



BORGARTING LAGMANNSRETT

KJENNELSE

Avsagt:

Sak nr.: 21-076153ASD-BORG/02

Dommer: Lagdommer Lisa Vogt-Lorentzen

Ankende part	Paal Richard Diskerud	Advokat John Christian Elden Advokat Pål Remman Advokat Sindre Reimers Rising
Ankemotpart	Dagens Næringsliv AS	Advokat Halvard Helle

Kjennelsen gjelder begjæring om bevis tilgang i sivil sak. Spørsmålene er om beviset faller inn under kildevernet i tvisteloven § 22-11 første ledd, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 10 nr. 1 og om det i så fall skal pålegges fremlagt etter tvisteloven § 22-11 andre ledd, jf. EMK artikkel 10 nr. 2.

Sakens bakgrunn

Den underliggende saken gjelder krav fra Paal Richard Diskerud om erstatning fra Dagens Næringsliv AS (heretter også DN eller avisen) for ærekrenkelses knyttet til en avisartikkel. I dom 26. mars 2021 kom Oslo tingrett til at artikkelen inneholdt en ærekrenkelse, men at publiseringen av ytringen ikke var rettsstridig. DN ble derfor frifunnet.

Begjæringen om bevis tilgang gjelder korrespondanse som viser når og på hvilken måte avisen mottok «Anmodning om undersøkelse av mulig straffbart forhold» sendt fra Tinn kommune til Økokrim (heretter også omtalt som anmodningen). Begge parter har opplyst at DN's journalister under hovedforhandlingen i tingretten forklarte at de var i besittelse av anmodningen før artiklene ble publisert. Diskerud fremsatte for øvrig en tilsvarende begjæring om bevis tilgang for tingretten. Han ba da også om å få opplyst kildens identitet. DN imøtekom ikke begjæringen, og tingretten avsa ikke noen kjennelse om spørsmålet.

Den aktuelle anmodningen er omtalt en rekke ganger i tingrettens dom. Av tingrettens saksfremstilling, som legges uprøvd til grunn, fremgår blant annet:

«Dagens Næringsliv publiserte 19/20. november 2014 en artikkel om at Tinn kommune hadde sendt anmeldelse til Økokrim om mulig korrupsjon. En nettartikkel ble publisert på kvelden den 19. november 2014, mens en i hovedsak identisk men noe lengre sak ble trykket i papiravisen [20.] november 2014.

Artikkelen har utgangspunkt i engasjementet selskapet Rjukan Technology Centre AS (RTC) hadde på Rjukan i Tinn kommune ved årsskiftet 2012/2013. RTCs aktivitet var knyttet til et initiativ for å levere datasentertjenester. ... Saksøker, Paal Diskerud, var daglig leder for RTC fra oktober 2012. ...

I korte trekk ble det fra rundt 2010 arbeidet med to ulike initiativ for å etablere senter for levering av datasentertjenester i Tinn kommune. Det ene var knyttet til det kommunale aksjeselskapet Tinn Energi, som etter hvert etablerte det 100% eide datterselskap Rjukan Mountain Hall AS som sitt verktøy for satsningen. Det andre hadde sitt utspring i selskapet Norske Systemarkitekter AS (NSA). NSA ble senere slått konkurs og denne satsningen ble så videreført av RTC. ...

Rjukan Mountain Hall AS og RTC inngikk 27. august 2012 en avtale om samarbeid mellom de to satsningene på arealet i næringsparken og det ble etablert et felles aksjeselskap for drift av datasenteret: Nydro AS. Selskapet endret senere navn til Norzetta AS. ...

Som daglig leder for Nydro/Norzetta AS ble blant annet Audun Mogen vurdert. Mogen var i 2012 daglig leder av Rjukan Næringsutvikling AS (RNU), hans arbeidsmessige tilknytning til kommunen på dette tidspunktet er delvis omtvistet. Det er kontakten ved årsskiftet 2012/2013 mellom Mogen og RTC – på vegne av Nydro – vedrørende stillingen som daglig leder i Nydro, som var grunnlaget for at Tinn kommune ved ordfører og rådmann 19. november 2014 sendte en '[a]nmodning om undersøkelse av mulig straffbart forhold – forsøk på korrupsjon' til Økokrim. Bakgrunnen for anmodningen var at Mogen i 2014, [i] etterkant av oppslagene rundt andre deler av Diskeruds næringsvirksomhet i Dagens Næringsliv i november 2014 (den såkalte 'lånehaisaken'), varslet sine overordnede om kontakten han hadde hatt med RTC i 2012/2013. Det er opplyst at Mogen også hadde gitt sine overordnede noe informasjon om denne kontakten allerede i 2012/2013.»

