

VITENSKAPELIG PUBLIKASJON

Forvaltningsloven og offentlig innsynsrett etter EMK artikkel 10

MARIUS MIKKEL KJØLSTAD

*Stipendiat ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, og tidligere rådgiver
ved Norges institusjon for menneskerettigheter
marinus.kjolstad@uib.no*

SAMMENDRAG Forvaltningslovutvalget har forsøkt å utforme taushetspliktsreglene i sitt lovforslag slik at innsynsretten etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 10 kan sikres på en god måte. Drøftelsen av artikkel 10 er imidlertid knapp, og forslaget til unntaksbestemmelse i § 36 andre ledd bokstav d er ikke egnet til å oppnå sin hensikt. Artikkelen argumenterer for at det bør gjøres grundigere vurderinger av spørsmålet i den videre lovgivningsprosessen, og gir samtidig en oversikt over nyere rettspraksis.

NØKKELOD innsynsrett, taushetsplikt, Den europeiske menneskerettskonvensjonen, forvaltningsloven, Magyar Helsinki Bizottság, gjennomføring av menneskerettigheter

ABSTRACT In its draft act, the Law Commission on the Public Administration Act has attempted to construct the provisions regarding the duty of confidentiality in light of the right to access to official documents under Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR). However, the Commission's examination of Article 10 is rather brief, and the proposed Article 36 (2) litra d is inadequate. This article argues that there is a need for more thorough assessments in the follow-up of the draft act and the remaining legislative process. It also provides an overview of recent case law in the field.

KEYWORDS access to official documents, duty of confidentiality, the European Convention on Human Rights, the Public Administration Act, Magyar Helsinki Bizottság, implementation of human rights

KRITISK JUSS. ÅRGANG 47 nr. 1-2, s. 4–26

© 2021 UNIVERSITETSFORLAGET

1 Innledning¹

Retten til innsyn i offentlige dokumenter er i utvikling internasjonalt. 1. desember 2020 trådte Tromsø-konvensjonen om tilgang til offentlige dokumenter fra 2009 i kraft, etter å ha blitt ratifisert av ti stater.² Parallelt har det de siste årene foregått en betydelig rettsutvikling og rettsavklaring i Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), der offentlig innsynsrett etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 10 er blitt styrket. Sentralt i denne utviklingen står storkammerdommen *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn* fra 2016, der EMD både utvetydig stadfestet at artikkel 10 i visse tilfeller kan inneholde en innsynsrett og trakk opp kriterier for vurderingen i slike saker.

Her hjemme har Høyesterett fulgt opp EMDs rettsutvikling i to saker fra 2013 og 2015 om innsyn for pressen i straffesaksdokumenter. I skrivende stund er domsavgiselsen i enda en slik sak rett rundt hjørnet. Høyesterett har fulgt opp EMDs praksis på en aktiv og god måte, og det er positivt. Hovedtemaet for denne artikkelen er hvorvidt innsynsretten etter artikkel 10, slik den er utviklet i senere års praksis, også bør gjennomføres i ny forvaltningslov.³ Direkte angår artikkelen altså et konkret lovgivningsspørsmål, men tematikken har også en side til mer prinsipielle spørsmål om nasjonal gjennomføring av internasjonale forpliktelser i lovgivningen. Dette er spørsmål som bør og antakelig vil bli grundig diskutert i kjølvannet av NAV-skandalen og rapporten fra NAV-utvalget.⁴ Jeg skal ikke sammenligne NAV-skandalen og dens rettslige problemkompleks med problemstillingen her, men et av siktemålene med artikkelen er å gi et bidrag til belysningen av mer generelle

-
1. Artikkelen utdyper og bygger videre på punkt 3.2 i Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) sitt høringssvar til NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, levert 2. desember 2019 og tilgjengelig på www.nhri.no. Artikkelforfatteren var ansatt ved NIM da høringssvaret ble skrevet. En stor takk til Anine Kierulf og Adele Matheson Mestad for gode diskusjoner og kommentarer underveis. Artikkelen står for forfatterens egen regning.
 2. Council of Europe Convention on Access to Official Documents (CETS No. 205, 18. juni 2009). Norge ratifiserte konvensjonen 11. september 2009.
 3. Når det gjelder innsyn i straffesaksdokumenter, som altså er problemstillingen Høyesterett har hatt oppe, kan det nevnes at professor Ragna Aarli leverte en utredning av spørsmålet til Justis- og beredskapsdepartementet 28. februar 2021. Utredningen ble levert rett før denne artikkelen gikk i trykken, og jeg har derfor ikke hatt anledning til å ta hensyn til den her. Utredningen er tilgjengelig på <https://journalisten.no/ina-lindahl-nyrud-innsyn-juss/foreslar-betydelig-utvidelse-av-pressens-innsynsrett-i-straffesaker/451036>.
 4. NOU 2020: 9 Blindsonen. Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området. Flere interessante utgangspunkter for slike diskusjoner finner man i Inge Lorange Backer, «Om gjennomføring av Barnekonvensjonen i norsk rett», i samme forfatters *Lov og lovgivning – artikler og foredrag*, Universitetsforlaget 2013, s. 173–194, i punkt 3 og 4.

spørsmål om lovgivning og implementering av internasjonale forpliktelser gjennom drøftelsen av et konkret tilfelle.

Utgangspunktet for artikkelen er Forvaltningslovutvalgets forsøk på å utforme taushetspliktsreglene i sitt lovforslag i tråd med innsynsretten etter artikkel 10. At utvalget har vurdert spørsmålet, er positivt, men som jeg skal forsøke å vise, er vurderingene som er gjort svært knappe, og den konkrete bestemmelsen – § 36 andre ledd bokstav d, som åpner for innsyn «så langt det er nødvendig for å unngå fare for liv eller helse eller for å unngå vesentlig skade eller tap» – er utformet på en lite heldig måte. Selve den nye forvaltningsloven er fortsatt til behandling i Justis- og beredskapsdepartementet, men høsten 2020 sendte departementet ut et lovforslag på høring der de følger opp enkelte deler av utvalgets utredning. Der foreslår de blant annet å innta en modifisert variant av § 36 andre ledd bokstav d i dagens forvaltningslov. Departementet har imidlertid forlatt tanken om at bestemmelsen skal ivareta artikkel 10, og foreslår den som en ren nødrettsbestemmelse. Det er uklart om departementet har sett for seg å komme tilbake til en nærmere vurdering av artikkel 10 i arbeidet med en totalrevisjon av forvaltningsloven.

Synspunktet i denne artikkelen er at en slik nærmere vurdering bør gjøres i neste trinn av lovgivningsprosessen. Det overordnede formålet med teksten er å trekke opp noen utgangspunkter for en slik vurdering. Dette vil falle i tre deler. I punkt 2 gjennomgår jeg innsynsretten etter EMK artikkel 10, slik den er utviklet i nyere rettspraksis fra EMD og Høyesterett. Jeg kommer til å vie dette en del plass, av to grunner. For det første er Forvaltningslovutvalgets gjennomgang summarisk, og det er heller ikke, så vidt meg bekjent, noen dybdefremstillinger i norsk rettsvitenskap som er oppdatert med den nyeste praksisen fra Strasbourg.⁵ For det andre kan

5. Johan Greger Aulstad, *Innsynsrett*, Fagbokforlaget 2018, har en omfattende fremstilling på over 50 sider av konstitusjonelle og menneskerettslige føringer for innsynsretten, men nevner så vidt jeg kan se, ikke den sentrale *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn* fra 2016. Boken tar ifølge forordet sikte på å være à jour frem til august 2017. Heller ikke Kristian Brandt, Jon Sverdrup Ejjestad, Hanne Harlem og Camilla Selman, *Offentleglova* (ajourført lovkommentar per 1. april 2020 på Juridika) nevner saken, og viser kun til praksis fra Høyesterett, se innledende kommentar, punkt 5. Praksis om EMK er så vidt jeg kan se, ikke nevnt i det hele tatt i Nils E. Øy, *Kommentarbok til offentliglova* (Cappelen Damm 2015) eller i Jan Fridthjof Bernt, *Norsk Lovkommentar* (Rettsdata), lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentliglova) (sist hovedrevidert 3. juli 2014). Av generell forvaltningsrettslig litteratur som behandler innsynsrett, omtales EMK verken av Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2019 (sml. pkt. 23.2–23.5) eller Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018 (sml. kap. 13). En kort oversikt finner man imidlertid hos Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018. Noen av spørsmålene er også behandlet av Ellen Lexerød Hovlid, «Hvem er journalist i norsk rett?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2020, s. 3–38, i punkt 6. DOI: <https://doi.org/10.18261%2Fissn.1504-3096-2020-01-01>. For øvrig er nyere praksis omtalt helt kort i NOU 2019: 10 Åpenhet i grenseland, s. 32.

innsynsretten etter EMK aktualiseres også i andre sammenhenger enn den som drøftes konkret i denne artikkelen, og i lys av det foregående kan derfor en fremstilling av praksis ha mer generell interesse. I punkt 3 gir jeg videre en oversikt over utvalgets vurderinger av EMK artikkel 10. I punkt 4 følger først en nærmere begrunnelse for hvorfor forslaget til lovbestemmelse er lite hensiktsmessig utformet, og her kommer jeg også kort inn på det nevnte lovforslaget fra departementet. Deretter avslutter jeg med noen betraktninger om lovgivningsprosessen videre, og kommer da inn på spørsmålet om lovgivningsteknikk.

