

# NOTAT

Til Norsk Redaktørforening v/Arne Jensen

Fra Advokatfirmaet Thommessen AS v/Trond Hatland og Pål W. Lorentzen

Dato 4. juni 2015

Ansvarlig advokat: Trond Hatland

## **FORSLAG TIL ENDRING AV OFFENTLEGLOVA § 16 VURDERT OPP MOT YTRINGSFRIHETSVERNET I GRUNNLOVEN § 100 OG EMK ARTIKKEL 10**

### **1 PROBLEMSTILLING OG UTGANGSPUNKTER**

Et representantforslag av 7. april 2015 tar initiativ til endring av offentlighetsloven § 16 ved å la kommuner og fylkeskommuner med parlamentarisk styreform få adgang til å unnta fra offentlighet saksframlegg (innstillinger) med vedlegg og saksliste til forberedende møte i kommune-/fylkesråd.<sup>1</sup> Et flertall i Justiskomiteen har 2. juni 2015 sluttet seg til forslaget.<sup>2</sup>

Endringen vil, om den vedtas, innebære et inngrep i informasjonsfriheten, det vil si den enkelte borgers rett til innsyn og informasjon, i saker som berører lokaldemokratiet og politikken på det sted/i den regionen den enkelte borger er bosatt. Lokalpolitiske saker blir i stor grad behandlet og avgjort av disse to forvaltningsnivåene – kommuner eller fylkeskommuner.

Informasjonsfriheten og den enkeltes tilgang til informasjon om samfunnsmessige spørsmål er en sentral del av ytringsfriheten. Tilgang til informasjon er grunnleggende for den enkeltes mulighet for å danne seg selvstendige oppfatninger i samfunnsspørsmål – også når det gjelder å uttrykke disse overfor sine omgivelser. Dette går på meningsdannelsen i samfunnet, i dette tilfelle samfunnet der den enkelte bor og arbeider. Videre er tilgang på korrekt, dekkende og tidsnær informasjon avgjørende for å kunne ha muligheten til å påvirke lokalpolitiske spørsmål.

Som en demokratisk rettighet, av mange beskrevet som hovedfundamentet for demokratiet, nyter ytringsfriheten, og dermed informasjonsfriheten, utstrakt rettslig beskyttelse; Internasjonalt gjennom FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 19 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 10, nasjonalt også gjennom Grunnloven § 100.

EMK ble ratifisert av Norge i 1951 og forplikter Norge folkerettslig. Ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr 30 er EMK og SP inkorporert i norsk rett, hvilket betyr at norske domstoler håndhever bestemmelsene som en del av norsk intern rett. EMK uttrykker europeiske minimumsstandarder på menneskerettighetsområdet. Brudd på disse, herunder ytringsfriheten i artikkel 10, kan klages inn for Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) som ved brudd vil dømme vedkommende stat som vil ha et objektivt ansvar for menneskerettighetsbrudd innenfor sitt territorium. I noen grad innrømmes nasjonalstatene en skjønnsmargin – en rett til ut fra nasjonale vurderinger å fastsette menneskerettighetens grenser. For de sentrale menneskerettigheter, derimot, vil intensiteten i EMDs overprøving av nasjonal lovgivning være inngående. Dette vil ikke minst gjelde på de deler

<sup>1</sup> Dokument 8:85 L (2014-2015)

<sup>2</sup> Innst. 320 L (2014-2015)

av ytringsfrihetsområdet som har betydning for utøvelse av innbyggernes demokratiske rettigheter, og for media og andre "vaktbikkjer". Her er domstolen streng.

EMK artikkel 10 punkt 1 første punktum fastlegger at enhver har rett til ytringsfrihet;

*"Denne rett skal omfatte frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep fra offentlige myndighet og uten hensyn til grenser."*

Informasjonsfriheten – retten til "å motta og meddele opplysninger og ideer" – inngår i ytringsfrihetsvernet.

At Grunnloven § 100 sikrer minimumsrettighetene i EMK artikkel 10 ble forutsatt av Stortinget i 2004, da den nye bestemmelsen ble vedtatt. Stortingets grunnforutsetning om at bestemmelsen *minimum* skulle avspeile og sikre det vern som følger av EMK ble ytterligere tydeliggjort gjennom grunnlovsrevisjonen i 2014 (Grunnloven §§ 2 og 92). Grunnloven § 100 femte ledd lyder slik:

*"Enhver har rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter og til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte organer.  
Det kan i lov fastsettes begrensninger i denne rett ut fra hensyn til personvern og andre tungtveiende grunner."*

Spørsmålet er om den begrensning av informasjonsfriheten som ligger i forslaget til endring av offentlighetsloven § 16, har tilstrekkelige "tungtveiende grunner" og dermed kan aksepteres som ikke stridende mot Grunnloven § 100.