Lagmannsretten viser for øvrig også til tingrettens gjengivelse av den trykkede versjonen av DNs artikkel i den påankede dommen punkt 2.

Paal Richard Diskerud har anket dommen inn for Borgarting lagmannsrett ved ankeerklæring 5. mai 2021. Anken retter seg mot tingrettens bevisvurdering og rettsanvendelse under rettsstridsvurderingen. Det er anført at publiseringen er rettsstridig, og at det er grunnlag for erstatning for lidt og framtidig tap, samt oppreisning.

Dagens Næringsliv AS har imøtegått anken i anketilsvar 27. mai 2021. Avisen anfører at artiklene ikke inneholder noen ærekrenkelse, subsidiært at publiseringen av ytringen ikke er rettsstridig. Det er videre anført at kravet om erstatning ikke er dokumentert.

I prosesskriv 7. desember 2021 fremsatte Diskerud begjæring om fremleggelse av «den korrespondanse som viser at DN mottok skrevet før artiklene ble publisert», men slik at navnet på avsender utelates, jf. tvisteloven § 21-4 og § 21-5.

I prosesskriv 23. desember 2021 meddelte DN at begjæringen ikke ville bli etterkommet.

Partene har i det følgende utvekslet en rekke prosesskriv om begjæringen, sist DNs prosesskriv 15. februar 2022.

Partenes anførsler

Paal Richard Diskerud har til begjæringen om bevis tilgang i hovedtrekk anført:

Lagmannsretten bes om å fastsette en kort frist for DN til å fremlegge dokumentasjon for oversendelsen, herunder tidspunkter, men uten navnet på kilden. Det bes videre om at DN ilegges fristforelegg som fastsetter at manglende oppfyllelse vil bety «fravær i saken» dersom prosesshandlingen ikke foretas innen fristen, jf. tvisteloven § 16-7 andre ledd.

Ettersom Diskerud aksepterer at navnet på avsender utelates, er kildevernet ikke til hinder for å kreve korrespondansen fremlagt. Det faktum at DN's journalister fikk skrevet og når, er verken beskyttet etter tvisteloven § 22-11 første ledd eller EMK artikkel 10.

DN må sannsynliggjøre at kilder vil bli avslørt. Beviskravet er sannsynlighetsovervekt. DN har ikke sannsynliggjort, eller konkretisert en særskilt grunn, for at fremleggelse av bevis i tråd med begjæringen vil innebære risiko for at kilden blir avslørt. Intensjonen med kravet er ikke å avdekke hvem som er kilden, og ingen kilder vil avsløres ved pålegg om begjært.

For at journalistisk materiale som ikke direkte er opplysninger om kilder, skal være unntatt alminnelige regler om bevis tilgang, må det kreves noe særskilt. Det sterke vernet journalistisk materiale nyter mot ransaking og beslag fra politiet, der dette vil avsløre kilder, eller der det fra statlige myndigheter iverksettes straffereaksjoner mot journalister som ikke oppgir kilder, har liten, om noen, betydning for vår sak.

Interesseavveiningen retten må foreta, vil falle ut i favør av at beviset må fremlegges. Spørsmålet om når DN's journalister ble kjent med anmodningen, er avgjørende for aktsomhetsvurderingen under rettsstridsvurderingen, jf. skadeerstatningsloven § 3-6 a. Fremleggelse av korrespondansen er derfor nødvendig for en forsvarlig behandling av saken, sml. tvisteloven § 16-7 andre ledd første punktum. Det gjelder særlig i lys av det alvorlige inngrepet i Diskeruds liv en ubegrunnet og uriktig beskyldning om politianmeldelse utgjorde. Publiseringen hadde ingen betydning for offentlig opplysning og debatt. Fremleggelse vil i dette tilfellet i liten grad ha begrensende eller nedkjølende effekt på journalistenes tilgang til kilder. Etter EMD-praksis må det legges vekt på at det foreligger betydelige rettssikkerhetsgarantier rundt en avgjørelse som dette. Saksøkte får full mulighet til å argumentere for sitt syn, og avgjørelse fattes av en uavhengig dommer.

Dersom DN skulle få medhold i at en sladdet versjon av anmodningen kan nektes fremlagt, vil det føre til en uthuling av skadeerstatningsloven § 3-6 a og vurderingstemaene i rettsstridsvurderingen utover det tvisteloven § 22-11 legger opptil, jf. § 1. Det vil innebære at pressen nærmest står fritt til å ærekrenke i saker der de kan legge lokk på avgjørende beviser knyttet til rettsstridsvurderingen utover identifikasjon. En slik blokkering av en reell rettsstridsvurdering kan videre føre til at bestemmelsens formål om en balansert vurdering av pressens erstatningsplikt i slike saker oppheves. Dette underbygger for øvrig et særskilt behov for prosessuelle fraværsvirkninger dersom dokumentene ikke fremlegges.