Et spørsmål som fortjener å avklares allerede her, før jeg går videre, er hvorfor det er relevant å drøfte problemstillingen opp mot forvaltningsloven, når det er offentliglova som regulerer allmennhetens innsynsrett. Svaret på det er at offentliglova § 13 sier at opplysninger som er underlagt taushetsplikt i lov eller medhold av lov, er unntatt innsyn, og det skal ikke gjøres noen merinnsynsvurdering etter § 11. Det har den konsekvens at det på forvaltningsrettens område er utformingen av taushetspliktsreglene som er avgjørende for innsynsrettens utstrekning.⁶

Når det gjelder avgrensninger, kommer jeg til å begrense meg til EMK. Det vil si at jeg ikke går inn på Grunnloven § 100, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 18 eller den nevnte Tromsø-konvensjonen.⁷ I den grad det er aktuelt å komme inn på avveiningen mot retten til privatliv, vil dette også skje med utgangspunkt i EMK artikkel 8, og ikke Grunnloven § 102 eller SP artikkel 17.⁸ Begrunnelsen for disse avgrensningene er at den relevante praksisen på feltet primært knytter seg til EMK, som slik sett må sies å være den praktisk viktigste bestemmelsen.

6. En annen sak er at det er mulig at eventuelle lovendringer for å ivareta artikkel 10 kan plasseres i offentliglova i stedet for forvaltningsloven, sml. punkt 4.2.

7. For en oversikt over disse instrumentene, se Aulstad (2018), kap. 4 punkt 5.5, og kap. 6. For Tromsø-konvensjonens del, se også Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Access to Official Documents.

8. Når det gjelder EUs personvernforordning (forordning (EU) 2016/679 – GDPR), følger det av artikkel 86 at personopplysninger kan utleveres til allmennheten så langt dette skjer «i samsvar med [...] medlemsstatenes nasjonale rett». Artikkel 86 synes altså – i det minste som et utgangspunkt – ikke å legge noen bestemte materielle føringer på avveiningen mellom personvern og innsynsrett. For nærmere om artikkel 86 og norsk lovgivning, se Prop. 56 LS (2017–2018) kapittel 15.

2 Innholdet i innsynsretten etter EMK artikkel 10

2.1 Kort om rettsutviklingen i EMD

EMK artikkel 10 omfatter «frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser». Bestemmelsen har flere aspekter ved seg.⁹ For det første inneholder den en rett til å «meddele» opplysninger og ideer, som er den klassiske ytringsfriheten. For det andre gir den en rett til å «motta» opplysninger og ideer, altså informasjonsfrihet. Konsentrerer vi oss om sistnevnte, kan den ses på som en *negativ rettighet*. Det vil si at myndighetene må avstå fra å gjøre ulovlige inngrep, og som et eksempel kan vi tenke oss et tilfelle der myndighetene stenger ned en nettside og derigjennom avskjærer leserne fra å få tilgang til informasjonen som finnes der. Dette eksemplet illustrerer for øvrig at ytrings- og informasjonsfrihet kan være to sider av samme sak.¹⁰ Det man derimot ikke kan utlede direkte av ordlyden i artikkel 10, er et *informasjonskrav* rettet mot myndighetene, eller en *innsynsrett* – som er uttrykket jeg vil bruke her. Innsynsrett skiller seg fra informasjonsfrihet ved at det er snakk om en *positiv rettighet*.¹¹

At artikkel 10 etter sin ordlyd ikke inneholder noen innsynsrett, var også EMDs opprinnelige standpunkt gjennom mange år, blant annet i storkammeravgjørelsen *Leander mot Sverige* fra 1987.¹² Deretter skjedde det en gradvis utvikling med flere avgjørelser som tilsynelatende beveget seg bort fra det opprinnelige utgangspunktet, før standpunktet ble endelig forlatt i storkammeravgjørelsen *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn* fra 2016.¹³ Dommen slår klart fast at selv om utgangspunktet er at EMK artikkel 10 ikke inneholder noe positivt informasjonskrav, kan et avslag på en innsynsbegjæring i noen tilfeller utgjøre et inngrep i informasjonsfriheten. Flertallet i *Magyar Helsinki Bizottság* hevdet riktig nok at domstolens rettspraksis ikke har vært motstridende, og at avgjørelsen bygger videre på og kun «klargjør» de

9. For en generell oversikt, se Aall (2018), s. 272 med videre henvisning.

10. Se til illustrasjon *Open Door og Dublin Well mot Irland* (14234/88 og 14235/88, 29. oktober 1992). Saken gjaldt et forbud mot informasjonsvirksomhet om abortmuligheter, noe som både var et inngrep i ytringsfriheten til organisasjonene og informasjonsfriheten til to kvinner, se avsnitt 55.

11. Om sontringen mellom negativ informasjonsfrihet og positivt informasjonskrav, se også NOU 1999: 27 Ytringsfrihet bør finde Sted, s. 241. For ordens skyld nevner jeg at et informasjonskrav i noen tilfeller kan følge av artikkel 8, se for eksempel *Guerra mfl. mot Italia* (14967/89, 19. februar 1998, storkammer), avsnitt 56–60.

12. Sak 9248/81, 26. mars 1987, storkammer, avsnitt 74. Se videre blant annet *Gaskin mot Storbritannia* (10454/83, 7. juli 1989, plenum), avsnitt 52 og *Guerra mfl.*, avsnitt 53, men se samtidig for sistnevntes del særmerknaden fra 6 av de 18 flertallsdommerne nederst i saken.

13. Sak 18030/11, 8. november 2016, storkammer. For flertallets egen beskrivelse av rettsutviklingen, se avsnitt 126–133.

rettslige prinsippene.¹⁴ Her underspiller flertallet etter mitt syn den rettsutviklingen som har skjedd og som avgjørelsen konsoliderer.¹⁵ Utviklingen kan beskrives slik at EMD har beveget seg bort fra en regel om at innsyn i offentlige dokumenter ikke er vernet av artikkel 10, til en rettsstilstand der dette er en *hovedregel* med en eksplisitt åpning for unntak. Jeg kommer nærmere inn på åpningen for unntak i punkt 2.3.2 nedenfor.

Magyar Helsinki Bizottság gjaldt et innsynskrav fra en sivilsamfunnsorganisasjon. I forbindelse med en undersøkelse av ordningen med offentlig oppnevnte forsvarere i Ungarn begjærte organisasjonen innsyn i ulike politidistrikts lister over slike forsvarere samt antallet saker som var blitt tildelt hver forsvarer. Begjæringen ble avslått under henvisning til at nasjonal personopplysningslovgivning ikke åpnet for å dele slik informasjon om forsvarerne. EMD kom til at avslaget utgjorde en krenkelse av artikkel 10. Etter storkammerdommen har EMD avsagt flere avgjørelser om samme tematikk: I *Cangi mot Tyrkia* fra januar 2019 og *Centre for Democracy and the Rule of Law mot Ukraina* fra mars 2020 fant domstolen at det forelå krenkelser.¹⁶ Saken mot Tyrkia gjaldt en advokat som på vegne av en sivilsamfunnsorganisasjon hadde søkt innsyn i et møtereferat knyttet til saksbehandlingen i en sak om kulturminneforvaltning, mens saken mot Ukraina gjaldt en sivilsamfunnsorganisasjon som hadde begjært innsyn i CV-ene til seks ledende politikere som var blitt valgt inn i det ukrainske parlamentet i 2014. Det forelå derimot ingen krenkelse i *Studio Monitori mfl. mot Georgia*, avsagt 30. januar 2020, eller *Severyn mot Ukraina*, som er en materiell avvisningskjennelse fra september 2020.¹⁷ *Studio Monitori* gjaldt en journalist og en advokat som hadde begjært innsyn i rettsavgjørelser, mens *Severyn* gjaldt en menneskerettsaktivist som hadde bedt den ukrainske forfatningsdomstolen om innsyn i saksstatistikk.

14. *Ibid.*, avsnitt 133, 154 og 156.

15. Se i denne retning tydelig det dissenterende mindretallets votum, avsnitt 29: «In conclusion, it is quite frankly, impossible to accept that the majority are merely engaged in 'clarification' of the *Leander principles*. On the contrary, let it be clear, today the Court's settled Plenary and Grand Chamber case-law [...] has, in fact, been overruled» (uthevet i original). Om avgjørelsen bør ses på som en «*overruling*», kan allikevel diskuteres. En alternativ synsmåte kan være å se det slik at det dreier seg om en for EMD ikke uvanlig steg-for-steg-utvikling («*incrementalism*») der rettsutviklingen til sist konsolideres ved at storkammeret destillerer en rekke «generelle prinsipper», slik Janneke Gerards, «Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review* 2018, s. 495–515, på s. 508–509. DOI: <https://doi.org/10.1093%2Fhrlr%2Fngy017>.