Et hovedspørsmål etter EMK artikkel 10 er om et inngrep i ytringsfriheten lar seg forsvare som "nødvendig i et demokratisk samfunn". EMDs føringer for informasjonsfriheten må her bygges inn i grunnlovsbestemmelsen. I samme grad som de foreslåtte begrensningene innskrenker tilgangen på informasjon på viktige samfunnsområder, vil kravet til "nødvendighet" bli skjerpet.

Justis- og beredskapsministeren har i sitt svarbrev til Justiskomiteen av 21. mai 2015 konkludert slik om grunnlovsmessigheten i det foreliggende forslag:

*"Etter min mening ligger det klart innenfor lovgivers skjønn å avveie ønskeligheten av offentlig innsyn mot ønskeligheten av unntaksadgang i et tilfelle som dette. Jeg kan ikke se at representantforslaget strider mot Grunnloven § 100 femte ledd eller noen andre deler av grunnlovsbestemmelsen."*

Flertallet i Justiskomiteen bygger på uttalelsen og konkluderer med at Stortinget har "atskillig rom til å vurdere enkelte unntak" og at "forslaget ikke strider mot Grunnloven § 100 femte ledd".

Disse konklusjonene bygger, slik vi ser det, på fundamentale misforståelser:

- Det grunnlovsmessige og menneskerettslige minimumsvernet av informasjonsfriheten, anvendt på sentrale samfunnsområder, åpner ikke for en vid skjønnsadgang for politikerne.
- Å vedta en bestemmelse som kan benyttes til å unnta et forvaltningsnivå eller samfunnsområde fra innsyn lar seg ikke forsvare ut fra Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.
- De argumenter som ligger til grunn for forslaget er svake og kan ikke benyttes som grunnlag for å begrense informasjonstilgangen i konkrete og viktige enkeltsaker.

Blir lovforslaget vedtatt, vil det åpne for demokratisk underskudd på viktige områder. I tillegg vil veien ligge åpen for søksmål og klager til EMD hver gang bestemmelsen benyttes til å nekte innsyn.

## 2 INNGREPET SOM DEN FORESLÅTTE LOVENDRINGEN VIL REPRESENTERE

### 2.1 Problemstilling

Ytringsfriheten, der informasjonsfriheten inngår, er relativ i den forstand at adgangen for lovgiver til å treffe begrensende tiltak gjennom lov er tilstede, men denne adgangen vil bero på hvilket samfunnsområde man befinner seg på, og hvilke interesser som berøres i det enkelte tilfelle.

Den endimensjonale tilnærming som Justis- og beredskapsdepartementet gir uttrykk for i brevet av 21. mai, er det ikke dekning for. Grunnloven § 100 femte ledd, og kravet om tungtveiende grunner, må tolkes og anvendes i lys av den brede anvendelse EMD, gjennom sin praksis har gitt bestemmelsen i EMK artikkel 10 punkt 2. Denne bestemmelse lyder slik:

*“Fordi utøvelsen av disse friheter medfører plikter og ansvar, kan den bli undergitt slike formregler, vilkår, innskrenkninger eller straffer som foreskrevet ved lov og som er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, territoriale integritet eller offentlig trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet.”*

Det er derfor grunn til å si noe om det samfunnsområde forslaget til endring av offentlighetslovens § 16 får anvendelse på (punkt 2.2) og hvilke hensyn og begrunnelser som bærer forslaget (punkt 2.3). Deretter er det grunn til å se hvilke virkninger forslaget vil ha (punkt 2.4).

### 2.2 Forslaget

Forslaget går ut på at kommuner/fylkeskommuner med parlamentarisk styreform kan unnta:

- (i) sakslister fra forberedende møte (der en ikke skal gjøre vedtak)
- (ii) saksframlegg (innstillinger) med vedlegg, til slike møter

Forberedende møter er heller ikke åpne i dag, her foreslås det altså ingen endring. Lukkede møter hindrer ikke politikerne i å kunne bli enige på kammerset om hvilke vedtak kommune-/byrådet skal gå inn for, slik noen har hevdet.