Subsidiært kan en praktisk løsning være at DN gir en sladdet utgave av dokumentasjonen kun til lagmannsretten og samtidig opplyser til Diskerud når de(n) aktuelle versjon(e) ble oversendt, og eventuelt i hvilken grad de ulike versjonene avvek fra det endelige skrevet. Slik ivaretas i hvert fall deler av formålet i skadeerstatningsloven § 3-6 a og tvisteloven § 1, selv om Diskerud da får en betydelig begrensning i retten til å argumentere for sin sak.

Paal Richard Diskerud har for begjæringen om bevis tilgang lagt ned slik *påstand*:

Prinsipalt:

1. Dagens Næringsliv v/ styrets leder pålegges å fremlegge korrespondanse som viser når og på hvilken måte Dagens Næringsliv mottok anmodningen sendt fra Tinn kommune til Økokrim.

Subsidiært:

2. Dagens Næringsliv v/ styrets leder pålegges å fremlegge for lagmannsretten korrespondanse som viser når og på hvilken måte Dagens Næringsliv mottok anmodningen sendt fra Tinn kommune til Økokrim, samt opplyse om det samme til Diskerud.

Dagens Næringsliv AS har til begjæringen om bevis tilgang i hovedtrekk anført:

Pålegg som begjært, vil være i strid med tvisteloven § 22-11, jf. EMK artikkel 10. Den etterspurte informasjonen vil kunne avsløre DN's kilder også i sladdet versjon. Ved å motta informasjon om tidspunktet for overlevering av informasjon og hvilken form dette tok, vil Diskerud kunne peile seg inn mot kilden. Det samme vil være tilfelle dersom det eksempelvis har vært ulike versjoner av brevet forut for oversendelse. Fremleggelse av eventuell slik korrespondanse ville kunne føre til en uakseptabel jakt på kilder.

Heller ikke i en konkret interesseavveining vil den ankende parts krav kunne nå frem. Spørsmålet om hvordan og når DN mottok informasjonen, vil ikke ha noen betydning for avgjørelsen. DN's aktsomhet må vurderes ut fra innholdet i de reportasjene som faktisk er publisert, ikke ut fra hvilken dokumentasjon DN satt med på ulike tidspunkter forut for publiseringen, eller ved at den ankende part krever innhentet upublisert materiale.

Begjæringen om tilgang til upublisert materiale synes reelt sett drevet primært av Diskeruds ønske om å finne ut hvem som er DN's kilde. For DN's del står derimot viktige samfunnsinteresser på spill. DN har satt søkelys på samhandlingen mellom private næringsinteresser og kommunal sektor. Innsyn vil kunne ha en nedkjølende effekt på vilkårene for kritisk og undersøkende journalistikk. Det er uomstridt mellom partene at DN's reportasje gjengir innholdet i brevet og prosessen i kommunen på en korrekt måte.

Til Diskeruds subsidiære påstand anføres at det er ikke hjemmel for å pålegge DN å oversende informasjon til domstolen uten at den også fremlegges for motparten, noe som er utelukket av hensyn til kildevernet. Til dette kommer at tidspunkt for oversendelse av eventuelle ulike versjoner nettopp er informasjon som kan brukes for å peile inn kilden.

Dagens Næringsliv AS har til begjæringen om bevis tilgang lagt ned slik *påstand*:

Begjæringen om bevis tilgang til korrespondanse som viser når og på hvilken måte DN mottok skriv fra Tinn kommune til Økokrim, tas ikke til følge.

Lagmannsrettens syn på saken

Innledning

Begjæringen om bevis tilgang avgjøres ved kjennelse av forberedende dommer etter skriftlig behandling, jf. tvisteloven § 11-1 andre ledd, § 19-1 andre ledd bokstav d og § 19-2 andre ledd.

Det rettslige utgangspunktet er at enhver har plikt til å gi tilgang til gjenstander, herunder dokumenter, som kan utgjøre bevis i en rettssak, jf. tvisteloven § 21-4, § 21-5 og § 26-5 første ledd, jf. § 21-1 og § 21-7 første ledd.

Spørsmålet i saken er om plikten til bevis tilgang er begrenset av reglene om bevisfritak for massemedia i tvisteloven § 22-11, det vil si kildevernet. Lagmannsretten vil først vurdere rekkevidden av denne bestemmelsen, deretter den konkrete begjæringen.