16. Henholdsvis sak 24973/15, 29. januar 2019 og sak 10090/16, 26. mars 2020.

17. Henholdsvis sak 44920/09 og 8942/10, 30. januar 2020, og sak 50256/08, 15. september 2020 (avvisningskjennelse). Se for øvrig også *Tokarev mot Ukraina* (44252/13, 21. januar 2020, avvisningskjennelse), men her var det snakk om en forsvarer som søkte innsyn i forbindelse med sitt arbeid for en klient i en straffesak.

Jeg skal komme nærmere tilbake til avgjørelsene nedenfor i punkt 2.3, men det de overordnet viser, er at EMK artikkel 10 setter skranker for praktiseringen av innsynsretten nasjonalt og dermed indirekte for utformingen av lovbestemmelser om beskyttelse av personvern. Det er ellers verdt å merke seg at det er en rekke klager om tematikken som er kommunisert, og som i skrivende tidspunkt venter på avgjørelse i EMD.¹⁸ Det viser både at problemstillingen er aktuell og at man kan vente seg ytterligere rettsavklaring fra Strasbourg i årene som kommer.

2.2 Kort om rettspraksis fra Høyesterett

I skrivende stund har Høyesterett vurdert innsynskrav opp mot EMK artikkel 10 i to straffeprosessuelle avgjørelser, nemlig Rt. 2013 s. 374 *Treholt* og Rt. 2015 s. 1467 *Oslo legevakt*.¹⁹ Det kan være verdt å merke seg at sakene er avgjort før *Magyar Helsinki Bizottság*. Høyesterett mente imidlertid at den nyere praksisen fra Strasbourg allerede da var tilstrekkelig klar til at den kunne åpne for å vurdere et innsynskrav nærmere, om enn det ble uttalt i *Oslo legevakt* at det var ønskelig med en rettsavklaring fra EMD i storkammer.²⁰

I *Treholt*-kjennelsen var spørsmålet om pressen hadde krav på innsyn i lyd- båndopptak fra hovedforhandlingen i straffesaken mot Arne Treholt fra 1985. For Høyesterett var behandlingen av saken begrenset til spørsmålet om hvorvidt avslaget på innsynsbegjæringen var et inngrep etter artikkel 10 første ledd. Retten tok med andre ord ikke stilling til om inngrepsvilkårene etter andre ledd var oppfylt, sml. nedenfor i punkt 2.3.1 om to-trinnsvurderingen som må gjøres.²¹ Høyesterett kom til at avslaget var et inngrep i artikkel 10. I en kort begrunnelse la retten vekt

18. *Mehtiyev mfl. mot Aserbajdsjan* (42845/10 mfl., kommunisert 7. desember 2016), *Leshchenko mot Ukraina* (72601/13, kommunisert 6. september 2018), *Privacy International mot Storbritannia* (60646/14, kommunisert 3. januar 2017), *Karakuş Candan og TMMOB mot Tyrkia* (10515/18, kommunisert 1. oktober 2018), *Association Gong mot Kroatia* (27790/18, kommunisert 23. mai 2019), *Zöldi mot Ungarn* (49049/18, kommunisert 8. november 2019) og *Center for the Social and Political Technologies 'Public Relations', TOV mot Ukraina* (59690/15, kommunisert 28. august 2020). Oversikten er basert på et søk på «Magyar Helsinki» i databasen HUDOC, filtrert på kommuniserte saker, gjennomført 28. november 2020. Jeg har utelatt to saker mot Russland som ser ut til å omhandle andre spørsmål. Merk ellers *Magyar Helsinki Bizottság (No. 2)*, som ble frafalt etter at klagerorganisasjonen vant frem i 2016-saken (62676/11, 5. september 2017, avvisningskjennelse), og *Times Newspapers Limited and Kennedy mot Storbritannia*, som ble avvist fordi klageren ikke hadde uttømt nasjonale klagemidler (64367/14, 13. november 2018, avvisningskjennelse).

19. Se også ankeutvalgets kjennelser i HR-2016-322-U og HR-2016-423-U. Sakene dreide seg om innsyn i og offentlig gjengivelse av rettsavgjørelser.

20. Rt. 2015 s. 1467, avsnitt 62–63. Se også Rt. 2013 s. 374, avsnitt 49.

21. Det kan legges til at heller ikke lagmannsretten gjorde noen slik vurdering da den behandlet saken på nytt, fordi myndighetene i mellomtiden hadde avgradert materialet og lovet tilgang til pressen, se LB-2013-81211.

på pressens «public watchdog»-funksjon og at Treholt-saken hadde stor allmenn interesse. Som vi skal se nedenfor, er dette vurderingsmomenter EMD har fremhevet som sentrale i vurderingen etter artikkel 10.

Oslo legevakt-dommen gjaldt et krav fra NRK om innsyn i kameraovervåkningsopptak som var en del av straffesaksdokumentene i en henlagt straffesak. Det dreide seg om en sak som hadde fått stor medieoppmerksomhet, der en mann med psykiske helseproblemer døde etter å ha blitt lagt i mageleie og utsatt for et halsgrep fra en ambulansearbeider. Spesialenheten for politisaker og påtalemyndigheten hadde nektet innsyn i kopier av opptak som filmet hendelsen. Høyesteretts flertall (dissens 3–2) kom til at NRK hadde rett til innsyn basert på EMK artikkel 10.²² Flertallet la blant annet vekt på at saken hadde stor allmenn interesse, pressens kontrollfunksjon, at offentlighetshensynet ikke ble ivaretatt gjennom hovedforhandlinger fordi saken var henlagt, og – i interesseavveiningen mot de involverte personvern – at opptakene skulle anonymiseres.

En tredje sak er for tiden oppe til behandling for Høyesterett, og ankeforhandlinger ble gjennomført tidlig i februar.²³ I skrivende stund er avgjørelsen ennå ikke avsagt. Saken gjelder et innsynskrav fra VG mot politiet i en henlagt straffesak mot en tidligere politimester. Den tidligere politimesteren har vært under etterforskning for brudd på våpenlovgivningen, og saken inngår i en større gransking fra VGs side om politiets og Forsvarets håndtering av innleverte våpen. For domstolene gjelder saken krav om innsyn i mannens egne forklaringer og innstillingen til påtalevedtak fra Spesialenhetens etterforskningsavdeling. VG fikk verken medhold i tingretten eller lagmannsretten. Underinstansene la blant annet vekt på at det dreide seg om «klassiske straffesaksdokumenter» der innsynsadgangen bør være meget snever, at saken har mindre offentlig interesse enn *Treholt*-saken og *Oslo legevakt*-saken, at dokumentene bare utgjør en liten del av bevisbildet i saken og derfor kan gi et misvisende inntrykk, samt hensynet til den etterforskedes personvern.²⁴

Sakene illustrerer at innsynsretten etter artikkel 10 er praktisk relevant i norsk rett, og her kan det føyes til at også Sivilombudsmannen har behandlet problem-

22. Mindretallet mente at innsynskravet ikke var omfattet av artikkel 10 første ledd, men føyet til at konklusjonen ville blitt den samme dersom man måtte gjort en inngrepsvurdering etter andre ledd, se avsnitt 131.

23. Saksnummer 20-106562STR-HRET. Forhandlingene er berammet 9.–10. februar. Se <https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/hoyesterett/saksliste/kommende-rettsmoter/20-106562str-hret/> (sist besøkt 7. februar 2021).

24. Se Oslo tingretts beslutning av 21. april 2020 (TOSLO-2020-10369 i Lovdata) og Borgarting lagmannsretts kjennelse av 8. juli 2020 (LB-2020-80903 i Lovdata).

stillingen ved flere anledninger de senere årene.²⁵ Som nevnt omhandler sakene fra domstolsapparatet opplysninger i straffesaker, men problemstillingen kan bli aktuell også innenfor den klassiske forvaltningsretten. Det er interessant å merke seg at Høyesterett har hatt en forholdsvis offensiv tilnærming – som nevnt ble *Treholt*-kjennelsen og *Oslo legevakt*-dommen avsagt før *Magyar Helsinki Bizottság*. Det vil bli interessant fremover å følge med på om EMK artikkel 10 vil føre til flere saker for domstolene på et område der det tradisjonelt har vært lite domstolskontroll med forvaltningen.

2.3 Et grunnriss av innsynsvurderingen etter artikkel 10²⁶

2.3.1 En vurdering i to trinn

Så langt har vi sett hvordan innsynsretten etter artikkel 10 har blitt utviklet i EMDs og Høyesteretts praksis de senere årene. Vi skal nå gå over til å se nærmere på selve innholdet i vurderingen.

