyse. Hovedformålet vil være å gi en systematisk fremstilling av gjeldende rett.²³ Begrepet gjeldende rett er noe omstridt, men vil likevel

²¹ jf. Etterretningstjenesteloven § 12-1.

²² Halvard Haukeland Fredriksen, «EU-rett som norsk rettskilde» i *Juridisk metode og tenkemåte*, 2020, s. 386-418

²³ Se f.eks. Bernt, Jan Fridthjof, ”Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren”, i *Nybrott og Odling Festskriv til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. April 2002*, 2002, s. 259-272 (s. 263).

brukes fordi det er vanlig praksis å bruke begrepet. Rettsdogmatisk metode, også kjent som vanlig juridisk metode vil ikke behandles nærmere, da hovedtrekkene i den er godt kjent.²⁴

Hva gjelder hovedtrekkene i EMDs metode, er denne også etterhvert godt beskrevet.²⁵

Metodeutfordringer fra EMD, eksempelvis at noen dommer kun skrives på fransk, vil derfor ikke behandles videre.

EMK er inkorporert i norsk rett, som innebærer at konvensjonen er en del av norsk rett.²⁶ Ved eventuell motstrid skal EMK gå foran annen lovgivning som ikke har grunnlovs rang. EMK artikkel 10 skal tolkes i lys av EMDs praksis. Høyesterett har uttalt at norske domstoler i all hovedsak skal bruke «samme metode som EMD».²⁷

SP er inkorporert i norsk rett, og skal på samme måte som EMK gå foran annen lovgivning.²⁸ FNs menneskerettighetskomite er den autorative fortolker av SP. Høyesterett har uttalt at komiteens praksis skal legges «betydelig vekt» som rettskilde. Oppgaven er oppdatert på praksis fra autorative domstoler frem til 30. oktober 2021.

1.5 Avgrensninger

Oppgaven begrenser seg til å kort behandle bestemmelser om hvem som kan påberope bevisfritak, og hvilke opplysninger som er beskyttet under kildevernet. De siste ti årene har det skjedd en betydelig utvikling i rettspraksis. Nyere rettspraksis vil av den grunn prioriteres over en gjennomgang av eldre praksis, som nå i større grad bare belyser den rettsutvikling som har skjedd.

De konstitusjonelle og konvensjonsbaserte rammer bygger på Grl., EMK og SP.

Hovedfokuset i oppgaven er på EMK art. 10. Dette er valgt fordi artikkel 10 har det rettslige kildevernet som er mest utviklet, og går lengst. Grl. § 100 tolkes allerede i lys av rettspraksis fra EMD. EMK art. 10 vil prioriteres over SP art. 19, fordi ordlyden i art. 19 ikke er like

²⁴ Se f.eks. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019 s. 593, Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og retts-anvendelse*, Oslo 2018 s. 18-20, Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 23 og Erik Magnus Boe, *Grunnleggende juridisk metode- En introduksjon til rett og rettstenking*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 105

²⁵ Se f.eks. Stig Harald Solheim, «Rettsanvendelsen på EMK-rettens område» i *Juridisk metode og tenkemåte*, 2020, s. 360-384

²⁶ jf. Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven), 21.05.1999 nr. 30 (heretter mrl.) § 2 første ledd.

²⁷ Se Rt. 2005 s. 883 avs. 45

²⁸ Se mrl. § 2 tredje ledd jf. § 3.

konkretisert, og fordi det er mindre og ikke like velutviklet praksis fra FNs menneskerettskomite om art. 19. EMK art. 10 har derimot en velutviklet og mer nyansert praksis å vise til.

Det kan argumenteres for at bestemmelsenes lignende oppbygging og likelydende vilkår for å tillate inngrep i ytringsfriheten gjør at rettspraksis etter EMK art. 10 har overføringsverdi ved forståelsen av SP art. 19.²⁹ Tvisteloven og straffeprosesslovens bestemmelser om kildevern vil behandles for å vise helhetsbildet, men vil ikke bli grundigere behandlet pga. oppgavens problemstilling.

Prosessuelle regler dersom pressefolk nekter å oppgi kildens identitet i rettergang rundt sanksjonsmidler m.m. vil ikke bli behandlet, fordi det faller utenfor oppgavens problemstilling. Pressens internetiske (Vær Varsom) regler vil heller ikke bli behandlet. Oppgaven begrenser seg til å behandle rettslig kildevern i Norge, herunder utenlandske journalister som opererer i Norge for norske medier.

Oppgaven vil være en systematisk gjennomgang av pressens rettslige kildevern i lys av ny etterretningstjenestelov. Oppgaven vil ikke være en fullstendig analyse av rettsbildet knyttet til pressens kildevern eller uttømmende for alle typer etterretningstilfeller.

1.6 Videre fremstilling

I punkt 2 vil det gjøres rede for de konstitusjonelle og menneskerettslige rammene for kildevernet. Rollen Grunnloven § 100 har i kildevernsspørsmål vil først bli behandlet i punkt 2.1. I punkt 2.2 vil Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen presenteres og behandles, herunder systematikk i punkt 2.2.1 og SP art. 19s rolle i punkt 2.2.5.

I punkt 3 vil de tradisjonelle internrettslige rammene for kildevern presenteres. I punkt 3.1 vil tvl. § 22-11 andre ledd og strpl. § 125 tredje ledd presenteres. I punkt 3.2 vil Etterretningstjenesten og etterretningstjenesteloven presenteres, heretter bakgrunn for ny lov i 3.2.1. Punktene 3.2.5-3.2.7 behandler spesifikke bestemmelser i etterretningstjenesteloven, herunder forbudet mot å innhente informasjon etter § 4-1, innhentingsmetodene etter kapittel

²⁹ NOU 1999:27 Ytringsfrihetskommisjonen, særskilt vedlegg Del II kap. 3.1

6, behandling av personopplysninger etter innhenting etter kapittel 9 og behandling av kildeidentifiserende materiale etter § 9-6.

I punkt 4 vil kildevernet i menneskerettslig rettspraksis presenteres. Bakgrunn for valg av aktuelle dommer vil presenteres i punkt 4.1. I punkt 4.2 vil sentrale dommer fra Høyesterett presenteres. I punkt 4.4 vil sentrale dommer fra EMD presenteres. Punkt 4.5 vil gi en oppsummering og konklusjon av utvalgt praksis fra EMD og Høyesterett.

Punkt 5 vil være en avveining mellom interessene oppstilt i rettspraksis fra punkt 4. Det overordnede punktet vil være om materialet gjaldt spørsmål av offentlig interesse, se punkt 5.1. Interessene som blir behandlet er blant annet chilling effect i punkt 5.2, og nasjonal sikkerhet punkt 5.5.

2. Konstitusjonelle og menneskerettslige rammer for kildevernet

2.1 Grunnloven § 100

Grunnloven § 100 er etter lex superior-prinsippet den høyeste rettskilden innenfor ytringsfrihetsbestemmelsene. Kildevernet fremgår ikke direkte av lovteksten, men det er likevel sikker rett at kildevernet er en del av den grunnlovfestede ytringsfriheten.³⁰

Grunnloven § 92 oppstiller en plikt for den norske stat å respektere og sikre menneskerettighetene slik det følger av Grunnloven og i Norges bindende traktater om menneskerettigheter. Det er i norsk nasjonal praksis påpekt at det først og fremst er Høyesterett selv, og ikke internasjonale håndhevingsorganer som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.³¹ Dette utelukker likevel ikke at enkelte bestemmelser tolkes i lys av parallelle menneskerettsbestemmelser i internasjonale konvensjoner.

For denne bestemmelsen er det tydelig at tolkningen av Grunnloven § 100 i utgangspunktet er selvstendig. Høyesterett har likevel tolket bestemmelsen i lys av EMDs rettspraksis fordi Grunnloven § 100 siden 2014 er sterkt inspirert av både EMK art. 10 og SP art. 19. I dette ligger at grunnlovsbestemmelsen er beskyttet av EMK art. 10 som et overnasjonalt regelsett.³²

³⁰ St. Meld. Nr. 26 (2003-2004) s. 33-34.

³¹ Rt. 2015 s. 93 avs. 57.

³² *Ibid.*

EMDs praksis er en svært praktisk rettskilde som favner bredt, og har stort saksomfang. EMDs tilnærming er prinsipiell, og gir derfor rettssetningene en større overføringsverdi til senere saker, enn hva som har vært tradisjon i tidligere mer sparsom praksis.³³ EMDs tolkning er dynamisk, og det er blant annet oppstilt et proporsjonalitetsprinsipp ved fortolkningen av EMK. Det må foreligge proporsjonalitet mellom samfunnets interesser og de inngrep som gjøres i privatpersoners rettigheter.³⁴ EMD har ellers gitt uttrykk for at nasjonale domstoler som utgangspunkt har en viss skjønnsmargin ved tolkningen av EMK. Som analysen nedenfor vil vise, er imidlertid skjønnsmarginen svært begrenset når det kommer til pressens kildevern.

2.2 Inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner med forrang

2.2.1 Systematikk i EMK art. 10 og fremgangsmåte i EMD

Det følgende avsnittet vil ta for seg systematikken i EMK art. 10 og fremgangsmetoden EMD anvender når artikkel 10 i EMK påstås krenket i relasjon til kildevernet.

Når EMD skal vurdere om det har skjedd et konvensjonsstridig inngrep i en artikkel er det flere forhold som må vurderes. Det første er om artikkel 10 dekker forholdet av den aktuelle konvensjonsbestemmelsen. Videre må EMD ta stilling til om måten staten har handlet på utgjør et inngrep i konvensjonsrettigheten. Dersom handlemåten utgjør et inngrep må inngrepet ha hjemmel i lov, ha konvensjonens anerkjente formål, og anses nødvendig basert på en proporsjonalitetsvurdering.³⁵

EMD har fastslått at statene selv har en skjønnsmargin ved inngrep og sikring av rettigheter. Det understrekes likevel at EMD har siste ord. Skjønnsmarginen innebærer at EMD vil tillegge statens egne vurderinger av gjennomføring vekt, i større eller mindre grad. Vekten som vil tillegges av EMD avhenger av en rekke variabler, herunder f.eks. inngrepets styrke eller kvaliteten på nasjonale myndigheters vurdering av konvensjonsmessigheten av inngrepet. Videre vil skjønnsmarginen innsnevres dersom begrensningen er utført på en uforholdsmessig eller diskriminerende måte. Formålet med inngrepet spiller en sentral rolle, herunder om inngrepet begrunnes i statens vitale interesser.³⁶ Den vitale interessen «nasjonal sikkerhet» vil spesielt gjelde i slike tilfeller, og er svært aktuelt i kildevern i

³³ Kierulf, Anine, "Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?" i *Lov og Rett*, Oslo 2012, 03/2012 (Volum 51) s. 149.

³⁴ Høgberg, Benedikte Moltumyr, «'Nye' Grunnloven § 100», *Lov og Rett*, 2006 s. 464.

³⁵ Jf. bl.a. EMDs dom 25.03.2003, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, avs. 47 flg.

³⁶ Jørgen Aall, *Rettstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Oslo 2018, s. 154-157

etterretningstilfeller. Norge vil i mange saker aktuelle for oppgavens problemstilling derfor ha en sterk prøvningsintensitet for inngrep i artikkel 10.

2.2.2 Retten til ytringsfrihet etter EMK art. 10

Punktet vil ta for seg retten til ytringsfrihet etter EMK artikkel 10.³⁷ EMK art. 10 første ledd slår fast at «enhver» har rett til ytringsfrihet, herunder retten til å ha meninger, samt motta og meddele opplysninger. Ytringsfriheten er ikke absolutt, og kan komme i konflikt med mer tungtveiende interesser som tilsier unntak. Staten kan etter andre ledd begrense ytringsfriheten, i de tilfellene det skjer for å oppfylle et konkret formål, inngrepet har hjemmel i lov, og det er nødvendig i et demokratisk samfunn.³⁸ Hensynene som kan begrunne et slikt inngrep må være knyttet til blant annet nasjonal sikkerhet, offentlig trygghet eller for å forebygge kriminalitet.³⁹ Dette er hensyn som gjør seg spesielt gjeldende i kildevernssaker i etterretningstilfeller.

Det ble i EMDs plenumssak *Goodwin v. United Kingdom*⁴⁰ fra 1996 lagt til grunn, uten nærmere diskusjon at massemedias kildevern er beskyttet av EMK artikkel 10 første ledd.⁴¹ Kildevernet etter EMK artikkel 10 vil behandles i neste punkt.

2.2.3 Retten til kildevern etter EMK art. 10

Avsnittet vil ta for seg retten til kildevern etter EMK art. 10. I pionerdommene *Goodwin v. United Kingdom* (1996) og *Nordisk Film & TV v. Denmark* (2005) ble det slått fast at rettslig beskyttelse av journalisters kilder er et grunnleggende element for pressefriheten, og journalisters bidrag til å måtte avsløre anonyme kilder kan skape en chilling effect.⁴²

I *Financial Times* (2009) starter et skille hvor EMD uttaler i avsnitt 10 at slike tilfeller vil skape en chilling effect.⁴³ Dette prinsippet har gjennom senere dommer blitt videreutviklet betydelig, se senere drøftelse.

³⁷ mrl. § 3 jf. § 2.

³⁸ Prop. 31 L (2019-2020) punkt 4.3

³⁹ EMK art. 10 andre ledd

⁴⁰ EMDs dom 11.07.2002 *Goodwin v. the United Kingdom*

⁴¹ Ina Lindahl, *Massemedias kildevern*, Bergen 2009, s. 39

⁴² EMDs dom 11.07.2002, *Goodwin v. the United Kingdom*, avs. 39 og 08.12.2005, *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*, s. 10.

⁴³ EMDs dom 15.12.2009, *Financial Times and Others v. the United Kingdom* avs. 70.