Tvisteloven § 22-11 om bevisfritak for massemedia – kildevern

Tvisteloven § 22-11 første og andre ledd lyder slik:

«Redaktøren av et trykt skrift kan nekte å gi tilgang til bevis om hvem som er forfatter til en artikkel eller melding i skriftet eller kilden for opplysninger i det. Det samme gjelder bevis om hvem som er kilden for andre opplysninger som er betrodd redaktøren til bruk i dennes virksomhet.

Når vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysning etter første ledd gis, og det er av vesentlig betydning for sakens oppklaring, kan retten etter en samlet vurdering likevel gi pålegg om at beviset skal framlegges eller at navnet skal opplyses. Dersom forfatteren eller kilden har avdekket forhold som det var av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent, kan slikt pålegg bare gis når det er særlig påkrevd at navnet gjøres kjent.»

Sammen med straffeprosessloven § 125 viderefører bestemmelsen et fellesprosessuelt bevisfritak for opplysninger om hvem som er kilden til opplysninger som er betrodd en representant for massemedia som ledd i deres virksomhet. Kildevern er anerkjent som en forutsetning for at media kan utøve sin samfunnskritiske funksjon effektivt, jf. Tore Schei m.fl., *Tvisteloven, kommentarutgave*, § 22-11 note 1, *Juridika*, revidert per 1. september 2021. Etter ordlyden skal det først fastlegges om beviset er omfattet av fritaksregelen i første ledd, deretter om det eventuelt skal gis pålegg om fremleggelse etter andre ledd.

Bestemmelsen må tolkes i lys av EMK artikkel 10 og Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMD) praksis knyttet til denne. Det kan bety at bevisfritaket får større rekkevidde enn det som følger av en naturlig forståelse av de norske prosessreglene, jf. Schei m.fl., *op.cit.*, note 1 og 4.

Lagmannsretten legger til grunn at infrastrukturkravet i Grunnloven § 100 sjette ledd ikke får selvstendig betydning for tolkningen av tvisteloven § 22-11 ved siden av EMK artikkel 10, selv om regler om kildevern også har «betydning i denne sammenheng, idet de fastsetter rammebetingelser for den offentlige samtalen», sml. Innst. S. nr. 270 (2003–2004) punkt 7 og NOU 1999: 27 punkt 10.3.3.1 på side 241.

EMD har gitt kildevernet stor gjennomslagskraft i sin praksis knyttet til EMK artikkel 10. Se blant annet storkammerdom 27. mars 1996 i saken *Goodwin mot Storbritannia* (EMD-1990-17488-g) avsnitt 39, storkammerdom 14. september 2010 i saken *Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland* (EMD-2003-38224-2) avsnitt 50–51, og dom 16. juli 2013 i saken *Nagla mot Latvia* (EMD-2010-73469) avsnitt 81.

I Appendix to Recommendation No. R (2000) 7 fra Europarådets Ministerkomité artikkel 1 er det fastslått at kildebeskyttelsen gjelder «the right of journalists not to disclose information identifying a source». Under forutsetning av at informasjonen «is likely to lead to the identification of a source» omfatter kildebeskyttelsen «the factual circumstances of acquiring information from a source by a journalist» og «the unpublished content of the information provided by a source to a journalist». I *Nagla-dommen* avsnitt 81 viste EMD til denne rekommandasjonen med forklarende noter («explanatory notes»).

Av de forklarende noter til rekommandasjonen fremgår for øvrig:

«d. Information identifying a source

18. In order to protect the identity of a source adequately, it is necessary to protect all kinds of information which are likely to lead to the identification of a source. The potential to identify a source therefore determines the type of protected information and the range of such protection. As far as its disclosure may lead to an identification of a source, the following information shall be protected by this Recommendation:

- ii. 'the factual circumstances of acquiring this information', for example the time and place of a meeting with a source, the means of correspondence used or the particularities agreed between a source and a journalist;
- iii. 'the unpublished content of the information provided by a source to a journalist', for example other facts, data, sounds or pictures which may indicate a source's identity and which have not yet been published by the journalist;

19. This list is not necessarily exhaustive. Paragraph c has to be read and interpreted in a manner which allows an adequate protection of a source in a given case. The decisive factor is whether any additional information is likely to lead to the identification of a source.»

Under henvisning til *Uitgevers-dommen* avsnitt 92 har Diskerud anført at materialet må skape «en alvorlig risiko for å kompromittere identiteten til journalistens kilder» for å

utgjøre et inngrep i EMK artikkel 10 nr. 1. Han har anført at det må kreves sannsynlighetsovervekt for at fremleggelse av korrespondansen vil føre til at kilden identifiseres, og at DN har tvilsrisikoen for dette spørsmålet.

Lagmannsretten kan ikke se at det er rettslig grunnlag for å oppstille terskelen «alvorlig risiko for å kompromittere identiteten til journalistens kilder» eller krav om at den som påberoper seg kildevern, må sannsynliggjøre at fremleggelse vil føre til at kilden faktisk identifiseres.