I klassiske ytringsfrihetssaker etter EMK artikkel 10 skal det gjøres en vurdering i to trinn. Først må man vurdere om det foreligger et inngrep i en vernet ytring etter første ledd, og dersom svaret på dette er ja, må man deretter vurdere om inngrepskriteriene i andre ledd – krav om lovhjemmel, lovlig formål og forholdsmessighet – er oppfylt. I innsynssaker er vurderingsmønsteret det samme, men i realiteten er det en viss forskjell. I klassiske ytringsfrihetssaker er nemlig vernet etter første ledd så omfattende at nærmest enhver tenkelig form for ytring vil være omfattet, mens hovedregelen i innsynssaker er at innsynskrav *ikke* er omfattet av første ledd.²⁷ Den praktiske konsekvensen av dette er at spørsmålet om det foreligger et inngrep etter første ledd, typisk vil oppta en god del mer plass i innsynssaker enn ellers. Som jeg skal komme tilbake til nedenfor, er det uansett en viss overlapping mellom vurderingene etter første og andre ledd.

25. Se sak 2013/106 (10. april 2014), sak 2019/3486 (30. januar 2020) og sakene 2016/112, 2016/131 og 2016/151 (17. februar 2016). De to førstnevnte gjelder innsyn i lydlogger fra terrorangrepene 22. juli 2011 og 10. august 2019, mens sistnevnte gjelder innsyn i rapport om kandidater ved utnevning av ny høyesterettsjustitiarius. Anførslene om artikkel 10 førte ikke frem i noen av tilfellene.

26. For en lett tilgjengelig oversikt, se også EMDs «Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights», første utgave, 31. mars 2020, punkt IX, tilgjengelig på <https://www.echr.coe.int>.

27. Om det vide vernet i ytringsfrihetssaker, se Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Cappelen Akademisk Forlag 2002, s. 452.

2.3.2 Vurderingen etter første ledd – fire vurderingsmomenter

Utgangspunktet er som nevnt at det ikke gjelder noen innsynsrett etter artikkel 10, men en slik rett

«may arise [...] in circumstances where access to the information is instrumental for the individual's exercise of his or her right to freedom of expression, in particular «the freedom to receive and impart information» and where its denial constitutes an interference with that right».²⁸

I *Magyar Helsinki Bizottság* trakk EMD opp fire momenter som er relevante for vurderingen av om det foreligger et inngrep: formålet med innsynskravet («the purpose of the information request»), informasjonens karakter («the nature of the information sought»), søkerens rolle som informasjonsformidler til allmennheten («the particular role of the seeker of the information in 'receiving and imparting' it to the public») og hvorvidt informasjonen er klar for utlevering og tilgjengelig («whether the information sought is ready and available»)²⁹. Med denne firepunktlisten har vurderingen fått et oversiktlig og lett operasjonaliserbart mønster. Slik EMD har ordlagt seg, ser det ikke ut til at dette er absolutte og kumulative *vilkår*, men at det heller dreier seg om relevante momenter i en helhetsvurdering. Denne helhetsvurderingen må gjøres «in each individual case and in the light of its particular circumstances».

Når det gjelder *formålet med innsynskravet*, vil et sentralt vurderingsmoment være om innsynskravet er en del av journalistisk virksomhet eller andre former for aktiviteter som har som formål å skape offentlig debatt. Det overordnede kriteriet er allikevel at innsyn i den aktuelle informasjonen må være nødvendig («necessary») for at søkeren skal kunne gjøre bruk av sin ytrings- og informasjonsfrihet. Nødvendighetskravet innebærer at det først utgjør et inngrep dersom avslag på innsyn hindrer eller vanskeliggjør («hinder or impair») utøvelsen av ytrings- og informasjonsfriheten.³⁰ Det vil si at den som begjærer innsyn må kunne vise til et konkret behov for innsyn i det aktuelle tilfellet, noe som har sammenheng med at artikkel 10 ikke inneholder en generell innsynsrett.³¹ Nødvendighetskravet inne-

28. *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 156.

29. Se f.eks. *Centre for Democracy and the Rule of Law*, avsnitt 82, som oppsummerer i kortform vurderingen fra *Magyar Helsinki Bizottság*.

30. *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 158–159.

31. Se *Studio Monitori mfl.*, avsnitt 41.

bærer blant annet at dersom informasjonen allerede er tilgjengelig fra andre kilder, vil et avslag antakelig ikke utgjøre et inngrep.³² En slik tankegang er annerledes enn systemet etter norsk rett, der det at opplysninger allerede er kjent, ofte vil ha den konsekvensen at innsynsretten utvides.³³

En annen og prinsipielt sett sentral forskjell fra alminnelige norske innsynsregler er at etter offentleglova §§ 3 og 28 er det i utgangspunktet irrelevant hva som er formålet med innsynsbegjæringen.³⁴ Ved merinnsynsvurderinger etter § 11 modifiseres dette noe, fordi begrunnelsen vil kunne være viktig når man skal veie «omsynet til offentlig innsyn» opp mot behovet for unntak, men strengt tatt er det heller ikke her noe krav om at søkeren angir formålet med innsynsbegjæringen.³⁵ Etter EMK artikkel 10 er dette annerledes, noe både *Studio Monitori mfl.* og *Severyn* illustrerer. Her hadde ikke søkerne spesifisert formålet med innsynsbegjæringen overfor nasjonale myndigheter, inkludert domstolene. Selv om det etter nasjonal rett ikke var noe begrunnelseskrav, uttalte EMD i *Severyn* at søkeren «must be able to demonstrate that access to the information is instrumental for the exercise of his or her right to freedom of expression». EMD fant det ikke godtgjort at nasjonale myndigheter og domstoler «were sufficiently aware that [the applicant's] gathering of the information was a preparatory step in his activities for creating a forum for public debate», og kom derfor til at saken måtte avvises.³⁶

EMDs andre vurderingsmoment – *informasjonens karakter* – dreier seg om en «public-interest test». Det må som et utgangspunkt foreligge et behov for offentlighet, noe som kan være tilfellet dersom «disclosure provides transparency on the manner of conduct of public affairs and on matters of interest for society as a whole and thereby allows participation in public governance by the public at large».³⁷ I *Magyar Helsinki* mente EMD at spørsmål om oppnevning av offentlige forsvarere var «of an eminently public-interest nature», i *Cangi* var spørsmålet om vern av et historisk kulturminne «évidemment une question qui est susceptible de créer une

32. Se i denne retning *Centre for Democracy and the Rule of Law*, avsnitt 92 og 98. For drøftelser av nødvendighetskriteriet i *Magyar Helsinki Bizottság*, se avsnitt 175.

33. Se forvaltningsloven § 13 a nr. 3 om begrensninger i taushetsplikten (sml. § 35 første ledd bokstav a i Forvaltningslovutvalgets lovutkast). Om betydningen i relasjon til innsyn etter offentleglova, se Ot.prp. nr. 102 (2004–2005) punkt 5.5.

34. Slik Bernt (2014), § 3, note 62. Se også Brandt mfl. (2020), § 3, punkt 2.

35. Brandt mfl. (2020), § 11 (punkt 3).

36. *Severyn mot Ukraina*, avsnitt 43 og 47. Se tilsvarende i *Studio Monitori*, avsnitt 40 og 42. Sml. vurderingen i *Centre for Democracy and the Rule of Law*, avsnitt 119.

37. *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 161.

forte controverser, qui porte sur un thème social important», og i *Centre for Democracy and the Rule of Law* pekte domstolen på at informasjonen gjaldt ledende politikere, altså «public figures of particular prominence». ³⁸ I to andre saker av nyere dato har EMD lagt vekt på at det dreide seg om lovgivningsspørsmål. ³⁹ I *Treholt*-kjennelsen la Høyesterett vekt på «historiske og politiske aspekter» ved saken, mens det i *Oslo legevakt*-dommen sto sentralt at saken reiste «tilbakevendende og prinsipielle spørsmål knyttet til bruk av statens tvangsmakt». ⁴⁰ Også i saken om våpenhåndtering, som er oppe for for Høyesterett, har underinstansene vektlagt at saken dreier seg om kontroll med offentlig myndighetsutøvelse. Praksisen som foreligger så langt, kan oppsummeres slik at tillit til politiske institusjoner, kontroll med offentlig myndighetsutøvelse og muligheten for meningsdannelse i saker om lovgivning eller andre samfunnsmessige spørsmål er kjerneverdier som skal ivaretas. ⁴¹ *Treholt*-kjennelsen illustrerer allikevel at også andre forhold – for eksempel de historiske aspektene ved en sak – kan komme inn i vurderingen.