Etter kildevernets beskyttelse ble slått fast i *Goodwin* fra 1996,⁴⁴ er dette senere understreket i en rekke dommer.⁴⁵ Domstolen uttalte i avsnitt 39 at å beskytte journalistiske kilder er en grunnforutsetning for pressefrihet, og uten et slikt vern vil informasjon av offentlig interesse kunne tørke inn. Formålet tilsier at personkretsen som er vernet er vid, og av samme grunn er hvilket media som er benyttet heller ikke avgjørende.⁴⁶

Kildevernet skal etter EMK art. 10 beskytte samfunnets interesse i fri formidling av nyheter og synspunkter, og ikke selve kilden.⁴⁷ Kildevernet beskytter som hovedregel *identiteten* til kilden, ikke informasjonen kilden formidler til en representant gitt av massemedia.⁴⁸ Vernet omfatter informasjon som er egnet til å avdekke vedkommende identitet, som f.eks. navn, adresse, telefonnummer og lignende.⁴⁹

2.2.4 Vilkår og terskel for inngrep i kildevernet etter EMK art. 10

Det følgende avsnittet vil ta for seg vilkår for inngrep i kildevernet etter EMK art. 10. Hva gjelder vilkår og terskel for inngrep i artikkel 10 er *Goodwin*-saken (1996) en sentral prejudikatavgjørelse. Avgjørelsen, og senere presiseringer i EMDs praksis, viser hvordan massemedias kildevern er beskyttet av EMK art. 10 første ledd. Dette er senere bekreftet av både EMD⁵⁰ og Høyesterett.⁵¹

EMD oppstiller krav til at den nasjonale loven må være formulert så presist at personer som trenger juridisk bistand til en viss grad skal kunne forutse konsekvensene av sine handlinger. Dette lov- og klarhetskravet skal gi enkeltindivider en tilstrekkelig beskyttelse mot vilkårlige inngrep.⁵² Det er tilstrekkelig at inngrepet sikter mot enten ett, eller flere nevnte hensyn i artikkel 10 andre ledd. Dette gjelder uavhengig av om det konkret fremmer formålet.⁵³ I *Goodwin*-saken, som senere er fulgt opp i praksis en rekke ganger⁵⁴ var det ubestridt at å

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Se bl.a. EMDs dom *Sanoma Uitgevers v. The Netherlands*, avs. 51, og *Becker v. Norway*, avs. 65.

⁴⁶ Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002, s.304.

⁴⁷ Se EMDs dom 05.10.17, *Becker v. Norway*, avsnitt 29

⁴⁸ Med mindre dette er informasjon som kan lede til identifisering av kilden jf. *Basehoppssaken* Rt. 1997 s. 1734, s. 1735.

⁴⁹ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Oslo 2018, s. 304.

⁵⁰ I bl.a. EMDs dom 05.10.17, *Becker v. Norway*, avsnitt 25.

⁵¹ I bl.a. Rt. 2004 s. 1400 avsnitt 46.

⁵² Se *Goodwin v. the United Kingdom*, avs. 31.

⁵³ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen 2009, s. 43.

⁵⁴ Se f.eks. *Becker v. Norway* avs. 65 flg.

beskytte bedriftens interesser falt inn under formuleringen «to protect (...) rights».⁵⁵ EMD tok en generell vurdering av om inngrepet forfulgte *et tvingende samfunnsmessig behov*, om det var *proporsjonalt* i forhold til det legitime formålet med inngrepet, og om begrunnelsen for inngrepet var *relevant og tilstrekkelig*.

2.2.5 Kildevern etter SP art. 19

Avsnittet vil ta for seg den rettslige rammen for kildevern etter SP art. 19. Første ledd i bestemmelsen slår fast at enhver har rett til meningsfrihet uten inngrep. Andre ledd som fastslår at ytringsfriheten omfatter retten til å søke, motta og meddele opplysninger og ideer av alle slag. Tredje ledd gir adgang til unntak fra andre ledd etter visse formål, og er bygget opp tilnærmet likt som EMK art. 10. En vesentlig forskjell mellom bestemmelsene er imidlertid at praksis etter EMK art. 10 er langt mer omfattende og derfor mer velutviklet og nyansert enn etter SP art. 19. På bakgrunn av dette kan kildevernet etter SP art. 19 derfor ikke sies å være konkretisert gjennom praksis på tilnærmet samme vis som etter EMK art. 10. Det er imidlertid rimelig å anta at vernet etter SP vil bli tolket i lys av EDMs praksis, og strekker seg tilnærmet like langt.

3. Internrettslige rammer for kildevern

3.1 Tvl. § 22-11 andre ledd og strpl. § 125 tredje ledd

Avsnittet vil ta for seg rammene som gis for kildevern etter tvl. § 22-11 og strpl. § 125. I nasjonal rett er kildevernet regulert i tvl. § 22-11 for sivile saker, og strpl. § 125 i straffesaker. Ordlyden i bestemmelsene er tilnærmet lik, og vil derfor behandles under ett.

Utgangspunktet etter strpl. § 125 første ledd og tvl. § 22-11 første ledd er å gi journalister en rett til å beskytte anonyme kilder. Bestemmelsene fritar fra vitneplikt, uten å oppstille bevisforbud. Dette innebærer bevisfritak for redaktører og andre om hvem som er forfatter til en artikkel, eller er kilden for opplysningene. Adgangen som gis til å nekte å gi ut opplysninger som gjelder kildens identitet, ikke de faktiske opplysningene gitt av kilden.⁵⁶

⁵⁵ Se *Goodwin v. the United Kingdom*, avs. 35-36.

⁵⁶ jf. Rt. 1995 s. 1166.

Bestemmelsene oppstiller både en generell og spesiell unntakshjemmel, samt en mellomløsning for domstolen.⁵⁷ Den generelle unntakshjemmelen fremgår av § 22-11 annet ledd annen setning og strpl. § 125 tredje ledd første setning. Bestemmelsene oppstiller to kumulative vilkår som må være oppfylt. For det første må «vektige samfunnsinteresser» tale for pålegg om bevisplikt. For det andre må opplysningen om kildens identitet være «av vesentlig betydning for sakens oppklaring».

Den spesielle unntakshjemmelen oppstiller en høyere terskel enn den generelle. Det kreves for det første at kilden har «avdekket forhold som var av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent».⁵⁸ For det andre kreves det at bevisplikt etter den spesielle unntakshjemmelen kun pålegges når det er «særlig påkrevd».

Vurdering av den spesielle unntakshjemmelen fordrer at vilkårene i den generelle unntaksbestemmelsen er oppfylt. Formålet med spesialbestemmelsen er at bevisplikt ikke nødvendigvis pålegges selv om vilkårene i den generelle unntaksbestemmelsen er oppfylt.⁵⁹ Den konkrete avveiningen er av lovgiver overlatt til domstolene, med bakgrunn i den enkelte saks omstendigheter.⁶⁰ Domstolen skal i slike tilfeller foreta en skjønnsmessig totalvurdering av de motstridende interessene i den konkrete situasjonen.⁶¹ Generelt er retten gitt til en vid kompetanse til å vurdere kildevernets rekkevidde.⁶² Mellomløsningen består i at navnet på kilden kun kan meddeles retten og partene i rettsmøte for lukkede dører og under pålegg om taushetsplikt.⁶³

Oppgaven vil videre ta for seg den etterretningsrettslige delen av de rettslige rammene, ved etterretningstjenesten og etterretningstjenesteloven.

3.2 Etterretningstjenesten og etterretningstjenesteloven

3.2.1 Bakgrunn for 2021-loven

Dette avsnittet vil kort ta for seg bakgrunnen for ny etterretningstjenestelov.

Etterretningstjenesteloven av 2021 erstatter loven fra 1998. Siden slutten av 90-tallet har

⁵⁷ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen 2009, s. 30-31.

⁵⁸ jf. tvl. § 22-11 annet ledd annen setning og strpl. § 125 tredje ledd annen setning.

⁵⁹ NOU 1988:2 s. 20.

⁶⁰ Ot. prp. nr. 55 (1997–1998) s. 24.

⁶¹ Rt. 1992 s. 30 avs. 49.

⁶² Rt. 1992 s. 39 avs. 48.

⁶³ tvl. § 22-12 og strpl. § 125 fjerde ledd.

utviklingen i samfunnet påvirket anvendelsesområdet for loven betraktelig. Dette innebærer, sett i lys av 1998-loven en «ny» arena som er sårbar for angrep i form av digitale trusler.

Utenom den generelle samfunnsutviklingen har også terrorbildet endret seg. Slik det fremgår av PSTs Nasjonale trusselvurdering 2021 og Etterretningstjenestens rapport Fokus 2021, er noen av dagens trusler mot Norge blant annet økt terrortrusel fra høyreekstreme og ekstreme islamister, digitale trusler, stormaktrivalisering og en økning i trusler mot myndighetspersoner som følge av misnøye med Covid-19-tiltak.⁶⁴

Videre vil oppgaven introdusere kort hvem etterretningstjenesten er, og deretter presentere noen hovedlinjer i etterretningstjenesteloven.

3.2.2 Etterretningstjenesten

Avsnittet vil kort presentere etterretningstjenesten. Etterretningstjenesten, også kjent som E-tjenesten er Norges utenlands etterretningstjeneste. Etterretningstjenesten har både sivile og militære arbeidsoppgaver. Hovedoppgavene består i å varsle om ytre trusler mot Norge, prioritere norske interesser, støtte Forsvaret og forsvarsallianser Norge deltar i. I tillegg undersøkes/støttes politiske beslutningsprosesser med informasjon av spesiell interesse for norsk utenriks, sikkerhets- og forsvarspolitik.⁶⁵

Etterretningstjenesten er underlagt Forsvaret og dermed forsvarsjefens kommando.⁶⁶

Forsvarsdepartementet styrer og kontrollerer etterretningstjenesten gjennom forsvarssjefen, så fremst ikke annet er fastsatt i lov.⁶⁷ Sentralt for konteksten er arbeidsmetoden etter etterretningstjenesteloven § 2-5 om saker som skal forelegges departementet for beslutning. Dette gjelder for etablering av samarbeid og avtaler med utenlandske/internasjonale organisasjoner, iverksettelse av særskilte etterretningsoperasjoner som kan reise politiske problemstillinger, og andre «særlige» viktige saker, som derfor kan være vesentlige for ivaretagelse av sikkerhetshensyn, og derfor utfordre hensynet til kildevernet.

⁶⁴ Se PST Nasjonal trusselvurdering 2021 s. 2-3 og Etterretningstjenesten Fokus 2021 s. 5-6.

⁶⁵ PST Nasjonal trusselvurdering 2021 s. 1.

⁶⁶ Etterretningstjenesteloven § 2-1.

⁶⁷ Etterretningstjenesteloven § 2-3.

3.2.3 Etterretningstjenesteloven

Det skal her kort redegjøres for sentrale bestemmelser og kapitler fra etterretningstjenesteloven som er relevante for oppgavens problemstilling.

Etterretningstjenestelovens § 4-1 gir et generelt vern av kilder ved å oppstille et forbud mot å innhente informasjon fra personer i Norge.⁶⁸ Forbudet er knyttet til innhentingsmetodene etter lovens kapittel 6 om metoder for innhenting av informasjon som kan medføre inngrep overfor den enkelte. Det avgjørende for om bestemmelsen skal brukes, er om innhenting skjer etter kapittel 6.

Kapittel 6 gir rammer for e-tjenestens inngrep. Hensikten er å gi klarere rettslige rammer for e-tjenestens bruk av inngripende metoder av hensyn til kravet i menneskerettighetene, som inngrep i kildevernet vil være.⁶⁹

Paragraf 9-6 gir et spesielt vern. Det ytterligere vernets begrunnelse er å motvirke risikoen for å skade aktuelle yrkesgrupper, herunder journalister fra å gjøre sine samfunnsoppdrag, samtidig som det ikke var ønske om å oppstille et absolutt forbud.⁷⁰

3.2.4 Forbudet mot å innhente informasjon i Norge etter § 4-1

Delkapittelet skal ta for seg e-tjenestens forbud mot å innhente informasjon i Norge etter § 4-1, sett opp mot kildevernet. Etterretningstjenesteloven § 4-1 første ledd oppstiller et forbud mot innhenting av informasjon som kan medføre inngrep overfor den enkelte, jf. kap. 6. Kapittel 6 i etterretningstjenesteloven skal gi klare rettslige rammer for de inngripende metodene etterretningstjenesten bruker, av hensyn til det menneskerettslige lovkravet.⁷¹ Bestemmelsen må sees i sammenheng med § 9-6 som går videre i å verne kilder i journalistisk sammenheng.

Paragraf 4-1 andre ledd regulerer en praktisk problemstilling som kan oppstå hvor det er tvil om en person er i Norge, eller i utlandet. Dette er en sentral problemstilling i kildevernsaker. I slike situasjoner har Etterretningstjenesten ansvaret for å avklare forholdet. I avklaringen av

⁶⁸ Prop. 80 L (2019-2020) Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 50.

⁶⁹ Prop. 80 L (2019-2020), Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 77.

⁷⁰ Prop. 80 L (2019-2020) Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 159.

⁷¹ *Ibid.*

forholdet er det begrensninger i hvilken informasjon Etterretningstjenesten kan bruke. Det kan kun brukes informasjon fra norske myndigheter, utenlandske samarbeidspartnere, åpne kilder, egen innhenting i utlandet, informasjon allerede i besittelse eller informasjon innhentet fra nevnte kilder på området. Det kreves sannsynlighetsovervekt om at vedkommende er i utlandet før informasjonen kan innhentes. Etterretningstjenesten må legge det faktum som fremstår som mest sannsynlig legges til grunn. Det anses ikke tilstrekkelig å kun søke å avdekke om hvor vedkommende er, uten å kunne fastslå sannsynlighetsovervekt den ene eller andre veien.⁷²

Lovgivers intensjon tilsier at selv om informasjonsgrunlaget per definisjon er begrenset, er likevel måtene informasjonen kan komme til på vide. Et slikt system krever høy tillit til Etterretningstjenesten fra befolkningen. Problemstillingen møtes fra lovgivers side ved å kreve sannsynlighetsovervekt.

3.2.5 Hvilke metoder for innhenting kan medføre inngrep i kildevernet?

Kapitlet skal ta for seg kapittel 6 i etterretningstjenesteloven som regulerer hvilke metoder som kan medføre et inngrep overfor den enkelte. Formålet med kapittel 6 i etterretningstjenesteloven er å gi klarere rettslige rammer for e-tjenestens bruk av inngripende metoder av hensyn til det menneskerettslige lovkravet.⁷³ Bestemmelsene i kapittel 6 er teknologinøytrale, begrunnet i e-tjenestens behov for de mest avanserte tekniske løsningene for å kunne arbeide effektivt nok.⁷⁴

Kapittel 6 i etterretningstjenesteloven gir en rekke hjemler til å innhente informasjon, i teorien kan de fleste hjemlene være aktuelle, hjemlene som i praksis er mest relevant for problemstillingen blir behandlet.

Etterretningstjenesten gis hjemmel i § 6-6 til å gjennomføre bolig, rom, eller annet oppbevaringssted for å finne informasjon eller gjenstander. Denne metoden brukes ofte i kombinasjon med endepunktinnhenting etter § 6-10, eller annen innhenting med tekniske midler f.eks. kopiering eller avbildning etter § 6-8. Hjemmelen gir adgang til å gjennomføre

⁷² Prop.80 L (2019-2020), Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 200-201.

⁷³ Prop.80 L (2019-2020), Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 77.

⁷⁴ Prop.80 L (2019-2020), Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 96.

bolig, rom eller annet oppbevaringssted.⁷⁵ Dette er sentralt fordi det kan åpne for å gjennomføre steder hvor journalistisk kildemateriale oppbevares.