I *Uitgevers-dommen* avsnitt 72, jf. 65 la EMD til grunn at det var tilstrekkelig for å være et inngrep i friheten til å motta og meddele opplysninger, at materialet inneholdt informasjon som kunne identifisere journalistiske kilder («material which contained information capable of identifying journalistic sources»). Formuleringen «creates a serious risk of compromising the identity of journalist's sources» i avsnitt 92 må leses i sammenheng med avsnitt 72, samt med resten av avsnitt 92, der domstolen også bruker formuleringen «could lead to the identification of sources». I saken fant EMD det for øvrig ikke avgjørende at intensjonen ikke var å identifisere kildene, jf. avsnitt 66.

Under henvisning til den ovenfor nevnte rekommandasjonen, brukte EMD i *Nagla-dommen* både formuleringen «likely to lead to the identification of a source» og «capable of identifying», se avsnitt 81 og 82. I rekommandasjonen med notes varierer begrepsbruken fra «likely to lead to the identification of a source» via «may lead to an identification of a source» til «may indicate a source's identity».

Høyesterett har tidligere uttalt at «kildevernet må gå så langt at det heller ikke kan stilles spørsmål hvor formålet ikke er å komme på spor etter kilden, men hvor det kan bli resultatet», jf. Rt-1992-39 på side 51.

I Rt-2015-1286 avsa Høyesterett en prinsippavgjørelse om hvor langt det journalistiske kildevernet omfatter upublisert materiale. Under etterforskningen av en sak om verving av fremmedkrigere til terrororganisasjonen IS (ISIL) i Syria, hadde PST beslaglagt upublisert materiale hos en filmskaper som arbeidet med en dokumentarfilm om temaet. Filmskaperen påberopte kildevernet som begrunnelse for å nekte PST tilgang til materialet og fikk medhold i Høyesterett. Med tilslutning fra de øvrige dommerne, slo førstvoterende fast at det i norsk rettspraksis har vært lagt til grunn at straffeprosessloven § 125 gir rett til å nekte utlevering av journalistisk materiale «hvis det direkte eller indirekte kan avsløre de kilder journalisten har benyttet». Vernet etter EMK artikkel 10 rekker lengre enn det som tidligere var tilfelle etter intern norsk rett, og såfremt journalistens kilder «kan bli avslørt», omfatter det også uredigert og upublisert materiale. Det sentrale for kildevernets utstrekning er om beslaget «kan ha en dempende – og derved skadelig – virkning på pressens tilgang til kilder». At PST hadde anført at ransakingen og beslaget ikke hadde til formål å avsløre kilder, var ikke avgjørende. Det kan likefullt dreie seg om «an order for

the compulsory surrender of journalistic material which contained information capable of identifying journalistic sources», jf. *Utgevers-dommen* avsnitt 72. Høyesterett fant det heller ikke avgjørende «om materialet faktisk inneholder kildeopplysninger, såfremt ransakingsbeslutningen var utformet slik at beslaget kunne ha avslørt journalistens kilder». I den aktuelle saken hadde lagmannsretten konstatert at den beslaglagte råfilmen «vil kunne avsløre uidentifiserte kilder». Det var derfor ikke tvil om at bestemmelsen om kildevern kom til anvendelse. Det vises til Rt-2015-1286 avsnitt 53 til 56 og 59.

Etter EMDs praksis kan også upublisert materiale som ikke inneholder informasjon som kan føre til avsløring av en kildes identitet, i spesielle tilfelle nyte et visst vern, jf. Rt-2015-1286 avsnitt 57 og 58 med videre henvisninger. Lagmannsretten anser det imidlertid ikke nødvendig å nærme inn på rekkevidden av dette vernet.

Selv om Rt-2015-1286 gjaldt straffeprosessloven § 125, legger lagmannsretten til grunn at de samme prinsippene gjelder for anvendelsen av tvisteloven § 22-11, med forbehold for at særlig strenge rammer muligens gjelder for ransaking og beslag, sml. avsnitt 55. At reglene er parallelle, fremgår blant annet av avsnitt 50.

På denne bakgrunn legger lagmannsretten til grunn at så langt materialet vil kunne føre til identifisering av en kilde, omfattes informasjon om faktiske omstendigheter knyttet til innhenting av informasjon fra en kilde, og upublisert innhold i informasjon gitt av en kilde, av fritaket etter tvisteloven § 22-11 første ledd, jf. EMK artikkel 10. Fritaket for «bevis om hvem som er kilden» omfatter dermed også opplysninger som kan være egnet til å «ringe inn kilden» eller bidra til å identifisere kilden, jf. Schei, op.cit. og Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2017 punkt 13.3.5 e) side 813 flg. Det sentrale for kildevernets utstrekning er om fremleggelse kan ha en dempende – og derved skadelig – virkning på pressens tilgang til kilder.