Det tredje vurderingsmomentet dreier seg om *søkerens rolle som informasjonsformidler til allmennheten*. Dette henger nært sammen med de foregående vurderingsmomentene og begrunnelsen for disse: Når vernet er sterkest for innsynsbeholdninger som har til formål å videreformidle informasjon av offentlig interesse til allmennheten, vil det også være aktørgrupper som typisk driver med slik virksomhet som først og fremst er vernet. I kjernen er pressen og journalister, som generelt nyter et sterkt vern etter EMK. Videre har EMD understreket sivilsamfunnsorganisasjoners betydning, og også disse vil nyte et sterkt vern i de tilfellene der de arbeider med saker av offentlig interesse og har en «vaktbikkje»-funksjon. ⁴² Både *Magyar Helsinki*, *Cangi* og *Centre for Democracy and the Rule of Law* illustrerer dette. For øvrig har EMD uttalt at også akademikere, forfattere, bloggere og populære brukere i sosiale medier etter omstendighetene kan opptre som «vaktbikkjer» og av den grunn nyte et særskilt vern etter artikkel 10. ⁴³ Dette viser at EMD har et funksjonelt perspektiv, der det ikke er avgjørende hvilken formell rolle søkeren har, men hvilken samfunnsmessig funksjon vedkommende utøver. ⁴⁴

38. *Ibid.*, avsnitt 177, *Cangi*, avsnitt 34, og *Centre for Democracy and the Rule of Law*, avsnitt 99.

39. *Társaság a Szabadságjogokért mot Ungarn* (37374/05, 14. april 2009), avsnitt 28, og *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden Land- und Forstwirtschaftlichen Grundbesitzes mot Østerrike* (39534/07, 28. februar 2014), avsnitt 47.

40. Rt. 2013 s. 374, avsnitt 54, og Rt. 2015 s. 1467, avsnitt 73.

41. Dette samsvarer med ytringsfrihetsvernet generelt, som er sterkest for politiske anliggender. Se nærmere Aall (2018), s. 267–269.

42. *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 166.

43. *Ibid.*, avsnitt 168.

44. Se nærmere Hovlid (2020), punkt 6.2.

Det fjerde og siste momentet som skal vurderes, er *om informasjonen er klar for utlevering og tilgjengelig*. Kriteriet er først og fremst ment som en avgrensning mot informasjon som ikke allerede foreligger hos myndighetene, og som i så fall aktivt må innhentes. Hvis en slik innsamling er nødvendig, kan man ved avslag vanskelig snakke om et «inngrep av offentlig myndighet», som det heter i artikkel 10 første ledd.⁴⁵ Det er imidlertid ikke til hinder for et innsynskrav at offentliggjøring vil kreve noe arbeid fra myndighetene, for eksempel i form av sammenstilling eller sladding av deler av dokumenter.⁴⁶ Men arbeidsmengden må ikke bli «particularly burdensome» for myndighetene.⁴⁷

2.3.3 Vurderingen etter andre ledd – særlig om forholdsmessighetskravet

Dersom man konkluderer med at det foreligger et inngrep etter artikkel 10 første ledd, må man som nevnt gå over til å vurdere om inngrepet er lovlig etter andre ledd. Av de tre inngrepskriteriene i andre ledd er det forholdsmessighetskravet som er av størst interesse. Jeg skal derfor vie mest plass til dette, og nøyer meg med noen korte bemerkninger om de to andre inngrepskriteriene.⁴⁸ Når det gjelder kravet om lovlig formål, viser EMDs praksis at det ofte dreier seg om å nekte innsyn på grunn av hensynet til personvern, som er et lovlig formål etter artikkel 10 andre ledd.

Som en parentes i denne sammenheng kan det kort nevnes at hensynet til beskyttelse av organinterne dokumenter og dokumenter hentet utenfra til intern saksforberedelse, som ligger til grunn for unntaksbestemmelsene i offentliglova §§ 14 og 15, neppe uten videre faller inn under en av formålskategoriene i artik-

45. *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 169–170. Kriteriet om at informasjonen må være «ready and available», går for øvrig tilbake til *Társaság a Szabadságjogokért*, avsnitt 36, som kan kontrasteres med *Guerra mfl. mot Italia*, avsnitt 53.

46. Sml. Rt. 2015 s. 1467, avsnitt 87.

47. *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 179. Se *Österreichische Vereinigung ...* som et eksempel på en sak der EMD fant konvensjonskrenkelse selv om innsynsbegjæringen ville medføre noe arbeid fra myndighetene. Det forelå imidlertid spesielle omstendigheter i saken, se avsnitt 44–48. Se videre *Weber mot Tyskland* (70287/11, 6. januar 2015, avvisningskjennelse), der myndighetene mente at omfattende sammenstilling ville være påkrevd, og der EMD la vekt på at informasjonen ikke var «ready and available», se avsnitt 26. Når det gjelder sladding, se for øvrig Tromsø-konvensjonen artikkel 6 nr. 2 om at dette ikke må utgjøre en «manifestly unreasonable burden» for myndighetene. Om grensene for plikten til å sammenstille opplysninger fra databaser etter offentliglova § 9, se Sivilombudsmannens uttalelse av 22. september 2020 (sak 2020/845) med videre henvisninger.

48. For en nærmere gjennomgang av inngrepskriteriene i yttringsfrihetssaker generelt, se f.eks. Aall (2018), punkt 13.3–13.7.

kel 10. Dette kan potensielt skape spenninger mellom offentleglova og EMK, men det kan ikke utelukkes at EMD vil ha en pragmatisk tilnærming her.⁴⁹ Spørsmålet kunne ha kommet opp i *Cangi*, men her avsluttet EMD drøftelsen etter å ha konkludert med at det ikke forelå lovhjemmel, jf. neste avsnitt.

Når det gjelder kravet om lovhjemmel, har dette kommet opp i noen av sakene for EMD. Her ser det – kort fortalt – ikke ut til at domstolen stiller strenge krav til klarhet eller forutsigbarhet, og at den aksepterer at dette er et område der det kan være behov for å anvende skjønnsmessige ord og uttrykk i lovgivningen.⁵⁰ I *Cangi* slo EMD allikevel ned på det den anså for en lite forutsigbar og rimelig tolkning av en unntaksbestemmelse i tyrkisk innsynslovgivning fra nasjonale domstoler.⁵¹

Kravet til forholdsmessighet i saker om ytrings- og informasjonsfrihet – uttrykt i artikkel 10 andre ledd som at inngrep må være «nødvendige i et demokratisk samfunn» – er utpenslet gjennom en lang rekke avgjørelser fra Strasbourg. Innsynsakene bygger på og viderefører de rettslige utgangspunktene som er trukket opp på andre områder. EMD har uttalt at inngrepsadgangen etter andre ledd «must [...] be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly». Myndighetene må derfor kunne vise til et «pressing social need». I balanseringen mellom ytrings- og informasjonsfriheten på den ene siden og de presserende samfunnshensynene på den andre siden vil nasjonale myndigheter ha en viss skjønnsmargin. Bringes saken inn for EMD, vil domstolen kontrollere proporsjonaliteten mellom mål og middel og hvorvidt myndighetene har gitt relevante og tilstrekkelige («relevant and sufficient») begrunnelser for inngrepet.⁵²

I forholdsmessighetsvurderingen vil det for det første være av betydning hvor tungtveiende de interessene som taler for innsyn er. Her har EMD blant annet lagt vekt på om myndighetene har et de facto informasjonsmonopol, som for eksempel i *Österreichische Vereinigung ...*, der det dreide seg om innsyn i rettsavgjørelser.⁵³

49. Se f.eks. David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates og Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3. utg., Oxford University Press 2014, s. 509–510, om at det generelt tilhører sjeldenhetene at formålkravet ikke er oppfylt. Et illustrerende eksempel på EMDs tilnærming er S.A.S. mot Frankrike (43835/11, 1. juli 2014, storkammer), der EMD kom til at et forbud mot heldekkende ansiktsplagg kunne begrunnes i en «living together»-doktrine som falt inn under formålet «å verne andres rettigheter» i artikkel 8 andre ledd. Se dommens avsnitt 113–122. Her kan det for øvrig legges til at vern om organinterne dokumenter og dokumenter fra andre forvaltningsorganer innhennt til intern saksforberedelse er et legitimt begrensingsformål etter Tromsø-konvensjonen artikkel 3 første ledd bokstav k. Om konvensjonens relevans ved vurderingen av EMK, se *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 145.

50. Se særlig *Centre for Democracy and the Rule of Law*, avsnitt 108–109.

51. Se dommens avsnitt 43.

52. *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 187, med henvisning til tidligere praksis.

53. *Österreichische Vereinigung ...*, avsnitt 47, og *Társaság a Szabadságjogokért*, avsnitt 36.

Men det sentrale vil typisk være at momenter som allerede er vektlagt etter første ledd, og da særlig vurderingen av informasjonens karakter og «public-interest»-testen, vil komme opp igjen også her.⁵⁴ Alternativt kan man se for seg at momenter som kunne vært vurdert etter første ledd blir spart til forholdsmessighetsvurderingen.