E-tjenesten kan tilegne seg gjenstander som har relevans for etterretningsmål, f.eks. et dokument eller en lagringsenhet jf. annet punktum. Etter tredje punktum kan gjennomføring av sted som ikke er tilgjengelig for alle, bare gjennomføres dersom det er «strengt nødvendig».

Det kreves en sterkere interesseovervekt for å bruke metoden enn hva som ellers følger av § 5-4.⁷⁶ Hvor konkret terskelen for denne vurderingen er, skaper usikkerhet som heller ikke enda er avklart i norsk rettspraksis. I EMDs dom *Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxembourg*, slås det fast at ransakelse av en journalists arbeidssted i praksis vil muliggjøre avdekking av all dokumentasjon journalisten innehar.⁷⁷ EMD uttaler at det er nok at det er sannsynlig at det kan identifisere en journalistisk kilde.⁷⁸

3.2.6 Behandling av personopplysninger etter innhenting

Delkapittel 3.2.6 skal ta for seg kapittel 9 i etterretningstjenesteloven om behandling av personopplysning etter innhenting.⁷⁹ Kapittel 9 i etterretningstjenesteloven vil behandle fordi det danner sentrale rammer for e-tjenestens behandling av opplysninger som er omfattet av journalisters kildevern.

Behandlingsgrunnlaget for e-tjenestens behandling av personopplysninger fremgår av § 9-2. Kjernen i bestemmelsen er at e-tjenesten kan behandle personopplysninger når det er *nødvendig* for etterretningsformål.⁸⁰ Det oppstilles to vilkår for en slik behandling jf. § 9-1. Det må for det første være krav om et etterretningsformål, og for det andre stilles det krav til nødvendighet. I dette ligger at både opplysningene og behandlingsformen må være nødvendig for å oppnå formålet. Opplysningene må være både adekvate og relevante for formålet.

⁷⁵ Prop.80 L (2019-2020), Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 210-211.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ EMDs dom, 18.04.2013, *Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxembourg*, avs. 52.

⁷⁸ EMDs dom, 18.04.2013, *Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxembourg*, avs. 54.

⁷⁹ Prop.80 L (2019-2020), Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 147.

⁸⁰ *Ibid.*

Dette innebærer at opplysningene må ha nær og naturlig sammenheng med behandlingsformålet, og må være egnet til å oppnå formålet.⁸¹

Bestemmelsen må leses i sammenheng med § 9-8 om sletting. Opplysningene skal slettes dersom det ikke lenger er nødvendig for formålet med behandling. Oppgavene etterretningstjenesten har som følge av kapittel 3 i loven danner rammen for hva e-tjenesten kan behandle av personopplysninger. Det stilles som utgangspunkt ingen begrensninger i hvem e-tjenesten kan behandle personopplysninger om. Dette innebærer i praksis at det ikke er forbud mot å behandle personopplysninger om personer i Norge.⁸² Bestemmelsen får betydning for behandling av opplysninger som er omfattet av kildevernet fordi det oppstiller kravene til behandlingsgrunlaget til e-tjenesten.

Etterretningstjenestens behandling av fortrolig kommunikasjon med særlige yrkesutøvere er regulert i § 9-5. Yrkesutøverne som vernes av bestemmelsen, er ofte også vernet av forbudet i § 4-1.⁸³ Paragraf 9-5 gir sterkere vern enn § 4-1. Det ytterligere vernet er begrunnet i hensynet til å motvirke chilling effect på pressens kildetilfang, som igjen vil ha chilling effect på demokratiet. Det understrekes også at det er «klart» at det ikke skal oppstilles et absolutt forbud.⁸⁴

Første ledd forbyr e-tjenesten å behandle informasjon som er betrodd særlige yrkesutøvere jf. strpl. § 119 og tvl. § 22-5. Det stilles krav til at enten yrkesutøveren, eller «den som betror seg», enten er norsk statsborger eller er bosatt i Norge. Bakgrunnen for bestemmelsen bygger på de spesielle relasjonene som foreligger mellom partene i slike tilfeller, bygget på konfidensialitet.⁸⁵ Andre ledd åpner for at det kan gjøres unntak fra hovedregelen oppstilt i første ledd, dersom hensynene som begrunner vernet av fortrolig kommunikasjon må vike for nasjonale sikkerhetsinteresser. Nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingene som må tas i det enkelte tilfellet vil avhenge av hvilken type taushetsbelagt kommunikasjon det er snakk om.

I nødvendighetskravet ligger at det må være strengt nødvendig å behandle informasjon for å bidra til å løse en, eller flere av e-tjenestens oppgaver etter kapittel 3 i loven. I saker om

⁸¹ Prop. 80 L (2019-2020), Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 222-223.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Prop. 80 L (2019-2020), Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 159.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Prop. 80 L (2019-2020), Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven), s. 224.

kommunikasjon som nyter et sterkt menneskerettslig vern, som f.eks. journalisters kildevern må formålet med behandlingen normalt være knyttet til forhold av alvorlig karakter som ligger innenfor rammen av oppgavene i § 3-1 om utenlandske trusler mot Norge. I kravet om streng nødvendighet må det være enten umulig eller uforholdsmessig vanskelig å skaffe opplysninger som kan bidra til å løse den aktuelle oppgaven på en mindre inngripende måte. Bestemmelsen må sees i sammenheng med § 9-8 som oppstiller e-tjenestens plikt til å slette opplysninger uten unødig opphold.

E-tjenesten plikter etter § 9-8 første ledd å slette personopplysninger når de ikke lenger er nødvendige for formålet med behandlingen. Sletteplikten inntreffer etter andre ledd etter senest 15 år fra lagringstidspunktet for rådata i bulk, jf. § 1-3 bokstav h og i.

3.2.7 Behandling av kildeidentifiserende materiale etter § 9-6

Delkapittelet skal ta for seg bestemmelsen for behandling av kildeidentifiserende materiale etter § 9-6. Bestemmelsen regulerer Etterretningstjenestens behandling av kildeidentifiserende materiale i journalistisk sammenheng. Bestemmelsen må tolkes i samsvar med GrL § 100, EMK art. 10 og SP art. 19.

Første ledd regulerer hvem som er omfattet av kildevernbestemmelsen. Det stilles krav til at opplysningen er «betrodd». Forarbeidene peker på at det må være gitt under forutsetning om anonymitet.⁸⁶ Gruppen som faller inn under «journalistisk virke», er i kjernen samfunnsrelatert journalistikk i en medievirksomhet ledet av en person med oppgaver tilsvarende en ansvarlig redaktør, og som er tilsluttet PFU og dets etiske retningslinjer.⁸⁷ Det kan også være virksomheten til frilansere, dokumentfilmskapere, forfattere og journaliststudenter. I vurderingen må det sees hen til om virksomheten ivaretar en samfunnsfunksjon, og har et journalistisk formål, herunder om den har til formål å legge til rette for en åpen og opplyst offentlig debatt, avsløre kritikkverdige forhold eller lignende.⁸⁸

Det må videre sees hen til om opplysningen kan bidra til å sirkle inn kilden, f.eks. dersom den sammenstilles med andre opplysninger og hvor kildens identitet fremgår av sammenhengen. Vedkommende må enten være bosatt i Norge, være norsk statsborger eller arbeide på oppdrag

⁸⁶ Prop.89 L (2019-2020) Etterretningstjenesteloven (ny lov) s. 225.

⁸⁷ Pressens Faglige Utvalg (PFU), se <https://presse.no/pfu/etiske-regler/> (13.12.21)

⁸⁸ *Ibid.*

for virksomhet i Norge jf. mediefridomsloven § 2, eller ha oppfylt en av alternativene da opplysningene ble gitt.

Det kreves konkrete holdepunkter for at det aktuelle informasjonsgrunnlaget med sannsynlighet inneholder betrodde opplysninger som kan avsløre en kilde. Det oppstilles ingen aktivitetsplikt før slike holdepunkter foreligger. Tidspunktet for når Etterretningstjenesten må anses å ha konkrete holdepunkter vil være situasjonsbestemt. Det må være «strengt nødvendig» før Etterretningstjenesten kan behandle opplysningene som er vernet.⁸⁹

I kravet ligger det at det må være av vesentlig betydning for utførelsen av et konkret etterretningsformål, og informasjonen må være tilnærmet umulig å tilveiebringe på en annen mindre inngripende måte. Kildevernet vil kun vike dersom formålet med behandlingen veier tyngre enn hensynet til kildevernet. I praksis vil i hovedsak dette være når formålet med behandlingen er utenlandske trusler mot Norge jf. § 3-1. I forholdsmessighetsvurderingen skal risikoen for at kilder vil unngå å gi informasjon til journalister som følge av chilling-effecten stå sentralt.

Lovgivers intensjon må på bakgrunn av dette forstås som en avveining mellom å beskytte mot chilling effect, og unntaksvis la hensynet til nasjonale sikkerhetsinteresser veie tyngst. Forholdsmessighetsvurderingen tar sikte på å vektlegge chilling effect i stor grad. Etter rettspraksis fra EMD oppstår det en chilling effect når en journalist må bistå i å avsløre sine anonyme kilder, fordi det kan føre til at andre kilder avstår fra å kontakte journalister, slik at viktig info til samfunnsdebatten aldri når frem.⁹⁰ Et eksempel på dette fremkommer i *Rolfsen*-saken hvor kildevern og avverging av terror veies mot hverandre, og kildevernet veide tyngst.⁹¹

Paragraf 9-6 oppstiller et bredere vern enn det som fremgår i § 4-1. Begrunnelsen for dette er å motvirke at de aktuelle yrkesgruppene kan utføre sine samfunnsoppdrag, samtidig som det ikke var et ønske fra lovgivers side å oppstille et absolutt forbud.⁹² Den etterfølgende kontrollen etter siste ledd siste punktum fungerer dermed som en viktig garanti mot misbruk.

⁸⁹ Prop.89 L (2019-2020) Etterretningstjenesteloven (ny lov) s. 225.

⁹⁰ Se b.la. EMDs dom 26.06.2018, *Girleanu v. Romania*, avs. 71, og 15.12.09, *Financial Times Ltd. and Others v. The United Kingdom*, avs. 70 og 05.10.17, *Becker v. Norway*, avs. 82.

⁹¹ Se *Rolfsen*, Rt. 2015 s. 1286 avs. 81.

⁹² Prop.89 L (2019-2020) Etterretningstjenesteloven (ny lov) s. 159.

Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt den etterfølgende kontrollen i sterk nok grad ivaretar kravene EMD stiller til pressens kildevern, se videre fremstilling.

4. Kildevern i menneskerettslig rettspraksis

Punkt 4 vil ta for seg rettspraksis fra henholdsvis Høyesterett og EMD knyttet opp mot problemstillingen.

4.1 Bakgrunn for valg av aktuelle dommer

Det er tatt utgangspunkt i både dommer fra norsk Høyesterett, og dommer fra EMD. Dommene fra EMD er tatt med for å vise nyansering av EMK artikkel 10. De norske dommene viser hvordan Høyesterett forholder seg til retningslinjene EMD oppstiller. Dommene viser både brudd på artikkel 10, og hvor det ikke ble konstatert brudd på artikkel 10. Det er også lagt vekt på ulike vurderingsmomenter.

4.2 Sentrale dommer fra Høyesterett

Punkt 4.2 vil behandle tre sentrale dommer fra Høyesterett. Dommene vil bli behandlet i kronologisk rekkefølge. *Runestein* inntatt i Rt. 2010 s. 1381 slår fast betydningen at straffbare forhold i seg selv ikke er tilstrekkelig for å begrunne unntak fra kildevernet. *Becker* er blitt behandlet først i norsk Høyesterett, inntatt i Rt. 2011 s. 1266 og senere i EMD, se punkt 4.4.5. *NRK Brennpunkt* inntatt i Rt. 2013 s. 1290 viser en norsk behandling av politidokumenter knyttet til terror opp mot kildevernet, jf. EMK art. 10. *Rolfesen* inntatt i Rt. 2015 s. 1286 er en svært viktig norsk dom som viser betydningen og rekkevidden av kildevern sett opp mot terrorbeskyttelse, også sett i lys av EMK art. 10.

4.2.1 Rt. 2010 s. 1381 *Runestein*

Runestein-saken inntatt i Rt. 2010 s. 1381 ble avsagt av Høyesterett 16.november 2010. Dommen er ikke direkte sammenlignbar for typiske problemstillinger knyttet til kildevern og etterretning, men er likevel relevant fordi den fastslår tolkningsmomenter som også kan få betydning for etterretningstilfeller. Saken gjaldt pålegg om utlevering av bevis etter strpl. § 210. Det rettslige spørsmålet var om utgiveren av en nettavis kunne nekte utlevering av hvem som var kilden på grunn av kildevernet i strpl. § 125. En mann hadde under pseudonymet «Finneren» omtalt både funn og salg av en runestein i et debattfelt på et nettsted. Det rettslige

spørsmålet var nærmere bestemt om dette nettstedet, med dets debattforum var beskyttet av kildevernet.

Høyesterett kom under dissens 4-1 til at innleggene var gjenstand for redaksjonell samtidskontroll, av enten ansvarlig redaktør eller stedfortreder. På bakgrunn av dette var innlegget vernet av kildevernet etter strpl. § 125. Det ble av påtalemyndigheten anført at innlegget fra «Finneren» var å anse som en salgsannonse, som derfor ikke er underlagt kildevern.

Det avgjørende for flertallet i Høyesterett på dette spørsmålet var at «Finnerens» ulike innlegg under ett ikke kunne ses på som en salgsannonse, fordi han rettet kritikk mot privatpersoners funn av fredede kulturminner. Herunder uttalte han sin mening om for lav finnerlønn.⁹³ Flertallet kom på bakgrunn av dette til at redaktøren kunne påberope seg unntak fra vitneplikt etter strpl. § 125 første jf. femte ledd. I vurderinga ble det av flertallet lagt vekt på at «Finnerens» identitet utvilsomt er av «vesentlig betydning for sakens oppklaring» jf. strpl. § 125 andre ledd. Flertallet i Høyesterett var uenig i lagmannsrettens fokus på at det foreligger «viktige samfunnsinteresser» som tilsier at «Finnerens» opplysninger må oppgis.⁹⁴ Det ble i denne vurderingen vist til at begrunnelse for fritak fra vitneplikten ikke begrunnes i hensynet til kildens anonymitetsønske, men først og fremst «å beskytte medias nyhetsformidling og frie formidling av synspunkter».⁹⁵ Vurderingsmomentene som stilles opp av Høyesteretts flertall er basert på en avveining av de motstridende samfunnsinteressene, på den ene siden ulovlig besittelse og salg av kulturminne, og på den andre siden kildevernet.⁹⁶

Dommen kan tas til inntekt for at straffbare forhold *i seg selv* ikke er tilstrekkelig for å begrunne unntak fra kildevernet. Dette gjelder også hvor avsløring av kilden muliggjør oppklaring av det straffbare forholdet i etterretningstilfeller.⁹⁷ Dommen er også den første saken som omtaler kildevern opp mot en redaktør i Norge. Terskelen Høyesterett oppstiller, bygger i stor grad på EMD-praksis og videreføres også i senere dommer. Høyesterett påpeker at kildevernet langt på vei er absolutt, uten å være helt absolutt, og det er underlagt en svært

⁹³ Avsnitt 43-47.