Dersom beviset er omfattet av fritaket i tvisteloven § 22-11 første ledd, kan retten bare pålegge at det skal fremlegges etter andre ledd, når «viktige samfunnsinteresser tilsier at opplysning etter første ledd gis, og det er av vesentlig betydning for sakens oppklaring». Dersom kilden har avdekket forhold som det var «av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent», kan pålegg bare gis når det er «særlig påkrevd», jf. andre punktum.

Vilkåret om at materialet må være «av vesentlig betydning for sakens oppklaring», innebærer at opplysningen må være av vesentlig betydning for «å få løst den konkrete sak». Det må være «avgjørende informasjon som ikke kan fremskaffes på annen praktikabel måte» jf. Rt-2015-1286 avsnitt 62 og 63 med videre henvisninger.

Dersom grunnvilkårene i § 22-11 andre ledd er oppfylt, skal det foretas en interesseavveining i samsvar med EMK artikkel 10 og EMDs praksis. Vilkårene om «viktige samfunnsinteresser» og «vesentlig betydning for sakens oppklaring»

korresponderer med vilkåret i EMK artikkel 10 nr. 2 om at inngrepet i ytringsfriheten må være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Kildevernet kan bare vike hvis det foreligger «an overriding requirement in the public interest». Hvis opplysninger kilden har gitt, er av «samfunnsmessig betydning», er kildevernet «langt på vei ... absolutt». Det vises til Rt-2015-1286 avsnitt 67 med videre henvisninger.

Ved interesseavveiningen etter § 22-11 andre ledd første punktum må det blant annet legges vekt på «hvilken form for journalistisk virksomhet det er tale om, sakens art, om mediemedarbeideren har opptrådt med nødvendig objektivitet, om opplysningen er gitt ved brudd på viktige bestemmelser om taushetsplikt, hvor stor samfunnsmessig betydning det hadde å offentliggjøre opplysningen» og om den er «fremskaffet ved kritikkverdig 'konkurrerende' etterforskning av straffbare forhold». Bestemmelsens andre ledd andre punktum er blitt oppfattet som en retningslinje for interesseavveiningen etter andre ledd første punktum, slik at det ofte ikke er nødvendig å ta stilling til om vilkårene etter andre ledd andre punktum er oppfylt. Det vises til Skoghøy, op.cit., med videre henvisninger.

Lagmannsretten legger til grunn at terskelen for å pålegge fremleggelse etter tvisteloven § 22-11 andre ledd, jf. EMK artikkel 10 nr. 2, er høy – og særlig høy i sivile saker. Det vises til forarbeidene til endringslov i 1999, der det fremgår at terskelen for å beslutte bevisplikt er høy og bare «[r]ent unntaksvis» kan antas å være oppfylt i sivile saker, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–1998) punkt 3.2.6.7 på side 29. Skoghøy, op.cit., omtaler rettens adgang til å gi pålegg om bevisfremleggelse som «meget snever». Han legger blant annet til grunn at så lenge det finnes «alternative, praktisk gjennomførbare etterforskningsskritt», kan det ikke gjøres unntak fra kildevernet under henvisning til at opplysningen er «av vesentlig betydning som bidrag for å få løst den konkrete sak». Schei m.fl., op.cit., omtaler vilkårene for å pålegge bevisplikt av hensyn til sakens opplysning som «så strenge ... at det for viktige områder av informasjonsformidling nærmer seg et absolutt bevisfritak».

Det vises for øvrig til prinsipp 4 i Appendix to Recommendation No. R (2000) 7:

«Principle 4 (Alternative evidence to journalists' sources)

In legal proceedings against a journalist on grounds of an alleged infringement of the honour or reputation of a person, authorities should consider, for the purpose of establishing the truth or otherwise of the allegation, all evidence which is available to them under national procedural law and may not require for that purpose the disclosure of information identifying a source by the journalist.»

Når bare deler av beviset er underlagt bevisfritak, skal om mulig det øvrige fremlegges, jf. tvisteloven § 26-7 andre ledd andre punktum. Å utelate eller stryke over unntatte deler av dokumentet, betegnes ofte som «sladding». Det avgjørende for plikten til å fremlegge et dokument som inneholder opplysninger underlagt bevisforbud, er om det etter sladding er mulig å legge frem dokumentet uten å krenke bevisforbudet. Videre må dokumentet fortsatt ha betydning som bevis, jf. HR-2018-2403-A avsnitt 38, 42 og 43.