Et interessant spørsmål i lys av at vurderingene kan gli over i hverandre, er hvorvidt det har noen betydning om et moment drøftes i inngrepsvurderingen etter første ledd eller i forholdsmessighetsvurderingen etter andre ledd. Spørsmålet aktualiseres i lys av at doktrinen om skjønnsmargin, som for øvrig har fått større betydning de senere årene, i utgangspunktet først og fremst knytter seg til forholdsmessighetsvurderinger og ikke til inngrepsvurderinger.⁵⁵ Kan man dermed tenke seg at EMDs prøvingsintensitet vil være lavere dersom nasjonale domstoler har drøftet et moment etter første ledd enn dersom samme moment er drøftet etter andre ledd? Problemstillingen kan illustreres gjennom underinstansenes avgjørelser i den nevnte våpensaken som i skrivende stund behandles av Høyesterett. Her har et av hovedspørsmålene vært hvilken betydning det har at det dreier seg om «klassiske straffesaksdokumenter» – et uttrykk hentet fra *Oslo legevakt*-dommen. Underinstansenes innfallsvinkel har vært hvorvidt dokumenttypen kan vektlegges under vurderingsmomentet om «informasjonens karakter» etter første ledd.⁵⁶ Tingretten holdt konklusjonen åpen og avgjorde saken etter forholdsmessighetsvurderingen, mens lagmannsretten tilsynelatende vektla dokumenttypen under vurderingen av «informasjonens karakter». Etter mitt syn er det nokså klart ut ifra EMDs praksis at vurderingen av informasjonens karakter er en ren «public-interest»-test, og at hele vurderingen etter første ledd kun dreier seg om å etablere en tilstrekkelig kobling til yttrings- og informasjonsfriheten. Motstridende interesser hører systematisk inn under forholdsmessighetsvurderingen etter andre ledd, noe som tilsier at det er under denne balanseringsøvelsen man bør vektlegge at det er snakk om straffesaksdokumenter. Men etter mitt syn er det samtidig like klart at

54. Se særlig *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 197, *Österreichische Vereinigung ...*, avsnitt 46 og Rt. 2015 s. 1467, avsnitt 77–78.

55. I *Magyar Helsinki Bizottság* er det i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen at skjønnsmarginen nevnes, se avsnitt 187 og 200. Sml. mer generelt Silje Holten, «Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll?», *Jussens Venner* 2018, s. 112–136, på s. 115. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3126-2018-02-02>. Også Aall (2018) behandler systematisk skjønnsmarginen i kapitlet om forholdsmessighetskontroll, se punkt 8.3.3.

56. Se fotnote 24.

hvor man plasserer dette eller andre momenter ikke bør ha noen rettslig betydning. Det er ingen grunn til at strukturen på en drøftelse bør ha noe å si for omfanget av EMDs overprøving dersom saken ender i Strasbourg. Man kan selvsagt ikke utelukke at plasseringen av vurderingsmomenter hos nasjonale domstoler faktisk vil få betydning i saker for EMD, men dette er nok mindre sannsynlig. Selv om doktrinen om skjønnsmargin primært er forbundet med forholdsmessighetsvurderinger etter artikkel 8–11, har tankegangen – og ikke minst det nær beslektede subsidia-ritetsprinsippet – mer generell anvendelse.⁵⁷

Etter å ha vurdert hvilke hensyn som taler for innsyn, må man i forholdsmessighetsvurderingen gå over til å vurdere tyngden av de hensynene som taler mot dette. Som allerede nevnt vil det ofte dreie seg om personvern hensyn, og dette er legitime inngrepsformål, men den konkrete vekten kan variere. *Magyar Helsinki Bizottság* og *Centre for Democracy and the Rule of Law* illustrerer dette. Førstnevnte gjaldt, som vi har sett, navn på offentlig oppnevnte forsvarere og tildeling av saker til disse, mens sistnevnte gjaldt informasjon om parlamentarikerens utdanning og tidligere arbeidsforhold.⁵⁸ Dette var informasjon som var klassifisert som taushetsbelagt etter nasjonal rett, som i begge tilfeller hadde taushetspliktsbestemmelser med ganske vidtrekkende nedslagsfelt. EMD påpekte at de aktuelle personene utøvde offentlige funksjoner, og at informasjonen var av en lite privat karakter. Dette var ikke til hinder for at myndighetene hadde forfulgt et legitimt formål, men det måtte få betydning for forholdsmessighetsvurderingen. Advokatenes og parlamentarikerens interesser var nemlig ikke «of such a nature and degree as could warrant bringing Article 8 into play in a balancing exercise».⁵⁹ Henvisningen til at artikkel 8 ikke ble aktivisert, må ses i lys av at EMD tilstår myndighetene en større skjønnsmargin i saker der artikkel 10 og artikkel 8 må balanseres mot hverandre.⁶⁰

57. Sml. Harris mfl. (2014), s. 14–17. Med hensyn til nyere utviklingslinjer om artikkel 6 på straffeprosessens område, se Jon Petter Rui, «Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017», *Jus-sens Venner* 2017, s. 123–184, særlig s. 149 f. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3126-2017-03-01>. I Protokoll 15 fra 2013 (CETS No. 213), som ikke har trådt i kraft, er for øvrig skjønnsmarginen knyttet generelt til gjennomføringen av konvensjonen, og ikke til forholdsmessighetsvurderinger spesifikt. Samtidig fremgår det av den forklarende rapporten at man bare har ment å kodifisere EMDs praksis, se punkt 7–9. I København-erklæringen fra 2018 er det gjort en kobling mellom skjønnsmarginen og forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 8–11, men formuleringsmåten («such as») indikerer at det ikke er en uttømmende angivelse av de tilfellene der skjønnsmarginen kan være relevant. Se erklæringens punkt 28, bokstav c.

58. Organisasjonen hadde også klaget inn avslaget på innsyn i andre deler av parlamentarikerens CV-er, men dette ble avfeid av EMD, se avsnitt 92.

59. *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 196 og *Centre for Democracy and the Rule of Law*, avsnitt 116.

60. Se for eksempel *Delfi AS mot Estland* (64569/09, 16. juni 2015), avsnitt 139.

Den lave terskelen for personvernbeskyttelse etter ungarsk og ukrainsk rett er et forhold som må tas i betraktning når man skal vurdere avgjørelsens konkrete relevans for norske forhold. Materielt er det ikke sikkert de har stor overføringsverdi, men det er et *strukturelt* element ved sakene som det er verdt å fremheve i denne sammenheng. EMD vektla nemlig i begge avgjørelsene at nasjonale myndigheter ikke hadde foretatt noen konkrete vurderinger av hvordan personvern hensyn gjorde seg gjeldende i det aktuelle tilfellet. I saken mot Ukraina ser det ut til at nasjonale lovbestemmelser åpnet for denne typen vurderinger, mens rettsanvendelsesorganene i Ungarn tilsynelatende var avskåret fra å gjøre skjønnsmessige avveininger når de først hadde kommet til at informasjonen måtte klassifiseres som personopplysninger.⁶¹ Fra et lovgivningsperspektiv er det et poeng å ta med seg at et lovverk som har en innebygd fleksibilitet og åpning for skjønnsmessige vurderinger, antakelig vil være best egnet til å ivareta balansen mellom offentlig innsyn og personvernbeskyttelse i enkeltsaker. Samtidig er det andre hensyn – for eksempel forutsigbarhet og likebehandling – som kan trekke i motsatt retning når lovgivningen skal utformes. Det strukturelle elementet viser uansett behovet for å gjøre vurderinger av EMK artikkel 10 i lovgivningsprosessen. Vi skal nå bevege oss over til å se på hvilke vurderinger Forvaltningslovutvalget har gjort.

3 Forvaltningslovutvalgets vurderinger av EMK artikkel 10

Det er kapittel 5 om taushetsplikt i Forvaltningslovutvalgets lovutkast som er av interesse i vår sammenheng. Kapittel 5 er bygget opp slik at det først er to hovedregler om taushetsplikt: § 33 om personlige forhold og § 34 om drifts- eller forretningshemmeligheter. Deretter kommer to unntaksbestemmelser: § 35 om tilfeller der taushetsplikten faller bort og § 36 om tilfeller der taushetsplikten ikke er til hinder for deling av opplysninger. Det er i forbindelse med § 36 at utvalget drøfter om det bør gjøres unntak fra taushetsplikten av hensyn til EMK artikkel 10.

Drøftelsen starter i utredningens punkt 19.6 om konstitusjonelle og internasjonale føringer for reguleringen av taushetsplikt og informasjonsutveksling.⁶² Her skriver utvalget først at EMK artikkel 10 «[i] utgangspunktet» neppe setter særlige begrensninger for utformingen av reglene om taushetsplikt og informasjonsutveksling. Utvalget kommer så inn på *Magyar Helsinki Bizottság*, og skriver følgende: «Denne avgjørelsen er ikke i seg selv særlig relevant for norske forhold,

61. Se *Centre for Democracy and the Rule of Law*, avsnitt 111 og 119, og *Magyar Helsinki Bizottság*, avsnitt 199.

62. For det følgende, se NOU 2019: 5, s. 281.

men spørsmålet kan komme opp også her.» *Treholt*-kjennelsen nevnes deretter som et eksempel på dette, mens *Oslo legevakt*-dommen derimot ikke blir nevnt. Utvalget utdypet ikke hvorfor de mener at *Magyar Helsinki Bizottság* ikke i seg selv er særlig relevant for norske forhold, men det kan være de sikter til det vide taushetspliktvnetet etter ungarsk lovgivning, som jeg var inne på i forrige punkt. Utvalget presenterer heller ikke vurderingsmomentene som EMD har trukket opp. Gjennomgangen av EMK er med andre ord forholdsvis knapp.