⁹⁴ Avsnitt 49-52.

⁹⁵ Avsnitt 52.

⁹⁶ Avsnitt 53-54.

⁹⁷ Avsnitt 55.

streng prøvingsintensitet.⁹⁸ Høyesterett påpeker også at kildevernet gjelder uavhengig av om kilden er lovlig eller ulovlig, med henvisning til EMD-praksis.⁹⁹

En sentral uttalelse fremgår av avsnitt 62 i dommen i vurderingen av om det skal gjøres unntak fra kildevernet.

«Ved vurderingen av om det her skal gjøres unntak fra kildevernet, finner jeg det riktig å legge til grunn den mer langsiktige effekten av å skulle gjøre unntak – den såkalte ‘chilling effect’, som ble fremholdt blant annet i Rt-1992-39 (på side 49) og Goodwinsaken (EMD-1990-17488). I det lange løp er det en risiko for at en mer utstrakt bruk av vitneplikt vil kunne medføre at viktige kilder blir borte. Etter mitt syn tilsier derfor vesentlige samfunnsinteresser at media i størst mulig utstrekning bør kunne bevare anonymitet om sine kilder. Jeg er enig med den ankende part i at det må tillegges vekt at bruken av Internett har samfunnsnytte, ved at nye medieplattformer har bidratt til at andre grupper mennesker har kommet til orde enn de som er bidragsytere til papiravisenes tradisjonelle leserinnlegg.»¹⁰⁰

Høyesterett tar utgangspunkt i norsk høyesterettspraksis og EMD-praksis og uttaler at den mer langsiktige effekten av å skulle gjøre unntak, chilling-effecten i det lange løp vil medføre at viktige kilder blir borte. Flertallet påpeker internetts samfunnsnytte, ved at nye medieplattformer har bidratt til at flere har kommet til som bidragsytere, enn i mer tradisjonelle papiravisinnlegg. Internettets rolle i den offentlige debatten har åpenbart spilt en stadig større rolle, også siden dommen kom i 2010. Internett spiller også en sentral rolle i spørsmål om kildevern i etterretningssaker, fordi kontakt mellom journalist og kilde naturlig nok ofte vil skje ved bruk av internett.

4.2.2 Rt. 2011 s. 1266 *Becker*

Den såkalte *Becker*-saken, inntatt i Rt. 2011 s. 1266 ble behandlet av Høyesterett 30. september 2011. Saken er også behandlet av EMD, se punkt 4.4.5. En journalistisk kilde var tiltalt for markedsmanipulasjon og innsidehandel etter det ble publisert en artikkel basert på informasjon fra vedkommende. Journalisten som sto bak artikkelen nektet å svare på spørsmål

⁹⁸ Avsnitt 57 jf. 61.

⁹⁹ Avsnitt 59.

¹⁰⁰ Rt. 2010 s. 1381 *Runestein*, avsnitt 62.

om kontakten hun hadde hatt med sin kilde, hensett til kildevernet. Det rettslige spørsmålet Høyesterett tok stilling til var om en journalist som var vitne i en straffesak kunne nekte å oppgi sin kilde, når tiltalte i straffesaken selv hadde opplyst å være journalistens kilde.

Høyesterett kom under dissens 3-2 til at det ikke var ansett som brudd på EMK artikkel 10. Høyesterett vurderte ordlyden i strpl. § 125 første ledd sett i sammenheng med forarbeid og rettspraksis, dit hen at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse når kilden selv har stått frem og bekreftet sin rolle.¹⁰¹ I vurderingen ble det lagt vekt på at en bekreftelse fra journalisten om hvem som er kilden, ikke kan sies å bidra til å avklare kildens identitet, og at det i slike tilfeller anses ubetenkelig å konstatere vitneplikt.¹⁰² I Høyesteretts vurdering av EMK artikkel 10 ble det vist til at det er på det rene at pressen er gitt en vidtgående rett til å beskytte sine kilder. Videre ble det vist til EMDs praksis hvor et omfattende kildevern anses å være nødvendig for at pressen skal kunne fylle sin rolle i et åpent demokratisk samfunn.

Det ble av Høyesterett lagt vekt på blant annet *Goodwin*¹⁰³ og *Sanoma Uitgevers*¹⁰⁴- sakene hvor nødvendighetstesten avgjøres av vurderingen om det foreligger «a pressing social need».¹⁰⁵ Flertallet går så inn på konsekvensene det kan få for informasjonsstrømmen om kilder blir avdekket, og peker på at disse hensynene ikke kan gjøre seg gjeldende når kilden selv har gjort seg til kjenne.¹⁰⁶ Flertallet er i avsnitt 48 sikre på at EMD ikke vil konstatere en krenkelse når saken gjelder en kilde som selv har stått frem, og vitnets forklaringsplikt er uttrykkelig begrenset slik at andre kilder ikke blir avdekt.¹⁰⁷ Høyesterett viser til at den bærende begrunnelsen for EMD bygger på konsekvensene det kan få for informasjonsstrømmen om kilder blir avdekket, og at disse hensynene ikke gjør seg gjeldende når kilden selv har gjort kjent sin medvirkning. Videre bygger Høyesterett på at tiltalen er basert på at journalisten har latt seg bruke av kilden i hans anstrengelser på en straffbar måte, å manipulere aksjemarkedet i en alvorlig straffesak.

¹⁰¹ Avsnitt 42.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Se EMDs dom 27.03.1996, *Goodwin v. the United Kingdom*.

¹⁰⁴ Se EMDs dom 14.09.2010, *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands*.

¹⁰⁵ Avsnitt 45.

¹⁰⁶ Avsnitt 46.

¹⁰⁷ Avsnitt 47.

Høyesterett konkluderte med at det ikke foreligger brudd på EMK art. 10. EMD kom til motsatt resultat, og Høyesteretts-dommen kan derfor ikke anses som et prejudikat. For EMDs domsavsigelse i saken, se punkt 4.4.5.

4.2.3 Rt. 2013 s. 1290 NRK Brennpunkt

NRK Brennpunkt-saken, inntatt i Rt. 2013 s. 1290 ble behandlet av Høyesterett 10. oktober 2013. Saken gjaldt begjæring om en journalist skulle opplyse om identiteten til en kilde etter strpl. § 125 tredje ledd. En journalist i NRK Brennpunkt hadde fått tilbud om å kjøpe dokumenter fra politietterforskning knyttet til 22. juli-saken. Spesialenheten for politisaker hadde åpnet etterforskning av opplysningene, og av redaksjonssjefen for Brennpunkt. Redaksjonssjefen ble i denne anledningen avhørt. Redaksjonssjefen forklarte at en person hadde tilbudt Brennpunkt politidokumenter mot betaling på tretti tusen kroner. Vedkommende som hadde kommet med tilbudet hadde henvendt seg til redaksjonen, og uttalte selv at dette var på vegne av en ansatt i politiet. Innholdet i dokumentene skal ha blitt referert. Tilbudet ble avslått av redaksjonen. Det rettslige spørsmålet Høyesterett tok stilling til var om den generelle unntaksregelen i strpl. § 125 tredje ledd første punktum kom til anvendelse.

Høyesterett kom enstemmig til at begjæringen om å pålegge å oppgi kilden til journalisten ikke ble tatt til følge. Høyesterett kom til denne konklusjonen på bakgrunn av § 125 tredje ledd første punktum jf. EMK artikkel 10. Kriteriene i loven om «vektige samfunnsinteresser» og «vesentlig betydning for sakens oppklaring» var oppfylt etter en konkret og samlet vurdering. I vurderingen ble det lagt vekt på at det var tvilsomt at kildens identitet ville bidra til å finne frem til vedkommende polititjenestemann som hadde lekket informasjon, og at journalisten hadde avslått tilbudet.

En sentral uttalelse fremgår av avsnitt 33:

«Jo sikrere det er at identiteten til kilden vil føre til oppklaring, jo større grunn vil det generelt være til å gjøre unntak fra kildevernet.»

Høyesterett kommer også med en pedagogisk påminnelse på hva kildevernet er begrunnet i, nemlig allmennhetens behov for informasjon, og ikke hensynet til kilden eller andre enkeltpersoner i avsnitt 29.

Terskelen Høyesterett oppstiller for å gjøre unntak i kildevernet bygger videre på bl.a. *Runestein*-dommen. Høyesterett stilte krav til, med henvisning til EMD-praksis at det må foreligge en betydelig interesseovervekt for de motstående hensyn for at kildevernet skulle vike.¹⁰⁸ Videre uttaler Høyesterett at kildevernet ikke er absolutt, men at unntak kun bør være aktuelt når «meget tungtveiende hensyn» kan oppveie de hensyn som taler for kildevern.¹⁰⁹

I motsetning til f.eks. *Runestein*-dommen bruker Høyesterett Appendix to Recommendation No. R (2000) 7” Principles concerning the right of journalists not to disclose their sources of information” fra Europarådets Ministerkomité til å vise at forebygging av kriminalitet, herunder f.eks. terror kan gjøre at kildevernet må vike.¹¹⁰ Dommen kan derfor tas til inntekt for å vise avveiningen mellom alvorlig kriminalitet, herunder forbrytelser mot terrorlovgivning og mulige unntak fra kildevernet.¹¹¹ Avveiningen mellom samfunnsinteressen å avverge terror mot å gjøre mulige unntak fra kildevernet er en typisk problemstilling som er svært relevant også i etterretningssituasjoner.

Høyesterett vektlegger også hvilken langsiktig chilling-effecten avdekking av anonyme kilder kan få.¹¹² Det faktum at kilden, og i dette tilfellet også angivelig polititjenestepersonen isolert sett kan bebreides, kan ikke seg selv være avgjørende for om kildevernet må vike. Kildens væremåte fremgår som et moment i helhetsvurderingen, uten å være avgjørende.¹¹³

4.2.4 Rt. 2015 s. 1286 *Rolfsen*

Den såkalte *Rolfsen*-saken, inntatt i Rt. 2015 s. 1286 ble behandlet av Høyesterett 20. november 2015. Saken har skapt stor internasjonal oppmerksomhet, og anses som et viktig prejudikat i norsk rett. Avgjørelsen vant Columbia Global Freedom Expressions pris for beste rettsavgjørelse i 2016.¹¹⁴ Saken gjaldt beslag av upublisert filmmateriale hos en dokumentarfilmskaper etter strpl. § 197 andre ledd andre punktum. Dokumentarfilmskaperen,

¹⁰⁸ Avsnitt 27.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Original ordlyd: ”prevention of crime” (...) dersom slike forbrytelser kan forhindres kan det “possibly justify the disclosure of a journalists source” jf. avs. 32 i dommen.

¹¹¹ Avsnitt 32.

¹¹² Avsnitt 29 jf. 34.

¹¹³ Avsnitt 29 jf. 30.

¹¹⁴ <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/prizewinners2016/>, 04.02.21

Ulrik Imtiaz Rolfsen jobbet med en dokumentarfilm som omhandlet hvorfor norske borgere verver seg som fremmedkrigere i Syria til terrororganisasjonen ISIL.

Det rettslige spørsmålet Høyesterett tok stilling til, var hvor langt kildevernet strekker seg når det vektes opp mot den svært vektige samfunnsinteressen terrorbeskyttelse. Høyesterett kom enstemmig til at hensynene som begrunner kildevernet tilsa å ikke godta beslag i en slik situasjon.¹¹⁵ Beslaget av filmmateriale ble derfor opphevet. Høyesterett vurderte hvilken «chilling effect» inngrep i kildevernet ville ha.¹¹⁶ Vurderinga skal gjøres konkret. Det avgjørende vurderingstemaet vil være om informasjonen var «av vesentlig betydning» for å få oppklart den aktuelle saken.¹¹⁷ Høyesterett tok en konkret interessevurdering etter strpl. § 125 tredje ledd.

Det er klart at avvergelse av terrorforbrytelser kan rettferdiggjøre inngrep i kildevernet. Dette ble vurdert opp mot om Rolfsens dokumentarfilmprosjekt var ansatt for å ligge i¹¹⁸ «kjernen av undersøkende journalistikk; det griper fatt i et sentralt og presserende samfunnsproblem hvor allmennheten og myndighetene har behov for kunnskap og innsikt».¹¹⁹ Det ble av Høyesterett lagt vekt på at Rolfsens særskilte tilgang på et lukket miljø var basert på tillit, noe som gjorde et effektivt kildevern helt avgjørende for å kunne realisere dokumentarfilmprosjektet. Videre ble det lagt på at politiet hadde en rekke andre etterforskningsmetoder til rådighet, og at det derfor fremsto som uklart hvor nødvendige kildeopplysningene i det beslaglagte materiale var.¹²⁰

Dommen kan utvilsomt tas til inntekt for å belyse viktigheten av kildevernet, også opp mot viktige etterretningsformål. Her er avvergelse av terror spesielt aktuelt. Høyesterett viser i dommen hvorfor kildevernet er viktig, selv når det vektes opp mot å avverge terrorhandlinger. Dette gjøres ved å peke på hvordan undersøkende journalistikk kan bidra til å gi kunnskap og innsikt i sentrale samfunnsproblem.¹²¹

¹¹⁵ Avsnitt 81.

¹¹⁶ Avsnitt 54.

¹¹⁷ Avsnitt 63.

¹¹⁸ Avsnitt 61.

¹¹⁹ Avsnitt 70.

¹²⁰ Avsnitt 70-71.

¹²¹ Avsnitt 70.