Konkret vurdering

Begjæringen om bevisstilgang gjelder korrespondanse som viser når og på hvilken måte avisen DN mottok «Anmodning om undersøkelse av mulig straffbart forhold» sendt fra Tinn kommune til Økokrim. Anmodningen var del av bakgrunnen for to avisartikler. Det er dermed på det rene at begjæringen gjelder opplysninger som er betrodd en representant for massemedia som ledd i deres virksomhet, slik at tvisteloven § 22-11 får anvendelse.

Det første spørsmålet er om korrespondansen utgjør «bevis om hvem som er ... kilden for opplysninger i» artiklene, jf. tvisteloven § 22-11 første ledd, og om fremleggelse vil innebære et inngrep i friheten til å motta og meddele opplysninger etter EMK artikkel 10 nr. 1.

Begjæringen gjelder korrespondansen med avsender utelatt eller strøket over, sml. tvisteloven § 26-7 andre ledd andre punktum. Etter lagmannsrettens syn kan imidlertid korrespondanse som viser når og på hvilken måte DN mottok anmodningen, indirekte avsløre de kilder journalisten eventuelt har benyttet, selv om navnet på avsender utelates. Opplysninger om tidspunktet for overlevering av informasjon og hvilken form dette tok, herunder eventuelle formuleringsmåter og språkbruk, vil kunne føre til identifisering av en eventuell kilde. Det samme vil være tilfelle dersom det eksempelvis har vært ulike versjoner av brevet forut for oversendelse. At begjæringen om fremleggelse eventuelt ikke har til formål å avsløre kilder, er ikke avgjørende. Det er like fullt tale om informasjon som er egnet til å identifisere journalistiske kilder. Det vises herunder til at de faktiske omstendighetene ved innhenting av informasjon fra en kilde, og det upubliserte innholdet i informasjonen gitt av en kilde, eksplisitt er omfattet av kildebeskyttelsen i henhold til Appendix to Recommendation No. R (2000) 7 jf. *Nagla-dommen* avsnitt 81, så fremt den kan avsløre kilder journalisten eventuelt har benyttet. Korrespondansen er derfor vernet av tvisteloven § 22-11 første ledd jf. EMK artikkel 10 nr. 1.

Det neste spørsmålet er om vilkårene for pålegg om fremleggelse er oppfylt etter tvisteloven § 22-11 andre ledd, jf. EMK artikkel 10 nr. 2.

Det første kumulative vilkåret som må være oppfylt, er at «vektige samfunnsinteresser» tilsier at opplysningene gis. Vern om enkeltpersoners «omdømme og ære» utgjør her en relevant samfunnsinteresse, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–1998) punkt 3.2.6.5 på side 24, EMK artikkel 8 og Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17. Lagmannsretten legger derfor til grunn at det foreligger en relevant samfunnsinteresse.

Det andre kumulative vilkåret er at det må være «av vesentlig betydning for sakens oppklaring» at opplysningene gis.

Etter skadeserstatningsloven § 3-6 a første ledd skal den som «uaktsomt» har satt frem en ytring som er egnet til å krenke en annens ærefølelse eller omdømme, yte slik erstatning som retten finner rimelig «ut fra den utviste skyld og forholdene ellers». Retten kan også pålegge betaling av oppreisningserstatning. Av bestemmelsens andre ledd fremgår at en ærekrenkende ytring ikke medfører ansvar dersom den anses «berettiget etter en avveining av de hensyn som begrunner ytringsfrihet». Ved vurderingen skal det blant annet «særlig legges vekt på om ytringen hviler på et fyldestgjørende faktisk grunnlag», og om «ytreren har vært i aktsom god tro med hensyn til de momenter som kan gjøre ytringen berettiget».

I den påankede dommen synes tingretten å ha lagt til grunn at DN hadde tilgang på anmodningen før artiklene ble publisert, og å ha lagt vekt på dette under rettsstridsvurderingen. Det vises til sidene 21, 23 og 24 i dommen. Lagmannsretten legger på denne bakgrunn til grunn at det kan være relevant for sakens spørsmål hvorvidt DN hadde tilgang på anmodningen før henholdsvis skriving og publisering av artiklene. Etter lagmannsrettens syn er det likevel tvilsomt om lovens terskel «vesentlig betydning», lest i lys av EMK artikkel 10 nr. 2, er oppfylt. Det vises herunder til at det etter skadeserstatningsloven § 3-6 a skal foretas en bred vurdering, der flere momenter enn de foran nevnte inngår. Retten ser det imidlertid ikke som nødvendig å ta endelig stilling til dette spørsmålet fordi den finner det klart at interesseavveiningen som må foretas dersom vilkårene er oppfylt, uansett ikke kan gi grunnlag for å pålegge fremleggelse.