Den konkrete drøftelsen av spørsmålet om en mulig unntaksbestemmelse finner man i punkt 19.12.7.⁶³ Utvalget tar her som et utgangspunkt at det rettslig sett ikke er behov for en unntaksbestemmelse, fordi EMK artikkel 10 uansett vil ha forrang fremfor forvaltningslovens taushetspliktsregler i medhold av menneskerettsloven §§ 2 og 3. Utvalget påpeker imidlertid at en slik løsning kan ha praktiske utfordringer som rent faktisk vil forhindre innsyn, ettersom unntaksbestemmelsen vil stå i en annen lov enn hovedreglene. Utvalget drøfter så tre alternative modeller for å ta hensyn til artikkel 10 i lovverket:

Den første er en form for aktiv transformasjon der man vedtar en bestemmelse som tilsvarende artikkel 10. Utvalget har flere argumenter mot dette:

«EMK artikkel 10 [...] er antakelig for vurderingspreget til at det enkelt lar seg gjøre. En slik bestemmelse måtte i tilfelle nøye seg med å angi noen av de momenter det skal legges vekt på, og vil kunne si lite om avveiningen mellom dem. Den ville derfor gi begrenset veiledning, også fordi den uansett vil måtte tolkes i lys av etterfølgende praksis fra EMD. Det er dessuten en fare for at en slik bestemmelse ville bli påberopt i langt flere tilfeller enn det er grunnlag for, noe som både vil skape en usikkerhet i forvaltningen og en risiko for at det gis tilgang til opplysninger som ikke dekkes av unntaket.»

Den andre modellen er en henvisningsmodell, der man vedtar et unntak som blott henviser til artikkel 10. Utvalget mener at en slik løsning vil gi lite veiledning utover å synliggjøre og påminne om EMK.

Den tredje modellen, som utvalget også går for, er å «fastsette et unntak som innholdsmessig sett dekker de tilfeller som omfattes av EMK artikkel 10, men som likevel løsriver seg fra den sammensatte vurderingen som EMD har gitt anvisning på». Denne unntaksbestemmelsen er forslaget § 36 andre ledd bokstav d, som også må leses i sammenheng med tredje ledd:

63. For det følgende, se *ibid.*, s. 299–300.

«(2) Taushetsplikt etter §§ 33 og 34 er heller ikke til hinder for at opplysningene deles med

[...]

d) andre så langt det er nødvendig for å unngå fare for liv eller helse eller for å unngå vesentlig skade eller tap.

(3) Opplysninger om personlige forhold kan bare deles dersom det er nødvendig og ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep overfor den opplysningen gjelder.»

Uttrykket «andre» i bokstav d må leses i lys av bokstaver a–c, som gjelder unntak for sakens parter og ansatte i samme eller andre forvaltningsorgan(er). I praksis betyr «andre» altså noe sånt som «allmennheten».

For å oppsummere vil rettstilstanden etter utvalgets forslag bli som følger: Hovedregelen er at visse opplysninger vil være taushetsbelagte etter §§ 33 og 34. Slike opplysninger kan allikevel deles med allmennheten dersom de faller inn under unntaksbestemmelsen i § 36 andre ledd bokstav d – med en forholdsmessighetsbegrensning i tredje ledd for opplysninger om personlige forhold. For ordens skyld er det – som jeg var inne på i innledningen – ikke noe mer innsyn «å hente» i offentleglova, som har et absolutt unntak fra innsynsretten for opplysninger som er underlagt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov, jf. § 13 første ledd.⁶⁴

Utvalget legger til grunn at unntaksbestemmelsen i § 36 andre ledd bokstav d sammen med unntaket i 35 første ledd bokstav a for opplysninger som er «alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelige, eller som det for øvrig ikke er grunn til å holde hemmelig», antakelig vil være tilstrekkelig for å ivareta artikkel 10. Og skulle det dukke opp tilfeller som faller utenfor, vil disse, skriver utvalget, fanges opp av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Så er spørsmålet om disse to vurderingene er henholdsvis riktige og hensiktsmessige. Dette er utgangspunktet for min videre vurdering.

4 Vurdering og perspektiver på den videre lovgivningsprosessen

4.1 Problemet med Forvaltningslovutvalgets forslag

Når det gjelder utvalgets vurdering av at § 36 andre ledd bokstav d vil ivareta artikkel 10, kan merknadene til dette gjøres ganske kort. Det er nemlig relativt klart at

64. Med «absolutt unntak» sikter jeg til at det ikke skal gjøres noen merinnsynsvurdering etter § 11. Dette følger av at § 11 bare kommer til anvendelse «[n]år det er høve til å gjøre unntak frå innsyn» (min utheving), altså i de tilfellene der en unntaksbestemmelse sier at forvaltningen «kan» gjøre unntak. Paragraf 13 er ikke en slik kan-bestemmelse.

de klassiske artikkel 10-tilfellene ikke vil falle inn under kriteriene i bestemmelsen. Det er helt usannsynlig at pressen eller andre «vaktbikkjer» vil kunne påberope seg at innsyn er «nødvendig for å unngå fare for liv eller helse eller for å unngå vesentlig skade eller tap». Utvalget har da heller ikke gitt noen forklaring på hvorfor de har valgt disse kriteriene, og som nevnt tidligere har de heller ikke gått konkret inn i vurderingsmomentene fra *Magyar Helsinki Bizottság*.

Vilkårene i bestemmelsen har mer preg av å regulere nødrettstilfeller. I spesi- almerknadene dukker det også opp en henvisning til straffeloven §§ 17 og 18 om nødrett og nødverge, selv om disse aspektene ikke er omtalt i kapittel 19.⁶⁵ Som nevnt innledningsvis har Justis- og beredskapsdepartementet sendt ut på høring et forslag til endringer i gjeldende forvaltningslov, og der foreslår de en modifisert variant av unntaksbestemmelsen som ny § 13 b første ledd nr. 8.⁶⁶ I departemen- tets forslag er den legislative begrunnelsen transformert, og den foreslås nå nett- opp som en ren nødrettsbestemmelse. Slik bestemmelsen er utformet er en slik begrunnelse i og for seg mer treffende enn Forvaltningslovutvalgets. Men spørsmålet som da melder seg, er om departementet har sett for seg at artikkel 10 skal ivaretas på andre måter. I høringsnotatet viser departementet til Forvaltningslov- utvalgets poeng om at kollisjonstilfeller vil ivaretas av menneskerettsloven § 3, og skriver at de «derfor ikke [går] nærmere inn på informasjonsfriheten etter EMK her».⁶⁷ Av dette kan man strengt tatt ikke utelukke at departementet vil komme tilbake til spørsmålet under totalrevisjonen av forvaltningsloven. Høringsnotatet som ble sendt ut, gjaldt for øvrig primært andre spørsmål. Henvisningen til men- neskerettsloven § 3 kan imidlertid tyde på at man anser forrangsprinsippet som en tilstrekkelig løsning.

Vi er da over i spørsmålet om hvorvidt en slik tilnærming, som man også fin- ner spor av hos Forvaltningslovutvalget, er et hensiktsmessig utgangspunkt i en lovgivningsprosess. Det er det etter mitt syn ikke. For det første er det å lene seg på forrangsbestemmelser ved gjennomføring av menneskerettslige forpliktel- ser ikke noen god lovgivningsteknikk. Jeg nevnte NAV-saken innledningsvis, og NAV-utvalget er inne på et poeng av generell interesse når det skriver at almin-

65. NOU 2019:5, s. 596.

66. Justis- og beredskapsdepartementet, Forslag til endringer i forvaltningsloven m.m. – utvidet adgang til informasjonsdeling – oppfølging av enkelte forslag i NOU 2019: 5 (2. september 2020, hørings- frist 1. desember 2020), punkt 5. Modifikasjonen ligger i at departementet bare foreslår å vedta et unntak når det er «nødvendig for å unngå fare for liv eller helse». Alternativet om «vesentlig skade eller tap» er altså ikke med. I tillegg har departementet fjernet forholdsmessighetsbegrensningen for deling av opplysninger om personlige forhold fordi de anså denne som overflødig.