Dommen må også leses i lys av verdensbildet da den ble avgitt. Høyesteretts understreking av kildevernets viktighet, også sett i lys av å avverge terror forsterkes ved at den ble publisert i en tid med flere terrorangrep i Europa. En sentral uttalelse fra dommen er inntatt i avsnitt 79:

«(...) terskelen for å gjøre unntak fra kildevernet øke med den samfunnsmessige betydning av journalistens arbeid, jf. Rt. 2004 s. 1400 avsnitt 46.»¹²²

Høyesterett påpeker at terskelen for å gjøre unntak fra kildevernet vil øke med den samfunnsmessige betydningen av journalistens arbeid. Høyesterett går lengre enn strengt nødvendig ved å påpeke at upublisert materiale også er vernet, og ikke bare kildens identitet i et *obiter dictum* inntatt i avsnitt 57 i dommen:

«(...) EMD fastslo (...) at selv om materialet ikke inneholdt kildeopplysninger, og mistenktes identitet var kjent for politiet, kunne selve plikten til overlevering ha skadevirkning- en 'chilling effect'- for pressens ytringsfrihet.»¹²³

Rolfsen-saken er et prejudikat og kan tas til inntekt i flere retninger. Høyesterett understreker hvor sentral chilling-effecten er i vurderingen i gjennomgangen av EMDs praksis av EMK artikkel 10 i avsnitt 54:

«Det sentrale for kildevernets utstrekning etter EMDs praksis er, slik jeg forstår det, om beslaget kan ha en dempende- og derved skadelig- virkning på pressens tilgang til kilder.»¹²⁴

Høyesterett uttaler at det ikke er avgjørende om materialet faktisk inneholder kildeopplysninger, så lenge ransakelsesordren er utformet på en slik måte som *kan* ha avdekket journalistens anonyme kilder.¹²⁵ Den relativ lave terskelen EMD oppstiller for utformingen av ransakelsesordren stiller strenge krav til påtalemyndighetens utforming. En svært sentral uttalelse fremgår av avsnitt 67 i dommen. Høyesterett påpeker at det vesentlige i vurderingen er at kildevernet bare kan vike hvis det foreligger:

”an overriding requirement in the public interest.”

¹²² Avsnitt 79.

¹²³ Rt. 2015 s. 1286 *Rolfsen*, avsnitt 57.

¹²⁴ Rt. 2015 s. 1286 *Rolfsen*, avsnitt 54.

¹²⁵ Avsnitt 56.

Det vises også tidligere rettspraksis¹²⁶ for å presisere at kildevernet «langt på vei (...) er absolutt». Dette standpunktet blir også bekreftet i gjeldende dom. Høyesterett viser til EMDs praksis og stiller i forholdsmessighetsvurderingen krav til journalisten ved å vurdere om journalisten har opptrådt med nødvendig objektivitet.¹²⁷ Det legges også av Høyesterett vekt på tillitsforholdet mellom journalist og kilde. Situasjonen må vurderes ut fra at samtalen var et utslag av det særlige tillitsforholdet, som var en forutsetning for at opplysninger av særlig følsom karakter skal avdekkes.¹²⁸

Terskelen for å gjøre unntak fra kildevernet vil øke med den samfunnsmessige betydningen av journalistens arbeid, dette vil være spesielt aktuelt i etterretningstilfeller fordi det er et rettsområde som krever spesiell tillit mellom journalist og kilde i eksempelvis et lukket ekstremistmiljø.¹²⁹

4.3 Oppsummering og konklusjon Høyesterettpraksis

Punktet vil gi en oppsummering og konklusjon på bakgrunn av oppstilt praksis fra Høyesterett.

Høyesterett bygger i høy grad på praksis fra EMD, som går i retning av mer absolutt kildevern. Praksis fra Høyesterett er klar. Vurderingen av Grunnloven § 100 blir mer og mer influert av EMK artikkel 10.

Høyesterett holder døren åpen ved å uttale at kildevernet er «tilnærmet absolutt» i *Rolfsen*-saken.¹³⁰ Dette skaper i praksis en sikkerhetsventil, eksempelvis ved særlig stor terrorfare. Terrorfare vil være et av momentene i en helhetsvurdering hvor tilleggsmomentene som oppstilles i rettspraksis også inngår, herunder kildens oppførsel, om journalisten har opptrådt etter etiske retningslinjer og liknende.¹³¹

Nøyaktig i hvilke tilfeller denne sikkerhetsventilen brukes vil per nå være vanskelig å fastslå, da det ikke foreligger avklarende rettspraksis på dette spørsmålet. Kildevernsspørsmål etter den nye etterretningstjenesteloven som med høy sannsynlighet vil oppstå, vil kunne bidra til

¹²⁶ Rt. 2015 s. 1286 jf. Rt. 2004 s. 1400 avs. 46.

¹²⁷ Avsnitt 74.

¹²⁸ Avsnitt 76.

¹²⁹ Avsnitt 79, med henvisning til Rt. 2005 s. 400 avs. 46.

¹³⁰ Rt. 2015 s. 1286 *Rolfsen*, avsnitt 20.

¹³¹ Se momentene tidligere oppstilt i 4.2

nærmere avklaring av spørsmålet. I situasjoner med kildevern i etterretningssaker, vil avverging av terror være et svært praktisk eksempel på hva som faller inn under sikkerhetsventilen.

Det neste punktet som vil bli behandlet er EMDs praksis. En tilsvarende gjennomgang av EMDs praksis vil vise nyanseringen av EMK artikkel 10.

4.4 Sentrale dommer fra EMD

Punktet vil behandle sentrale dommer fra EMD som behandler kildevernsspørsmål fra tidsperioden 2009-2021, se punkt 1.5., for begrunnelse av valgt tidsepoke.

4.4.1 *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom* (2009)

Financial Times-saken ble behandlet av EMD den 15.12.2009.¹³² Klagerne i saken besto av fire aviser og et nyhetsbyrå. Det hadde til flere av avisene blitt lekket et dokument som inneholdt informasjon om at et belgisk bryggeri mulig skulle kjøpe opp et sør-afrikansk bryggeri. Avisene og nyhetsbyrået valgte å publisere artikler om det mulige oppkjøpet, som resulterte i at aksjene til det sør-afrikanske bryggeriet steg betraktelig. Et konsulentfirma engasjert av det belgiske bryggeriet forsøkte å få tilgang til de lekkede dokumenter, uten hell, og gikk dermed til sak. Utleveringen kunne føre til identifisering av kilder. Det rettslige spørsmålet knyttet til artikkel 10, var om pålegget å fremlegge de lekkede dokumenter var i strid med ytringsfriheten relatert til pressens kildevern.

EMD kom enstemmig til at det forelå brudd på artikkel 10. EMD konkluderte med at inngrepet var foreskrevet ved lov, og at inngrepet skulle ivareta det legitime formålet å beskytte andres rettigheter og forebygge at fortrolige opplysninger ble røpet. Det springende punkt var om inngrepet var proporsjonalt. I vurderinga ble det lagt vekt på hensikten til kilden. EMD fant ikke grunn til å vektlegge kildens hensikt om å skade omdømmet til bryggeriene, men uttalte at det kan tenkes situasjoner hvor dette kan anses som relevant.¹³³

Det ble også lagt vekt på om bryggeriets interesse i å identifisere kilden var tilstrekkelig for å tilsidesette den offentlige interessen i beskyttelsen av journalistiske kilder. I denne konkrete

¹³² *Financial Times Ltd. and others v. UK*. Application no. 821/03, Judgement 15.12.2009. Heretter “*Financial Times*”.

¹³³ Avsnitt 63.

saken ble det vist til at det belgiske bryggeriet hadde blitt underrettet om at et konfidensielt dokument var blitt lekket, og at en av klagerne hadde som hensikt å publisere det.¹³⁴

I motsetning til tidligere rettspraksis, hadde bryggeriet ikke gått til rettslige skritt for å stanse publikasjonen av den konfidensielle informasjonen. Målet om å forhindre ytterligere lekkasjer ved utlevering av dokumentene kunne ifølge EMD bare begrunnes i eksepsjonelle tilfeller hvor det ikke var mindre inngripende alternativer tilgjengelig, og hvor risikoen var tilstrekkelig alvorlig til at en avgjørelse om utlevering måtte anses nødvendig etter art. 10 andre ledd.¹³⁵

EMD viste til at ankeinstansen hadde funnet at bryggeriet ikke hadde alternative måter å avsløre hvem som hadde lekket informasjonen. Det ble av EMD påpekt at ankeinstansen hadde basert seg på bevisførselen om konsulentfirmaets undersøkelser, og at bevisførselen av konsultantselskapets undersøkelser ikke hadde vært fullstendig. Ulikt tidligere rettspraksis ville ikke dokumentene klagerne måtte legge frem, direkte avsløre kilden. Instansen fant ikke at denne forskjellen var avgjørende, og la vekt på den negative effekten det ville ha hvis journalister måtte bistå i å avsløre sine kilder.

EMD viste til at det var tilstrekkelig at informasjonen som måtte utleveres kunne brukes til å identifisere kilden. EMD kom derfor til, i tråd med tidligere praksis at interessene til det belgiske bryggeriet ikke var tilstrekkelig til å tilsidesette interessen i å beskytte journalistiske kilder.¹³⁶

Avgjørelsen bidrar til å synliggjøre flere sentrale vurderingsmomenter. En sentral uttalelse, som gjentas i flere dommer fremgår av avsnitt 59.¹³⁷

"(...) freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and that, in that context, the safeguards guaranteed to the press are particularly important. Furthermore, protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom. Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest.

¹³⁴ Avsnitt 69.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Se 15.12.09, *Goodwin v. the United Kingdom* avs. 59.

¹³⁷ Se b.la. EMDs dom, 14.09.2010, *Sanoma Uitgevers B.V. v The Netherlands.*, avs. 50, og 18.04.2013 *Saint-Paul Luxembourg S.A v. Luxembourg*, avs. 49 og 26.06.2018 *Girleanu v. Romania*, avs. 68.

As a result, the vital 'public watchdog' role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable reporting may be adversely affected."

Videre i samme avsnitt understrekes det fra EMD at et inngrep i artikkel 10 krever en overordnet offentlig interesse.¹³⁸ På samme måte som i f.eks. *Runestein*-dommen¹³⁹ understreker EMD at begrensninger i kildevernet krever en svært streng prøvingsintensitet.¹⁴⁰ EMD påpeker at journalister både har en plikt, og en rett til å formidle temaer av offentlig interesse, under forutsetning at journalisten opptrer i god tro for å kunne levere nøyaktig og pålitelig informasjon i tråd med etiske retningslinjer for journalister.¹⁴¹ Dette er et sentralt vurderingsmoment som gjentas i flere dommer senere, se videre fremstilling. EMD viser til krav til kilden som en del av helhetsvurderingen i avsnitt 62-63. Krav til kilden følger også videre som et av vurderingsmomentene i helhetsvurderingen. Det vises til ringvirkningene det kan få for både avisens fremtidige kilder, samt inntrykket det vil påføre for samfunnet generelt, som har interesse i å motta informasjon gjennom anonyme kilder, samt muligheten for å selv være en anonym kilde på et senere tidspunkt.¹⁴² Når det i slike tilfeller oppstår en chilling effect, er det spesielt uheldig i saker om etterretning, fordi etterretningskilder av naturlige årsaker har et behov for at deres identitet ikke blir avslørt.

EMD kommer med en svært sentral uttalelse som slår fast at chilling effect vil skje når journalister må bistå i å avsløre anonyme kilder.¹⁴³ Dette er en svært viktig uttalelse fordi den oppstiller at chilling effect *vil* skje i slike tilfeller, i motsetning til tidligere praksis hvor terskelen var *kan* skje. At det oppnås en chilling effect har som tidligere skrevet om stor negativ innflytelse på pressens samfunnsoppgave, og for fremtidige journalistiske kilder til å bidra til samfunnsdebatten. Uttalelsen er fulgt opp i senere dommer fra EMD, noen av disse vil bli behandlet videre i oppgaven.

¹³⁸ Original ordlyd: "justified by an overriding requirement in the public interest".

¹³⁹ Rt. 2010 s. 1381.

¹⁴⁰ Avsnitt 60 jf. avsnitt 57 i Rt. 2010 s. 1381 *Runestein*. Original ordlyd: "the most careful scrutiny by the court".

¹⁴¹ Avsnitt 62.

¹⁴² Avsnitt 63.

¹⁴³ Avsnitt 69.

Betydningen av stadfestelsen av at det oppnås en chilling effect i slike tilfeller har betydning for etterretningstilfeller fordi det i nettopp slike alvorlige saker er spesielt sentralt å unngå en nedkjølende effekt på nåværende og fremtidige kilder.

4.4.2 *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands* (2010)

Saken ble behandlet av EMD den 14. september 2010 i storkammer.¹⁴⁴ Klageren var et nederlandsk magasinfirma. Saken gjaldt bilder som skulle brukes i en artikkel om et ulovlig billøp, og som klageren var tvunget til å overgi politiet i forbindelse med etterforskningen i en annen sak. Magasinfirmaet utlevte bildene til tross for egne innvendinger mot å utlevere kildeidentifiserende materiale. Magasinfirmaet hevdet selv at avtalen mellom kilder og journalister var at det kunne tas bilder under billøpet, så fremst deltakerne ikke kunne identifiseres. Bildene skulle etter planen sladdes før de gikk til trykk.

Det rettslige spørsmålet var om magasinfirmaets rettigheter etter EMK art. 10 var krenket etter pålegg om å utlevere kildeidentifiserende informasjon til politiet. Selv om dommen ikke er direkte sammenlignbar med typiske etterretningstilfeller, bidrar den til å belyse sider ved pressens kildevern, som kan ha overføringsverdi til denne oppgavens tema.

EMD kom i storkammer enstemmig til at dette var brudd på artikkel 10. EMD vurderte om pålegget om å overlevere kildeidentifiserende materiale utgjorde et inngrep i magasinfirmaets frihet til å motta og meddele informasjon i henhold til artikkel 10. I vurderinga ble det lagt vekt på at det ikke var nødvendig å avgjøre hvorvidt det faktisk fantes en bindende avtale mellom kilder og journalisten om å forholde avbildede anonyme.¹⁴⁵ EMD så ingen grunn til å ikke tro klagerens anførsel om at bilene og deres eiere skulle bli beskyttet fra å bli identifisert.¹⁴⁶ Trusselen om å måtte utlevere kildeidentifiserende materiale, sett i sammenheng med arrestasjonen av journalisten må tas alvorlig, fordi det risikerte nedstenging av lokalet, som igjen vil gå utover nyhetene. EMD påpekte at nyheter er ferskvare, og må behandles deretter, slik at selv små forsinkelser vil kunne påvirke verdien og interessen for det. EMD påpekte at dette ikke bare gjelder utgivelser om «current affairs».¹⁴⁷

¹⁴⁴ Se EMDs dom, 14.09.2010, *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands*, heretter *Sanoma Uitgevers*.

¹⁴⁵ Avsnitt 53.

¹⁴⁶ Se avsnitt 64.

¹⁴⁷ Avsnitt 70.

EMD påpekte at selv om det ikke var foretatt beslag, har chilling-effecten skjedd i alle tilfeller hvor journalister må assistere i å identifisere anonyme kilder, på lik linje som i tidligere dommer.¹⁴⁸ Det ble videre påpekt at retten til beskyttelse av journalistiske kilder og informasjon som kan lede til deres identifisering er en grunnleggende forutsetning for pressens ytringsfrihet.¹⁴⁹ Ethvert inngrep i retten til kildebeskyttelse måtte derfor bli fulgt av prosessuelle rettsikkerhetsgarantier som stod i samsvar med sakens prinsipielle betydning. Særlig poenget med prosessuelle rettsikkerhetsgarantier, har klar overføringsverdi til etterretningstilfeller.