Som det fremgår over, legger lagmannsretten til grunn at terskelen for å gi pålegg om å fremlegge materiale eller gi opplysninger som er omfattet av kildevernet, er særlig høy i sivile saker.

Selv om vern av enkeltpersoners «omdømme og ære» er en relevant samfunnsinteresse, er den ikke av særskilt tungtveiende art, slik som for eksempel avverging av alvorlig kriminalitet, sml. Rt-2015-1286 avsnitt 67 med videre henvisninger. Det vises i denne sammenhengen også til prinsipp 4 i Appendix to Recommendation No. R (2000) 7, som er sitert ovenfor. Her fremgår at i rettssaker mot en journalist om påstått krenkelse av en persons ære eller omdømme, bør myndighetene vurdere alle tilgjengelige bevis og kan for dette formål ikke kreve avsløring av informasjon som identifiserer en kilde. Selv om det kan være relevant for sakens spørsmål på hvilket tidspunkt DN hadde tilgang på anmodningen, er det, som det fremgår over, videre tvilsomt om de etterspurte opplysningene er av «vesentlig betydning» for sakens opplysning.

Hensynene som tilsier at pålegg om fremleggelse gis, veier dermed ikke særlig tungt i denne saken.

Etter lagmannsrettens syn veier hensynene som taler mot fremleggelse, klart tyngre. Opplysninger den eventuelle kilden har gitt, kan ikke anses å være uten samfunnsmessig

relevans. Det vises til at den aktuelle anmodningen gjaldt mulig forsøk på korrupsjon. Av Ot.prp. nr. 55 (1997–1998) punkt 3.2.6.5 følger på side 24:

«Den mest beskyttelsesverdige form for journalistisk virksomhet er den rent samfunnsrelaterte journalistikk, såvel i dens kritiske som dens refererende og informerende form. Innenfor denne journalistiske genre bør terskelen for å pålegge vitneplikt om kildens navn være høy. Departementets og utvalgets generelle synspunkter under punkt 3.2.3 foran har her sentral tyngde. Det gir på dette området god sammenheng å kreve f.eks at 'tungtveiende' eller 'særlig sterke' samfunnsinteresser tilsier at kilden oppgis, for at det skal kunne pålegges. I tilfeller der den opplysning man søker kilden for, har mindre eller ingen samfunnsmessig relevans, bør det derimot kreves mindre før en samfunnsinteresse sees som tilstrekkelig viktig til at den opphever journalistens kildevern.»

Lagmannsretten kan ikke se at bevisfritak vil innebære at pressen nærmest står fritt til å ærekrenke i saker under henvisning til kildevernet, slik Diskerud har anført. I den grad det er relevant, må den dømmende rett vurdere hvorvidt det er bevismessig dekning for å legge til grunn at DN mottok anmodningen før artiklene ble henholdsvis skrevet og publisert, på grunnlag av de bevisene retten blir tilbudt.

Etter dette tar lagmannsretten ikke til følge Diskeruds prinsipale krav om at DN pålegges å fremlegge korrespondanse som viser når og på hvilken måte avisen mottok anmodningen.

Lagmannsretten kan heller ikke se at det er grunnlag for å ta til følge det subsidiære kravet om å pålegge DN å fremlegge korrespondansen for lagmannsretten, samt opplyse til Diskerud når og på hvilken måte avisen mottok anmodningen. Som det fremgår over, mener lagmannsretten at informasjon om når og på hvilken måte DN mottok anmodningen, samt opplysninger om eventuelle ulike versjoner av skrevet, indirekte kan avsløre de kilder journalisten eventuelt har benyttet. Også et slikt pålegg kan etter lagmannsrettens syn ha en dempende – og derved skadelig – virkning på pressens tilgang til kilder.

Begjæringen om bevistilgang tas etter dette ikke til følge.

SLUTNING

1. Begjæring fra Paal Richard Diskerud om at Dagens Næringsliv AS pålegges å fremlegge korrespondanse som viser når og på hvilken måte avisen mottok «Anmodning om undersøkelse av mulig straffbart forhold» sendt fra Tinn kommune til Økokrim, tas ikke til følge.
2. Begjæring fra Paal Richard Diskerud om at Dagens Næringsliv AS pålegges å fremlegge for lagmannsretten korrespondanse som viser når og på hvilken måte avisen mottok «Anmodning om undersøkelse av mulig straffbart forhold» sendt fra Tinn kommune til Økokrim, samt opplyse til Diskerud når og på hvilken måte avisen mottok anmodningen, tas ikke til følge.

Lisa Vogt-Lorentzen

Dokument i samsvar med original
Marie Strømmen