67. *Ibid.*, s. 53.

nelige prinsipper for god lovgivningsteknikk «tilsier at regelkonflikter man er klar over løses gjennom regelendringer, ikke kollisjonsprinsipper». ⁶⁸ Konsekvensen av å lene seg på forrangsbestemmelser er at man skyver ansvaret for EU- eller EMK-rettslige vurderinger over på dem som skal anvende regelverket. Dette innebærer gjerne å dytte vanskelige rettslige avveininger nedover i systemet. Ressursene og den juridiske kompetansen kan variere i stor grad mellom ulike forvaltningsorganer. I mange tilfeller tilsier både effektivitetshensyn og tidspress at forvaltningen ikke på eget initiativ kommer til å gjøre en selvstendig vurdering av et innsynskrav opp mot EMK og tilhørende rettspraksis, via menneskerettsloven. Ressurssterke parter som har råd til juridisk bistand vil kunne be om at det gjøres en slik vurdering, eventuelt ta saken inn for Sivilombudsmannen eller domstolene. Det er imidlertid uheldig om det er aktørenes økonomiske muskler som skal avgjøre om de får sikret innsynsrettighetene sine eller ikke.

Et annet argument mot å lene seg på forrangsprinsippet er at å gi innsyn i offentlige dokumenter etter omstendighetene vil kunne utgjøre et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8, og kravet til forutsigbar og tilgjengelig lovhjemmel tilsier at inngrepet har hjemmel i en konkret lovbestemmelse fremfor menneskerettsloven § 3 og EMK artikkel 10.

Problemet med Forvaltningslovutvalgets forslag er altså først og fremst at utformingen av lovbestemmelsen ikke er heldig. Problemet med departementets tilnærming er at de har gitt signaler som *kan* tolkes dit hen at de lener seg på forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Fellesnevneren er uansett at det er behov for grundigere vurderinger i neste steg av lovgivningsprosessen, der utgangspunktet må være hvordan lovverket kan utformes på en best mulig måte for å sikre at innsynsretten i artikkel 10 kan ivaretas i praksis. Jeg skal avslutningsvis knytte noen bemerkninger til dette.

4.2 Veien videre

Man kan spørre seg om det er nødvendig med en *egen* unntaksbestemmelse av hensyn til artikkel 10. Etter EMK er ikke det avgjørende i dette tilfellet hvordan lovverket utformes, men hvordan det anvendes i praksis. Og det er strengt tatt ikke utelukket at lovgiver klarer å foreta en tilstrekkelig god avveining mellom hensynet til offentlighet og hensynet til personvern på abstrakt nivå, slik at det ikke vil være noe behov for en skjønsmessig unntaksbestemmelse for enkelttilfeller. I denne

68. NOU 2020: 9, s. 243.

anledning kan det være verdt å minne om at sakene mot Ungarn og Ukraina gjaldt tilfeller der terskelen for taushetsplikt var lavere enn i forvaltningsloven, og det er også et poeng at det bare er taushetsbelagte *opplysninger* som kan unntas fra innsyn etter offentliglova § 13. Resten av dokumentet skal som hovedregel utleveres, jf. forutsetningsvis § 12. Det er derfor ikke gitt at en videreføring av lovgivningsteknikken i dagens forvaltningslov vil føre til en praksis der brudd på artikkel 10 vil forekomme. Men skal man ende på et slikt standpunkt, må det bygge på en langt grundigere vurdering opp mot EMDs praksis enn det som er gjort så langt i lovgivningsprosessen. Et slikt begrunnet standpunkt vil være noe annet enn å vise til menneskerettsloven § 3 som «sikkerhetsbøyle».

Ulempen med en slik lovgivningsteknikk er imidlertid at man skaper en større risiko for rettighetsbrudd i enkelttilfeller. Grunnen til dette er at det er krevende å skulle foreta en vanntett balanseringsøvelse på abstrakt lovgivningsnivå. Som nevnt er det en strukturell likhet i sakene der Ungarn og Ukraina ble felt at nasjonale forvaltningsorganer og domstoler ikke hadde foretatt konkrete avveininger mellom personvern hensyn og offentlighetshensyn, i *Magyar Helsinki Bizottság* fordi lovgivningen stengte for dette. At man her befinner seg på et område med kryssende menneskerettslige hensyn, tilsier etter mitt syn at man innretter lovgivningen med en tilstrekkelig fleksibilitet til å åpne for skjønnsmessige avveininger i det minste i unntakstilfeller. Dette taler for en aktiv transformasjonsmodell, der man vedtar en bestemmelse som reflekterer praksisen fra EMD.

Det er, som vi har sett at Forvaltningslovutvalget er inne på, visse argumenter mot en slik modell. For eksempel kan dette føre til usikkerhet i forvaltningen eller en for liberal praktisering, som kan gå på bekostning av personvern hensyn. Ytterligere argumenter som kan føyes til er at en unntaksadgang kan skape frykt for å levere opplysninger til forvaltningen og at den kan praktiseres ulikt hos ulike forvaltningsorganer. Det utvalget imidlertid ikke vektlegger, er at vurderingen etter *Magyar Helsinki Bizottság* har fått en svært oversiktlig struktur. Vurderingen er lett å operasjonalisere i et lovverk, eventuelt i samspill med forarbeider, forskrift og rundskriv. Her må man også ha i mente at en av grunnene til at EMD har gått i retning av å formulere så tydelige kriterier, er at det skal være lettere for nasjonale myndigheter å implementere rettighetene. Det er med andre ord en nær kobling til nyere utviklingslinjer vedrørende subsidiaritet.⁶⁹ Samlet sett gjør disse momentene at en del av de innvendingene utvalget påpeker får mindre tyngde, og er etter

69. Se nærmere Robert Spano, «The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law», *Human Rights Law Review* 2018, s. 473–494, særlig s. 487 f. DOI: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngy015>.

mitt syn et sterkt argument for en bestemmelse som aktivt transformerer innsynsretten etter artikkel 10 inn i lovverket. En slik bestemmelse bør ikke, slik utvalget la opp til, «løsriv[e] seg fra den sammensatte vurderingen som EMD har gitt anvisning på», men tvert imot utformes slik at lovverket blir så «brukervennlig» som mulig for samfunnet og rettsanvenderne.⁷⁰ Dette vil også være en lovgivningsteknikk tilpasset «the age of subsidiarity».⁷¹

Tar man utgangspunkt i Forvaltningslovutvalgets utkast, kunne man for eksempel heller formulert § 36 andre ledd bokstav d slik at taushetsplikt ikke er til hinder for at opplysninger deles med

«medier eller andre som skal bruke opplysningene til å informere offentligheten om en sak av allmenn interesse. Deling kan nektes dersom bearbeiding av opplysningene vil medføre en urimelig arbeidsbelastning for forvaltningsorganet».

Nødvendighetskravet og forholdsmessighetsbegrensningen vil følge av tredje ledd. Jeg nevner allikevel avslutningsvis at det ikke er gitt at dette vil være en optimal reguleringsmekanisme, og at det er flere spørsmål som bør vurderes nærmere i den videre prosessen. Utvalgets forslag gir for eksempel bare *adgang* til å dele informasjon som i utgangspunktet er taushetsbelagt, men det er muligens mer nærliggende å utforme det som en pliktbestemmelse.⁷² Et annet spørsmål er om en eventuell transformasjonsbestemmelse bør plasseres i forvaltningsloven eller offentleglova. Et tredje spørsmål er om en eventuell innføring av en slik bestemmelse skaper behov for endringer i spesiallovgivningen, for eksempel fordi det er forvaltningsområder der man uten videre mener at innsyn i taushetsbelagte opplysninger skal være utelukket. Og endelig bør det vurderes – enten i denne omgang eller i forbindelse med en eventuell revisjon av offentleglova – om det også er andre sider ved offentlighetsregelverket enn avveiningen mot taushetsplikt som bør justeres i lys av rettsutviklingen i EMD.⁷³

70. Om aktiv transformasjon og et brukervennlighetsperspektiv, se Backer (2013), s. 181–182.

71. Om uttrykket, se Spano (2018), s. 481 med videre henvisninger.

72. Sml. Rt. 2015 s. 1467, der tilfellet var at politiregisterloven § 34 bare ga myndighetene rett, men ikke plikt, til å utlevere det omtvistede materialet. Man kan nok imidlertid argumentere for at dersom lovverket gir adgang til å utlevere opplysninger, vil det følge av hovedregelen om rett til innsyn i Grunnloven § 100 femte ledd at det også *skal* gis innsyn. I Rt. 2015 s. 1467 viste Høyesterett til at § 100 ikke var relevant, fordi den ifølge forarbeidene ikke omfatter påtalemyndighetens virksomhet, men for forvaltningslovens del vil dette stille seg annerledes.

73. Om revisjon av offentleglova, se nylig Interpellasjon nr. 15 (2020–2021) av 6. november 2020 fra Lene Vågslid (A) til justis- og beredskapsministeren «om nedslående konklusjoner i evalueringen av offentlighetsloven i 2016, og når og hvordan funnene vil bli fulgt opp». Interpellasjonen ble besvart og debattert i Stortinget 26. november 2020, se sak nr. 7.