Domstolen understreket at enhver uavhengig prøving som skjer etter overrekkelsen av materiale vil bidra til å undergrave essensen i retten til taushetsplikt. Videre må avgjørelsen styres av klare nok kriterier, herunder om et mindre inngripende tiltak var tilstrekkelig for å ivareta det mer tungtveiende hensynet til det offentliges interesse.¹⁵⁰ Dette poenget vil også være tungtveiende i etterretningssaker.

4.4.3 *Nagla v. Latvia* (2013)

Nagla-dommen ble behandlet av EMD den 16.07.2013.¹⁵¹ Saken gjaldt et nyhetsanker som produserte og holdt et ukentlig nyhetsprogram. Nyhetsankeret ble kontaktet av en anonym kilde som avslørte at det var alvorlige sikkerhetsfeil hos en offentlig etat. Nyhetsankeret kontaktet så etaten og informerte om mulig sikkerhetsbrudd, før hun senere offentlig annonserte det i programmet.

En uke senere identifiserte kilden seg selv som «Neo», og brukte Twitter for å publisere informasjon om lønnen til statlige ansatte. Dette pågikk over en lengre tidsperiode. Etaten, VID, startet en strafferettslig prosess, hvor politiet som etterforsket saken avhørte nyhetsankeret som et vitne. Nyhetsankeret nektet å avsløre identiteten til kilden. Da det under etterforskningen hadde dukket opp en mistenkt ble avisankerets hjem samme dag utsatt for ransaking, hvor pc og annet lagringsmateriale ble beslaglagt.

Uavhengig av at kildens handlinger i dette tilfellet havnet i et strafferettslig spor, er retten for journalister til å ikke avdekke sine kilder noe som må behandles med stor forsiktighet, og som

¹⁴⁸ Avsnitt 71.

¹⁴⁹ Avsnitt 51.

¹⁵⁰ Avsnitt 92.

¹⁵¹ EMDs dom, 16.10.2013, *Nagla v. Latvia*, heretter *Nagla*.

ikke må tas for gitt. Dette gjelder uavhengig av hvorvidt kilden opptrer lovlydig, eller ei. Det rettslige spørsmålet var ransakelsen av hjemmet til en journalist, som involverte beslag av data som inneholdt hennes kilder.

EMD kom enstemmig til at dette var krenkelse av artikkel 10. EMD vurderte at det beslaglagte materialet inneholdt kildeidentifiserende informasjon i den gjeldende saken, som kunne identifisere andre kilder knyttet til andre saker. Ransakelsesordren var skrevet svært vagt, og ble av EMD derfor ikke ansett for å være «relevant» and «sufficient» og ikke oppfylt kravet til «a pressing social need.»¹⁵² Bidraget til den offentlige debatten var todelt: å holde publikum informert om lønnsnivået i offentlig sektor i en tid med økonomisk krise, og om databasen til VID som hadde blitt oppdaget av hennes kilde. EMD påpekte at ransakingen av hjemmet hang sammen med et todelt bidrag til den offentlige debatten. Hovedsakelig var det viktigste å holde publikum informert om lønnsnivået i offentlig sektor i en tid preget av økonomiske vanskeligheter.¹⁵³

Dommen kan på lik linje med tidligere oppstilt EMD-praksis tas til inntekt for at chilling effect vil inntreffe i tilfeller hvor journalister må bidra i å avsløre identiteten til anonyme kilder.¹⁵⁴ EMD bygger videre på dette vurderingsmomentet og understreker at det er nok at det foreligger *en mulighet* for å identifisere anonyme kilder, for å kunne konstatere brudd på artikkel 10 første ledd.¹⁵⁵ Som tidligere bygger EMD videre på at begrensninger i kildevernet krever en svært nøye granskning av domstolen.¹⁵⁶ EMD påpeker at ethvert søk i data tilhørende journalister reiser problemstillingen om journalistens ytringsfrihet, herunder kildevernet, og dens adgang til informasjon som må ha tilstrekkelige rettsikkerhetsgarantier.¹⁵⁷ Det blir også uttalt at avgjørelsen skal tas gjennom klare kriterier, spørsmålet blir om et mindre inngripende tiltak kan være tilstrekkelig til å tjene de samme overordnede offentlige interessene.¹⁵⁸

¹⁵² Avsnitt 96.

¹⁵³ Avsnitt 97.

¹⁵⁴ *Nagla* avs. 82.

¹⁵⁵ Avsnitt 72.

¹⁵⁶ Original ordlyd: “the most careful scrutiny by the Court” jf. avs. 95.

¹⁵⁷ Safeguards.

¹⁵⁸ Avsnitt 92.

I den aktuelle saken ble journalisten arrestert, og som følge av dette gjentok EMD at dette kunne skape forsinkelser. Slike momenter har klar overføringsverdi også til mer typiske etterretningstilfeller.

4.4.4 *Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxembourg* (2013)

Saken ble behandlet av EMD 18. april 2013.¹⁵⁹ Saken gjaldt en ransakelsesordre hos en journalist. Den aktuelle journalisten hadde skrevet en artikkel om familier hvor foreldreansvaret var blitt fratatt. Foreldrene var i artikkelen omtalt med navn. Det rettslige spørsmålet var om ransakelsesordren var innstilt på å avdekke journalistenes kilder og hadde en avskrekkende effekt.

EMD kom enstemmig til at det forelå brudd på EMK artikkel 10. EMD viste til tidligere avgjørelser hvor beskyttelse av journalistkilder er en av hjørnesteinene i pressefriheten, og uten denne beskyttelsen vil kilder unngå å bistå pressen i å belyse i temaer som er viktige for offentligheten. Dette vil igjen resultere i at den vitale public-watchdog-rollen blir undergravet og muligheten til å tilby en nøyaktig og pålitelig informasjon vil bli dypt påvirket.¹⁶⁰

I vurderingen ble det lagt vekt på at det i sakspapirene ikke var noen holdepunkter for at andre kilder, utenom de som allerede var kjent i artikkelen, ble kjent. EMD bygger med dette på vurderingsmomentet oppstilt i tidligere dommer.¹⁶¹ EMD understreket at nasjonale myndigheters forklaring på at kildene allerede var delvis kjent, ikke kunne godtas på bakgrunn av at de hadde mulighet til å søke i øvrige kilder til journalisten.¹⁶²

Videre uttalte EMD at søk og beslag var uforholdsmessig, ettersom de muliggjorde at politiet kunne lete etter journalistens kilder.¹⁶³ Innsettelse av USB-brikke i journalistens pc ville muliggjøre tilgang til all informasjon på maskinen, også urelatert til saken. I den gjeldende saken var ikke ransakelsesordren smal nok til å forhindre eventuelt misbruk, en mer konkret formulering som bare nevnte dette formålet ville være tilstrekkelig.¹⁶⁴ Terskelen EMD

¹⁵⁹ EMDs dom, 18.04.2013, *Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxembourg*, heretter *Saint-Paul Luxembourg*.

¹⁶⁰ Avsnitt 49.

¹⁶¹ Se bl.a. *Sanoma Uitgevers* avs. 72.

¹⁶² Avsnitt 54.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

oppstiller i gjeldende dom er relevant også i etterretningstilfeller, fordi kildeinformasjon i praksis ofte vil være tilgjengelig på en journalists pc.

Dommen gir avklaringer på generelle spørsmål som også gjør seg gjeldende i etterretningssaker. Krav til presis nok ransakelsesordre f.eks. er her sentralt.¹⁶⁵ Dommen gir krav til presis nok ransakelsesordre, og er derfor relevant også i etterretningssaker.¹⁶⁶ Selv om domstolen ikke kan utlede at hensikten bak ransakelsen var å avsløre journalistens kilder, er ordlyden for bred for å utelukke muligheten. Dommen slår fast at ransakelse av en journalists arbeidssted i praksis vil muliggjøre avdekking av all dokumentasjon journalisten innehar.¹⁶⁷ Terskelen er at det er nok at det «likely», kan identifisere en kilde.¹⁶⁸

4.4.5 *Becker v. Norway* (2017)

Becker-dommen, først behandlet i norsk Høyesterett i Rt. 2011 s. 1266 ble behandlet av EMD 5. oktober 2017.¹⁶⁹ Det henvises til punkt 4.2.2 for faktum.

Det legges innledningsvis til grunn av EMD at partene er enige at det foreligger et inngrep i retten til å motta opplysninger, EMD går derfor videre til å vurdere de øvrige vilkårene. EMD tar derfor først for seg lovkravet. EMD påpeker at den nasjonale loven skal være både tilgjengelig og forutsigbar, for å kunne gi individet en mulighet til å regulere egen atferd etter loven.¹⁷⁰ Lovkravet anses oppfylt av EMD gjennom Høyesteretts behandling av lov og forarbeid.¹⁷¹ I nødvendighetskravet starter EMD med å gå kort igjennom rettsutviklingen på kildevern. Første dom som trekkes frem er *Goodwin*, som kjent er prejudikatdommen på området.¹⁷² Prinsippene er fulgt opp og presisert i blant annet i *Sanoma Uitgevers* avsnitt 51. I vurderingen av nødvendighetsvilkåret kom EMD til at art. 10 ikke automatisk kan bli opphevet fordi kilden selv gjør seg til kjenne som kilde. Momentene som ble tatt i betraktning i vurderingen var at kunnskapen om Mr. Xs identitet ikke kunne være utslagsgivende for proporsjonalitetsvurderingen.¹⁷³

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Avsnitt 61.

¹⁶⁷ Avsnitt 52.

¹⁶⁸ Avsnitt 50.

¹⁶⁹ *Becker v. Norway*, Application no. 21272/12, Judgement 05.10.2017, heretter *Becker v. Norway*.

¹⁷⁰ Avsnitt 62.

¹⁷¹ Avsnitt 64-64.

¹⁷² Se særlig avsnitt 39 i *Goodwin*.

¹⁷³ Avsnitt 75.

Omstendighetene rundt Mr. X sin motivasjon for å gjøre seg kjent som kilden, og det faktum at han sto frem under etterforskning tilsier at graden av beskyttelse under artikkel 10 i den aktuelle saken ikke kunne nå samme nivå som for journalister til uidentifiserte kilder.¹⁷⁴

EMD påpekte at journalisten nektet å oppgi kilden eller kildene ikke på noe tidspunkt hindret etterforskningen, eller påfølgende rettsak mot Mr. X.¹⁷⁵ EMD bygger på tidligere praksis rundt hvilken chilling effect som vil oppstå når journalister blir pålagt å identifisere sine anonyme kilder.¹⁷⁶ EMD bygger videre på resonnementet fra *Financial Times* om hvordan omdømmet til avisen negativt kan påvirkes, og dermed kan påvirke tilgang på fremtidige anonyme kilder.¹⁷⁷

EMD vurderte omstendighetene i den foreliggende sak til å ikke være tilstrekkelig for vitneplikt for journalisten. Som vurderingsmomenter i helhetsvurderinga trekkes frem den konkrete utformingen av pålegget,¹⁷⁸ og at kilden opptrer i vond tro.¹⁷⁹ Grunnene anført for vitneplikt ble av EMD ansett som relevante, men utilstrekkelige. EMD var ikke overbevist om at avsløringen av kilden er rettferdiggjort av en «overriding requirement in the public interest», og derfor nødvendig i et demokratisk samfunn.¹⁸⁰

Dommen er den første i EMD som behandler når en kilde allerede har gjort seg selv kjent. EMD kommer med en sentral uttalelse om at pressens kildevern tar sikte på å beskytte både journalisten og kilden, og dermed også samfunnet i avsnitt 76. Kildevernet skal etter dette overordnet sett beskytte samfunnets interesse i fri formidling av nyheter, og ikke kilden i seg selv.¹⁸¹

“(…) the Court has held that protection afforded to journalists in respect of their right to keep their sources confidential is ‘two-fold, relating not only to the journalist, but also and in particular to the source who volunteers to assist the press in informing the public about matters of public interest’ (….) Accordingly, the circumstances with respect to both Mr X’s motivation for presenting himself to the applicant as a ‘source’

¹⁷⁴ Avsnitt 76.

¹⁷⁵ Avsnitt 80.

¹⁷⁶ Avsnitt 82.

¹⁷⁷ Avsnitt 67 jf. *Financial Times* avs. 63.

¹⁷⁸ Avsnitt 72.

¹⁷⁹ Avsnitt 74.

¹⁸⁰ Avsnitt 83.

¹⁸¹ jf. Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Oslo 2018, s. 306.

and the fact that he came forward during the investigation suggest that the degree of protection under Article 10 of the Convention to be applied in the present case cannot reach the same level as that afforded to journalists who have been assisted by persons of unknown identity to inform the public about matters of public interest or matters concerning others.”¹⁸²

Det ble også av EMD påpekt at journalisters kildebeskyttelse er todelt, i den grad den beskytter både gjeldende kilde, og journalistens integritet. For det første, og mest åpenbare å beskytte journalisten. For det andre, for å beskytte kildene som frivillig deler informasjon som er av interesse for det offentlige. Omstendighetene med hensyn til både Mr. Xs motivasjon for å presentere seg som kilden, og det faktum at han kom fram under etterforskningen tyder på at graden av beskyttelse i henhold til art. 10 ikke kan oppnå samme nivå av beskyttelse som gis til journalister som har blitt assistert av anonyme kilder for å informere offentligheten om saker av allmenn interesse eller saker angående andre. EMD viser til *Financial Times* for å påpeke at en chilling-effect vil skje når journalister må assistere i å identifisere sine anonyme kilder.¹⁸³ Dommen har betydning i etterretningstilfeller fordi den oppstiller at kildebeskyttelse etter artikkel 10 gjelder også når kilden gjør seg kjent.

4.4.6 *Gîrleanu v. Romania* (2018)

Gîrleanu v. Romania ble behandlet av EMD den 26. juni 2018.¹⁸⁴ Saken gjaldt en journalist som i 2005 hadde mottatt en CD som inneholdt en kopi av hemmeligstemplede dokumenter som var lekket fra en rumensk militærenhet i Afghanistan et år tidligere. Journalisten hadde diskutert innholdet med Romanian Armed Forces and Intelligence Service, og hadde også delt det med journalistkollegaer, samt andre. I 2006 ble huset til journalisten ransaket, og harddriven til pcen ble beslaglagt. Det rettslige spørsmålet var om ransakelsen og beslagleggelsen av journalistisk materiale utgjorde brudd på EMK art 10.

EMD kom enstemmig til at kildevernet var krenket. EMD vurderte at lovkravet var i tråd med nasjonal lov og legitimt formål.¹⁸⁵ Spørsmålet var om inngrepet var proporsjonalt. I nødvendighetsvurderingen ble det vurdert at interessene som sto på spill, hadde skapt mye

¹⁸² Avsnitt 76.

¹⁸³ Avsnitt 82.