Ved hemmelighold av **sakslistene** vil allmennheten og opposisjonen ikke vite hvilke saker som drøftes før de kommer opp som ferdige forslag til vedtak. En får ikke vite at en sak er på trappene.

Videre kan **saksframlegget** og de utredninger som er innhentet hemmeligholdes og holdes tilbake for allmennheten og opposisjonen. Faglige og andre utredninger som er innhentet i den enkelte sak vil ikke gjøres kjent før i forbindelse med det vedtak kommune-/by-/fylkesrådet treffer, og kun i den utstrekning disse i ettertid ser seg tjent med å henvise til utredningene.

Lovforslaget innebærer at allmennheten først kan få vite om saken og tilgang det tilgjengelige – i ettertid redigerte – saksgrunnlaget på et tidspunkt hvor avgjørelsen i realiteten er tatt.

### 2.3 Begrunnelsen

Forslaget fremmes i utgangspunktet for å få åpnet opp for en praksis som Sivilombudsmannen har ansett ulovlig i henhold til gjeldende lovgivning i byrådene i Oslo og Bergen.

En begrunnelse har vært å ha lik praksis i kommuner som styres etter formannskapsprinsippet, der administrasjonens utredninger anses som interne, inntil de legges frem for formannskapet til vedtak. Et annet argument er henvisningen til regjeringens hemmelighold av interne notater.

Som påvist av professor dr. juris Jan Fridthjof Bernt til Justiskomiteen, er disse henvisningene svært lite dekkende, ikke minst siden innføring av kommune/fylkesråd som erstatning for formannskapet, var begrunnet i demokratihensyn, med forutsetning om større innflytelse for de folkevalgte for å begrense rådmannsveldet.

En annen begrunnelse som forsøksvis er gitt, er at man etablerer en parallell til regjeringsnotater som i dag kan unntas fra offentlighet. Dette er en særdeles lite treffende parallell, av flere grunner. Vi har også lang og fast tradisjon for at "personlige" notater til regjeringskonferanser unntas fra innsyn, ut fra en bred begrunnelse, dette stikk i strid med forslaget som nå ligger på bordet og som forsøksvis skal legitimere en praksis som til nå har vært ulovlig.

Skjærer man igjennom den politiske retorikken, synes hovedbegrunnelsen for forslaget å være at de partier som enten alene eller sammen med andre har et flertall i kommune/fylkeskommune finner det bekvemt å ha full kontroll på prosessen frem til man skal treffe et formelt vedtak. Tilgang for allmennheten og/eller opposisjonen til saken før dette tidspunkt fryktes å skape uro og forstyrrelse som politikerne ikke ser seg tjent med.

#### **2.4 Virkninger av forslaget**

Et sentralt utgangspunkt for vurderingen av forslagets konsekvenser er at kommuner og fylkeskommuner, innenfor sine forvaltningsområder, har noe i nærheten av et faktisk informasjonsmonopol. Dette gjelder saker innenfor kommunehelsetjeneste, barnevern og eldreomsorg, utdanning, samferdsel, byggesaker og annen offentlig tjenesteyting. Det er oftest spørsmål om å veie ulike alternativer mot hverandre, og grunnlagskunnskapen innenfor det aktuelle saksområdet kan sitte i fagavdelinger i vedkommende kommune/fylkeskommune. Dette kan innbefatte kunnskap om ulike alternativer med hensyn til tekniske løsninger, tilgjengelighet til, innholdet i og de ulike kvalitetsparametre for tjenesten, kostnadsstruktur mv.

Hemmelighold vil innebære at viktig faktagrunnlag, faglige utredninger og vurderinger som går mot flertallets standpunkt, lett forsvinner ut av saken, samtidig som opposisjonen – og allmennhetens – muligheter for å argumentere med tyngde mot flertallets standpunkt, blir begrenset. Satt på spissen kan man si at forslaget åpner for "manipulering" av den politiske prosessen ved at faglige motargumenter og mothensyn, uttrykt i deler av det materiale/utredninger som er innhentet, blir "underslått" i fortsettelsen, etter at grunnlaget for flertall i byrådet er oppnådd. Opposisjonen og allmennhet vil fortrinnsvis få tilgang til de utredninger flertallet ønsker å støtte seg til.

Sammenfatningsvis kan man fastslå at det som opprinnelig ble trukket frem som argumentasjon for å få innført en alternativ styringsform i kommuner/fylkeskommuner, nemlig å styrke folkeviljen mot rådmannsveldet, nå tas i bruk for å begrense allmennhetens innsyn og kontroll på et sentralt politikkområde, nemlig lokaldemokratiet.