¹⁸⁴ EMDs dom, 25.06.2018, *Gîrleanu v. Romania*.

¹⁸⁵ Avsnitt 82-83.

debatt i media og reiste spørsmål av offentlig interesse.¹⁸⁶ I vurderinga ble det lagt vekt på at informasjonen var udatert, og sannsynligvis ikke ville være en fare for nasjonal sikkerhet. Dokumentene hadde også blitt de-klassifisert.¹⁸⁷ Journalisten var ikke selv medlem av forsvaret, og informasjonen var heller ikke fremskaffet på ulovlig vis. Han hadde heller ikke aktivt søkt å fremskaffe den. Informasjonen var allerede kjent av enkelte andre før den nådde frem til innklagende journalist. Det ble også lagt vekt på at det første journalisten gjorde da han fikk hånd i informasjonen var å kontakte dem informasjonen gjaldt.¹⁸⁸

Det fremgikk ikke fra etterforskningen om militæret hadde prøvd å få tilbake informasjonen, eller advare om mulige farer. Den nasjonale retten hadde ikke vurdert handlingsmønsteret til den innklagede journalisten, det var heller ikke vurdert om informasjonen kunne ha forårsaket en trussel av militære strukturer i Afghanistan. Herunder var det ikke vurdert om å opprettholde konfidensialitet i dokumentene opp mot det journalistiske arbeidet, og om det offentlige interesse i å bli informert om en lekkasje, og eventuelt innholdet i det lekkede materialet.¹⁸⁹ Samlet tilsa dette at kildevernet var krenket.

Dommen kan tas til inntekt for å vise formidling av klassifisert materiale av offentlig interesse som i dette tilfellet, Afghanistan/Irak-konflikten og internettforskning i justisdepartementet.¹⁹⁰

EMD stiller også krav til journalisten. Det stilles krav her, som i tidligere dommer til at journalisten opptrer i god tro for å kunne tilby sannferdig og pålitelig informasjon, i tråd med ansvarlig journalistikk.¹⁹¹ Videre kan dommen tas til inntekt for i saker hvor avsløringen gjelder klassifisert militær informasjon, må det være opp til nasjonal rett å avgjøre marginene. Dette vil være spesielt relevant i etterretningstilfeller. Den gjeldende journalisten hevdet å ha arbeidet med materiale i en journalistisk prosess, og at han ikke var medlem av militæret, eller forsøkte å fremskaffe militær informasjon på vegne av andre stater eller private firmaer. Et sentralt vurderingsmoment EMD oppstiller fremgår av avsnitt 89 i dommen. Spørsmålet blir om handlingene på det aktuelle tidspunktet var kapable til å forårsake «considerable damage»

¹⁸⁶ Avsnitt 87.

¹⁸⁷ Avsnitt 89.

¹⁸⁸ Avsnitt 91–92.

¹⁸⁹ Avsnitt 87.

¹⁹⁰ Avsnitt 87.

¹⁹¹ Avsnitt 84.

på nasjonal sikkerhet. Dette vil ofte være et viktig og relevant moment å vurdere i typiske etterretningstilfeller.

4.4.7 *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* (2021)

Big Brother Watch-saken ble behandlet av EMD i storkammer 25. mai 2021.¹⁹² Klagerne i saken var ulike journalister og menneskerettighetsorganisasjoner. Saken var foranlediget av Edwards Snowdens avsløringer om blant annet overvåkende etterretningssystemer. Det rettslige spørsmålet var om tre ulike overvåkningsregimer var ulovlige etter EMK artikkel 8 og artikkel 10. Saken er svært omfattende og gjelder bulkinnhenting av kommunikasjon, etterretning som deler informasjon med fremmede stater, og å skaffe seg data fra ulike kommunikasjonsservicetjenester. Drøftelsen vil primært fokusere på dommens behandling av artikkel 10 på grunn av oppgavens problemstilling.

Storbritannia ble dømt for brudd på både EMK artikkel 8 om retten til privatliv, og artikkel 10 om ytringsfrihet og kildevern. Dommen fastslår at det også på etterretningsområdet kreves forutgående autorisasjon av en domstol eller domstolliknende organ før kildesensitiv informasjon kan behandles.¹⁹³ Dommen er med dette rettsavklarende, og vil ha avgjørende betydning for behandling av kilde spørsmål opp mot etterretning i Norge.

Domstolen presiserer at ytringsfriheten etter EMK art. 10 er underlagt «special scrutiny», fordi det er en essensiell forutsetning for et demokratisk samfunn.¹⁹⁴ EMD oppstiller så terskelen for inngrep i kildevernet. Inngrep i kildevernet vil etter denne avgjørelsen bare være tillat hvis det er:

“justified by an overriding requirement in the public interest.”¹⁹⁵

Dette ivaretas i hovedsak ved at en domstol, eller domstolliknende organ som har myndighet til å avgjøre om kravet om allmenn interesse er oppfylt før materiale som kan avsløre identiteten til kilden overleveres, og for å unngå unødvendig adgang til slik kildeinformasjon.¹⁹⁶ Det stilles krav til klare kriterier, herunder om mindre inngripende tiltak

¹⁹² EMDs dom, 25.05.2021, *Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom* (no. 58170/13, 62322/14 og 24960/15), heretter *Big Brother Watch*.

¹⁹³ Se dommens avs. 450.

¹⁹⁴ Avsnitt 488.

¹⁹⁵ Avsnitt 444.

¹⁹⁶ *Ibid.*

kan fungere tilstrekkelig, skal disse brukes.¹⁹⁷ Det skal være opp til dommeren¹⁹⁸ å avgjøre om en tillatelse skal gis, og om eventuelt det skal gis et begrenset pålegg.¹⁹⁹ Domstolen oppstiller egne krav til hasterutiner som kan identifisere og isolere informasjonen ut fra materialet før det utleveres, for å eliminere muligheten for å avsløre anonyme kilder.²⁰⁰

EMD oppstiller krav til rettsikkerhetsgarantier, hvor *forutgående* kontroll av domstol eller domstolliknende organ er av den mest sentrale.²⁰¹ Denne forutgående domstolskontrollen er svært sentral, og spesielt i krysningpunktet kildevern og etterretning. Slikt konfidensielt journalistisk materiale kan hentes ut av etterretningen ved bruk av to ulike metoder. Den første metoden er «intentionally» eller «unintentional» som et «bycatch» av bulkinnsamlingen.²⁰²

I «intentional» tilfellene vil inngrepet tilsvare en ransakelse av journalistens hjem eller arbeidssted, uavhengig av om etterretningens intensjon var å avdekke en kilde eller ei. Dette medfører at det før søk må være autorisert av dommer eller dommerlignende med myndighet til å avgjøre om kravet til «justified by an overriding requirement in the public interest», og om det er mindre inngripende tiltak som heller kan gjøres for å oppnå samme formål.

I «unintentional» tilfellene, selv om hensikten bak ikke er å avdekke journalistisk materiale, er det en risiko for at det likevel avdekkes som en «bycatch» av bulkinnhenting.²⁰³ Det oppstilles et materielt skille mellom dette og «intentional» innhenting. Fordi omfanget av inngrepet ikke kan forutses i slike tilfeller, er det heller ikke mulig for myndighetene, ved dommeren å avgjøre hvorvidt dette vil være en ”justified by an overriding requirement in the public interest”, og spesielt om en mindre inngripende måte kan oppnå samme mål.²⁰⁴

Domstolen legger så vekt på hvilken måte teknologi øker graden av kontakt mellom kilde og journalist, gjennom ulike arenaer på internett. Dette fører igjen til at overvåking, selv om det ikke er rettet mot individer har kapasitet til å nå langt, både i og utenfor den bestemte stat. Dette fordi undersøkelsen av en journalists kommunikasjon/data relatert til en journalists

¹⁹⁷ Avsnitt 445.

¹⁹⁸ Eller person med dommerlignende funksjon.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Avsnitt 447.

²⁰³ Avsnitt 449.

²⁰⁴ Avsnitt 449.

kildekommunikasjon kan lede til avdekking av identiteten til kilden.²⁰⁵ Domstolen anser derfor at det er avgjørende at nasjonal lov inneholder rettsikkerhetsgarantier som er solide nok hva gjelder oppbevaring, undersøkelse, bruk, ”onward transmission”, og destruering av slikt konfidensielt materiale.²⁰⁶ Dersom det blir klart at kommunikasjon, eller materiale relatert til kommunikasjonen inneholder journalistisk materiale vil fortsatt lagring og undersøkelse bare være mulig i tilfeller autorisert av dommer med myndighet til å avgjøre lovligheten av fortsatt lagring av materialet.

EMD slår fast at det også på etterretningsområdet kreves en bestemt behandling av konfidensielt journalistisk materiale, med en gang det blir klart at man har med slikt materiale å gjøre, nemlig en forutgående autorisasjon av domstol.²⁰⁷ Dette strider mot § 9-6 i etterretningstjenesteloven som allerede er trådt i kraft per september 2021. Det er bestemt at kapitlene 7 og 8 (med unntak av § 7-3) trer i kraft 1. januar 2022, disse delene av loven strider også mot resultatet av dommen. Resultatet av dommen strider med kapitlene 7 og 8 om tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende kommunikasjon og om etterfølgende domstolskontroll fordi EMD oppstiller lignende krav på etterretningsområdet, slik som på straffeprosessområdet, blant annet *Sanoma Uitgevers*-dommen. På bakgrunn av dette oppstilles det en streng terskel for både nødvendighetsvurderingen, og EMDs prøving i kildevernsaker.

4.5 Oppsummering og konklusjon

Punktet vil gi en oppsummering og konklusjon. Pressens rettslige kildevern har alltid stått sterkt i EMDs praksis. Utviklingen har vist å gi enda sterkere rettslig vern. Det har spesielt den siste tiden, skjedd en revolusjon i forhold til bulkinnstilling. Rettsutviklingen som har skjedd rundt tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende informasjon har banet ny vei, bare det siste året.

På bakgrunn av dette vil det nå gis en mer systematisk gjennomgang av noen sentrale punkter oppstilt i rettspraksis.

²⁰⁵ Avsnitt 450.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Eller domstolliknende organ.

5. Systematisk gjennomgang av sentrale dommer

Punktet 5 vil ta for seg de mest sentrale momentene oppstilt i punkt 4.

5.1 Gjelder materialet spørsmålet av offentlig interesse?

Hvorvidt materialet gjelder spørsmål av offentlig interesse, er et av de mest overordnede vurderingsmomentene. Momentet fremgår av flere dommer presentert tidligere i oppgaven. Kildevernet kan bare vike dersom det foreligger:

*”an overriding requirement in the public interest.”*²⁰⁸

Hva som konkret ligger i momentet, er sammenstilt og nyansert i flere dommer. En av de første vurderingsmomentene er hvorvidt opplysningene gitt av kilden er av «samfunnsmessig betydning». Dette momentet ble først behandlet i *Rolfsen*-saken.²⁰⁹ Høyesterett legger i dommen til grunn at terskelen øker med den samfunnsmessige betydningen av arbeidet journalisten gjør.²¹⁰ Høyesterett viser til Rt. 2004 s. 1400 avs. 32, også kjent som *Lekkasjesaken* for å vise at dersom opplysningene er gitt er av samfunnsmessig betydning er kildevernet «langt på vei (...) absolutt».

Hvis saken gjelder alvorlig kriminalitet, kan det være grunn til å gjøre unntak fra kildevernet, herunder forbrytelser mot terrorlovgivningen.²¹¹ Forbrytelser opp mot terrorlovgivningen er svært aktuelt opp mot etterretningssaker. *Rolfsen*-saken er et svært sentralt eksempel på etterretning og forbrytelser mot terrorlovgivningen opp mot journalisters kildevern.

5.2 Chilling effect

Et annet vurderingsmoment er hvilken chilling effect som oppstår når en journalist må avdekke sine kilder. Momentet er drøftet i flere dommer. Høyesterett påpekte i *NRK Brennpunkt* at dersom det gjøres unntak i kildevernet, vil selv om det isolert sett er gode grunner for det, være en risiko for at kilder ikke henvender seg til pressen.²¹² Videre påpekes

²⁰⁸ jf. b.l.a. *Financial Times* avs. 59, *Becker vs. Norway* avs. 56, *Sanoma* avs. 51.

²⁰⁹ *Rolfsen*, avs. 67-68.

²¹⁰ *Rolfsen*, avs. 23, 67

²¹¹ *Rolfsen*, avs. 68 jf. *NRK Brennpunkt*, avs. 32.

²¹² *NRK Brennpunkt*, avs. 34. Se også *Rolfsen* avs. 54.

det at det må sees hen til den langsiktige chilling effect det kan få, og risikoen for at mer utstrakt bruk av vitneplikt vil kunne medføre at kilder blir borte.²¹³

Financial Times slår fast at chilling-effecten vil oppstå hvor enn journalister må bidra til å identifisere sine anonyme kilder, det samme bekreftes i senere dommer.²¹⁴ Det presiseres i senere praksis at i den gjeldende dommen var det tilstrekkelig at informasjon eller hjelp var nødvendig i henhold til opplysningsordre med det formål å identifisere X.

Sanoma Uitgevers bekrefter standpunktet i *Financial Times*.²¹⁵ EMD uttaler videre at muligheten for å identifisere er nok for å konstatere brudd på EMK art. 10 første ledd.²¹⁶ EMD legger også vekt på ringvirkningene det kan få for avisens fremtidige kilder. Det legges også vekt på inntrykket det vil påføre samfunnet generelt som har interesse i å motta informasjon gjennom anonyme kilder, og som selv kan være potensielle kilder.²¹⁷

5.3 Krav til kilden

Et annet moment i helhetsvurderingen er hensikten til kilden. *Runestein*-dommen slo fast at retten til kildevern gjelder uavhengig av om kilden opptrer lovlig eller ulovlig.²¹⁸ Kildevernet gjelder også uavhengig av om kilden er kjent for politiet.²¹⁹ Kilden må ha handlet i god tro, ikke ha hatt en skadelig hensikt, eller bevisst avslørt forfalsket informasjon.²²⁰ At kilden opptrer i god tro, er et moment i helhetsvurderingen, uten å ha avgjørende vekt.²²¹

En sentral dom hva gjelder krav til kilden fremgår av *Girleanu*-saken. Det første vurderingsmomentet er om materialet er sett av andre i forkant.²²² Det andre vurderingsmomentet er hvorvidt informasjonen er oppnådd på ulovlig vis.²²³ Det tredje vurderingsmomentet er hvorvidt journalisten har konfrontert vedkommende informasjonen omhandler.²²⁴ Heller ikke dette momentet vil utgjøre avgjørende vekt, men vil være et

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Se f.eks. *Becker v. Norway* avs. 82 og *Sanoma Uitgevers* avs. 65.

²¹⁵ Se *Financial Times* avs. 71.

²¹⁶ Se *Financial Times* avs. 72.

²¹⁷ Se *Financial Times* avs. 63.

²¹⁸ Se *Runestein* avs. 59.

²¹⁹ Se *Nagla*, avs. 80.

²²⁰ Se *Financial Times* avs. 63.

²²¹ Se *Becker v. Norway* avs. 74, *NRK Brennpunkt* avs. 30.

²²² Se *Girleanu* avs. 91.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Se *Girleanu*, avs. 92.

moment i en helhetsvurdering.²²⁵ Momentet ble vurdert i *Becker v. Norway*, hvor kildens oppførsel ble tillagt vekt. Kilden hadde handlet i vond tro, med det skadelige formålet å bevisst dele forfalsket informasjon.²²⁶ Kravet til god tro er videre utarbeidet i *Girleanu*-saken. Journalisten må opptre i god tro for å kunne tilby nøyaktig og pålitelig informasjon i tråd med reglene for ansvarlig journalistikk.²²⁷ Journalisters plikt til å kunne gi nøyaktig og pålitelig informasjon i samsvar med prinsippene for ansvarlig journalistikk. Journalistenes oppførsel, herunder lovlidighet ble ansett som relevant.²²⁸ I den konkrete saken ble informasjonen ikke funnet på en ulovlig måte, og var sett av andre tidligere, samt diskutert med de det gjaldt umiddelbart.²²⁹

5.4 Krav til journalisten

På samme måte som EMD stiller krav til kilden, stilles det også krav til journalisten, som et moment i helhetsvurderinga uten å utgjøre avgjørende vekt. Journalister har etter *Financial Times* en rett og plikt til å formidle informasjon om temaer av offentlig interesse, forutsatt at journalisten opptre i god tro. Dette for å kunne levere nøyaktig og pålitelig informasjon i samsvar med etiske retningslinjer for journalister.²³⁰

5.5 Nasjonal sikkerhet

Høyesterett påpeker i *Rolfsen* at dersom saken gjelder «alvorlig kriminalitet», kan det gjøres unntak fra kildevernet. Sentralt blant hva som rommes av «alvorlig kriminalitet» er «crimes against national security».²³¹

Et vurderingsmoment er om handlingene på det aktuelle området var kapable til å forårsake «considerable damage» på nasjonal sikkerhet.²³² I dette tilfellet gjaldt informasjonen udatert og deklassifisert informasjon.²³³ Dette vurderingsmomentet har også fungert som et moment i helhetsvurderingen. Vurderingsmomentet er svært aktuelt i etterretningstilfeller.

²²⁵ Se *Financial Times* avs. 63.

²²⁶ Se *Becker v. Norway* avs. 68.

²²⁷ Se *Girleanu*, avs. 84.

²²⁸ Se *Girleanu*, avs. 84.

²²⁹ Se *Girleanu*, avs. 91 jf. 92.

²³⁰ Se *Financial Times* avs. 62.

²³¹ Se *Rolfsen*, avs. 67.

²³² Se *Girleanu*, avs. 89.

²³³ *Ibid.*

Alvorlig kriminalitet, og herunder kriminalitet som truer nasjonal sikkerhet vil i praksis ofte være terrorforbrytelser, slik som i *Rolfesen*. Både Høyesterett og EMD har forståelse for at terrorbeskyttelse er avgjørende viktig for ethvert samfunn, men legger likevel vekt på at kildevernet står svært sterkt. Dette vises blant annet i *Rolfesen*-saken.

5.6 Særlig om bulkinnsamling og masseovervåkning av data

Big Brother Watch-dommen er som kjent ny av året, og har en rekke sentrale avklaringer. Enhver forstyrrelse av retten til beskyttelse av journalistiske kilder må ivaretas med *safeguards* som står i forhold til viktigheten av prinsippet som står på spill.²³⁴ Det stilles konkrete krav før inngrep gjøres i kildevernet.²³⁵ Først og fremst kreves en rettslig gjennomgang av en dommer eller dommerlignende uavhengig organ som kan avgjøre om kravet til allmenn interesse er oppfylt, for å forhindre at unødvendig informasjon som kan avdekke kildens identitet avsløres.²³⁶

Avgjørelsen skal tas etter klare kriterier, inkludert om en mindre inngripende måte kan tjene de overordnede offentlige interesser etablert.²³⁷ Det skal være opp til dommeren å enten nekte, eller kun gi begrenset eller som qualified order for å beskytte kilder fra å bli avdekket. Videre skal det være egne hasteprosedyrer som kan identifisere og isolere før informasjon som kan avsløre kilders identitet gjøres.²³⁸

EMDs storkammer skiller mellom tilfeller hvor intensjonen til etterretningstjenesten er å få tilgang til konfidensielt journalistisk materiale, og tilfeller hvor det ikke har vært intensjon om å få tilgang til journalistisk materiale.²³⁹ Tilfeller med intensjon kan f.eks. være gjennom søkemetoder hvor det er høyt sannsynlig at slikt materiale vil bli utvalgt til nærmere undersøkelse.

I tilfellene hvor e-tjenesten hadde som intensjon å få tilgang til konfidensielt journalistisk materiale, vil søk utgjøre inngrep på linje med ransakelse av journalistens hjem eller arbeidsplass. Dette gjelder uavhengig av om intensjonen egentlig var å identifisere en kilde, så lenge bruken av søkemetoder kan knyttes til en journalist, eller høyst sannsynlig ville

²³⁴ *Big Brother Watch* avsnitt 444 jf. *Sanoma Uitgevers* avs. 85–89.

²³⁵ Avsnitt 445.

²³⁶ Avsnitt 444 jf. *Sanoma Uitgevers* avs. 88–90.

²³⁷ Avsnitt 445.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Avsnitt 448–449.

resultere i anskaffelse av betydelige omfang konfidensielt journalistisk materiale. Dette kan undergrave beskyttelsen av kilder i en enda større grad enn et pålegg om å avsløre en kilde.²⁴⁰

Før etterretningstjenesten bruker utvelgingskriterier eller søkeord som er kjent for å være koblet til en journalist, eller som svært sannsynlig er det, kreves det godkjenning av en dommer eller annet uavhengig og upartisk beslutningsorgan. Dommeren eller annet uavhengig og upartisk beslutningsorgan må avgjøre om det er «an overriding requirement in the public interest» og spesielt om et mindre inngripende tiltak kan ha tilstrekkelig til å tjene den overordnede allmenne interessen.²⁴¹

I tilfellene hvor det ikke er intensjon å avdekke konfidensielt journalistisk materiale vil det når «highly probable» uansett være en risiko for at slikt materiale skal bli avlyttet, og undersøke om det kan avdekkes som et «bycatch» av bulkinnhenting. EMDs syn er at denne situasjonen er vesentlig forskjellig fra målrettet overvåkning av en journalist gjennom art. 8 første og fjerde ledd.

Videre understreker domstolen at den stadig mer digitale og teknologiske alder øker volumet av kommunikasjon som krysser landegrensene på nett. Konsekvensovervåking som ikke er rettet direkte mot enkeltpersoner har kapasitet til å ha en svært bred rekkevidde, både innenfor og utenfor overvåkingsstatens territorium.²⁴² Ved undersøkelse av en journalists kommunikasjon, eller tilhørende kommunikasjonsdata som vil kunne føre til identifisering av en kilde, anser domstolen det som tvingende nødvendig at nasjonal lovgivning inneholder robuste sikkerhetstiltak vedrørende lagring, undersøkelse, bruk, videre overføring og ødeleggelse av slikt konfidensielt materiale.²⁴³

Etterretningstjenestens fortsatte lagring og undersøkelse av en analytiker bør bare være mulig hvis det er autorisert av en dommer, eller annet uavhengig og upartisk beslutningsorgan å bestemme om fortsatt oppbevaring og undersøkelse er «justified by an overriding requirement in the public interest», og spesielt om en mindre inngripende måte kan tjene samme formål.²⁴⁴

²⁴⁰ Avsnitt 448.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Avsnitt 450 jf. 322–323.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*

6. Avsluttende bemerkninger

Som presentert innledningsvis er oppgavens hovedproblemstilling å undersøke hvor sterkt pressens kildevern er i typiske etterretningstilfeller. Punktet vil gi noen avsluttende bemerkninger knyttet til hovedproblemstillingen.

Slik fremstillingen har vist er det flere potensielle problemer med den nye etterretningstjenesteloven, sett opp mot pressens kildevern. *Big Brother Watch*-dommen bidro med rettslige avklaringer på dette spørsmålet. Dommen stiller som kjent krav til forutgående kontroll av en domstol, eller et domstolliknende organ før kildesensitiv informasjon kan behandles, eller med en gang det er klart at man har med slik informasjon å gjøre.²⁴⁵

Domstolkontroll, eller domstolliknende kontroll er forsøkt løst gjennom EOS-utvalget i norsk rett. EOS-utvalget er kun ment som en etterfølgende kontroll i praksis.²⁴⁶ Løsningen gjennom EOS-utvalget kan derfor tvilsomt sies å oppfylle kravene EMD stiller til forutgående kontroll. På bakgrunn av dette bør spørsmålet derfor videre utredes. Videre bør også uavhengig forhåndsautorisasjon av målrettet innhenting overfor journalister utredes, for å avgjøre hvorvidt det er i overensstemmelse med EMK.

Mye tyder på at det bør stilles strengere krav til innhenting av bulkdakta, både i «intentionally» og «unintentionally» tilfellene. På bakgrunn av dette og overnevnte kan det derfor avslutningsvis konkluderes med at etterretningstjenesteloven kun delvis innfrir kravene basert på EMK, og spesielt i lys av *Big Brother Watch*-dommen.

Pressens kildevern i fokus i etterretningstilfeller kan etter dette sies å ha noen problematiske sider, herunder at kravet til forutgående domstolkontroll bør videre utredes.

²⁴⁵ Se dommens avsnitt 450.

²⁴⁶ Prop.80 L (2019-2020) pkt. 12.8 og etterretningstjenesteloven § 9-6.

7. Kilder

7.1 Lover og konvensjoner

Lov 17. Mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4 november 1950.

International Covenant on Civil and Political Rights, vedtatt 16 desember 1966.

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett.

Lov 17. Juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

Lov 20. Juni 2005 nr. 28 om straff.

Lov 19. Juni 2020 nr. 77 om Etterretningstjenesten.

7.2 Lovforarbeider

Ot. prp. nr. 55 (1997-1998).

NOU 1988:2.

NOU 1999:27 Ytringsfrihetskommisjonen, særskilt vedlegg Del II kap. 3.1.

St. Meld. Nr. 26 (2003-2004).

Innst. O. Nr. 270 (2003-2004).

Innst. 357 L (2019-2020).

Prop. 31 L (2019-2020).

Meld. St. 5 (2020-2021).

Prop. 89 L (2019-2020) Etterretningstjenesteloven (ny lov).

Prop. 80 L. (2019-2020) Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven).

7.3 Rettsavgjørelser

Inntatt i Norsk Rettstidende (Rt.)

Rt. 1992 s. 30

Rt. 1995 s. 1166

Rt. 1997 s. 1734

Rt. 2004 s. 1400

Rt. 2008 s. 1764.

Rt. 2010 s. 1381

Rt. 2011 s. 1266

Rt. 2013 s. 1290

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 1286

7.4 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol

Goodwin v. UK, Application no. 17488/90, Judgement 27.03.1996.

Roemen and Schmit v. Luxembourg, Application no. 51772/99, Judgement 25.02.03.

Nordisk Film & TV A/S v. Denmark, Application no. 40485/02, Judgement 08.12.2005.

Financial Times ltd. and others v. UK. Application no. 821/03, Judgement 15.12.2009.

Sanoma Uitgevers B.V v. the Netherlands, Application no. 38224/03, Judgement 14.09.2010.

Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxembourg, Application no. 26419/10, Judgement 18.04.2013.

Nagla v. Latvia, Application no. 73469/10, Judgement 16.10.2013.

Bedat v. Switzerland, Application no. 56925/08, Judgement 29.03.2016.

Becker v. Norway, Application no. 21272/12, Judgement 05.10.2017.

Gîrleanu v. Romania, Application no. 50376/09, Judgement 25.06.2018.

Ali Gürbüz v. Turkey, Application no. 52497/08, Judgement 12.03.2019.

Privacy International v. The United Kingdom (ennå ikke i sml.) Sak C-623/17.

Big Brother Watch and others v. The United Kingdom Application no. 58170/13, 62322/14 og 24960/15), Judgement 25.05.2021.

7.5 Litteratur

Bøker

Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, (Oslo 2018).

Bertelsen Ehlers, Tor, *EMK Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, (Oslo 2011).

Boe, Erik Magnus, *Grunnleggende juridisk metode- En introduksjon til rett og rettstenking*, 4. utgave (Oslo 2020).

Elden, John- Christian, Anders Brosveet, Håkon Bodahl-Johansen, *Straffeprosess- en veiledning* (Oslo 2012).

Høgberg, Alf Petter mfl., *Juridisk metode og tenkemåte*, (Oslo 2019).

Høsmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, (Oslo 2012).

Lindahl, Ina, *Massemedienes kildevern*, (Bergen 2009).

Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, (Oslo 2002).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004).

Peter Vedel Kessing, *Terrorbekæmpelse og menneskeret*, (København 2009).

Robbestad, Anne, *Sivilprosess*, 2. utgave, (Bergen 2013).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og retts-anvendelse*, (Oslo 2018).

Solheim, Stig Harald, «Rettsanvendelsen på EMK-rettens område» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg, Jørn Øyrehagen Sunde (red.) (Oslo 2019), s. 360-384.

Torvund, Ola, *Ytringsfrihet og medieregulering*, (Oslo 2020).

Artikler

Bernt, Jan Fridthjof, ” Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren” i *Nybrott og Odling-Festskriv til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. April 2002*, 2002, s. 259-272.

Kierulf, Anine, ” Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?” i *Lov og Rett*, Oslo 2012, 03/2012 (Volum 51) s. 131-150.

Kierulf, Anine, ” Rolfsen-saken: Høyesterett som kildevernets rettsavklarer” i *Kritisk Juss*, Årgang 42 nr. 1, 2016, s. 55-61.

7.6 Andre kilder

Justisdepartementet, *Veileder evaluering av lover: Med tilsvarende anvendelse på forskrifter og andre rettsregler*, 2009.

Lysne II-utvalget, *Digitalt grenseforsvar (DGF)*, 2016.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NIM), *Høringsuttalelse om forslag til ny lov om Etterretningstjenesten*, 2018/2019.

Datatilsynet, *Personvernundersøkelsen 2019/2020*.

PST Nasjonal trusselvurdering 2021.

Rettslig analyse: Etterretningstjenesteloven kapittel 7 og 8 i lys av dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstolen og EU-domstolen, Forsvarsdepartementet.