Forslaget undergraver også medienes rolle som "public watchdog" og også andre vaktbikkjers viktige samfunnmessige funksjon.

### 3 FORHOLDET TIL INFORMASJONSFRIHETEN I EMK ARTIKKEL 10

#### 3.1 Innledning

Som nevnt er informasjonsfriheten også vernet av EMK artikkel 10. At offentlige myndigheter ikke uten særskilt hjemmel og tungtveiende begrunnelse kan hindre informasjonsspredning fra de som ønsker å formidle noe offentlig, har lenge vært anerkjent.

Spørsmålet er om bestemmelsen, i tillegg til retten til å formidle – og motta – informasjon, ideer mv, også etablerer en rett til å motta opplysninger fra offentlige myndigheter (innsynsrett) og kanskje til og med etablerer en plikt for offentlig myndigheter til aktivt å informere om saker av allmenn interesse. Her har det kommet viktige avklaringer fra EMD.

#### 3.2 Sentrale avgjørelser fra EMD

##### 3.2.1 *Tarsasag mv mot Ungarn (2009)*<sup>3</sup>

En "NGO" hadde søkt om innsyn i et parlamentsmedlems klage til forfatningsdomstolen. Det ble nektet innsyn, bl.a. under henvisning til at informasjonen var "privat" og derfor ikke kunne utgis uten samtykke fra avgiveren (parlamentsmedlemmet). EMD kom til at det forelå et inngrep i informasjonsfriheten nedfelt i EMK artikkel 10 første ledd.

EMD startet med å oppsummere rettspraksis knyttet til pressefrihet og utvidet rettighetene til NGO'er som kan karakteriseres som "social watchdogs". EMD fremhevet at man vil underlegge ethvert inngrep som begrenser pressens mulighet til å delta i den offentlige debatten "the most careful scrutiny". Det påpekes også at vilkårlige restriksjoner kan bli en form for "indirekte sensur":

*26. The Court has consistently recognised that the public has a right to receive information of general interest. Its case-law in this field has been developed in relation to press freedom which serves to impart information and ideas on such matters ... In this connection, the most careful scrutiny on the part of the Court is called for when the measures taken by the national authority are capable of discouraging the participation of the press, one of society's "watchdogs", in the public debate on matters of legitimate public concern ... even measures which merely make access to information more cumbersome*

*27. In view of the interest protected by Article 10, the law cannot allow arbitrary restrictions which may become a form of indirect censorship should the authorities create obstacles to the gathering of information. For example, the latter activity is an essential preparatory step in journalism and is an inherent, protected part of press freedom [...] However, the realisation of this function is not limited to the media or professional journalists. In the present case, the preparation of the forum of public debate was conducted by a non-governmental organisation. The purpose of the applicant's activities can therefore be said to have been an essential element of informed public debate. The Court has repeatedly recognised civil society's important contribution to the discussion of public affairs ... The applicant is an association involved in human rights litigation with various objectives, including the protection of freedom of information. It may therefore be characterised, like the press, as a social "watchdog" ... In these circumstances, the Court is satisfied that its activities warrant similar Convention protection to that afforded to the press.*

Domstolen fremhevet at dokumentet NGO'en ønsket innsyn i, utvilsomt var av offentlig interesse. Videre fant domstolen at den offentlige instansen i realiteten hadde "monopol" på informasjonen. Dette ble tillagt særlig vekt:

<sup>3</sup> Tarsasag a szabadsagjogokert v Hungary av 14. april 2009

28. [...] In the Court's view, the submission of an application for an a posteriori abstract review of this legislation, especially by a Member of Parliament, undoubtedly constituted a matter of public interest. Consequently, the Court finds that the applicant was involved in the legitimate gathering of information on a matter of public importance. It observes that the authorities interfered in the preparatory stage of this process by creating an administrative obstacle. The Constitutional Court's monopoly of information thus amounted to a form of censorship. Furthermore, given that the applicant's intention was to impart to the public the information gathered from the constitutional complaint in question, and thereby to contribute to the public debate concerning legislation on drug-related offences, its right to impart information was clearly impaired.

Innsynsbegrensningen hadde basis i lov og hadde et legitimt mål. Spørsmålet var derfor om innskrenkningen kunne anses som "nødvendig i et demokratisk samfunn".

EMD tok utgangspunkt i at EMK artikkel 10 ikke gir den enkelte borger en helt generell rett til innsyn i det offentliges saksdokumenter. Domstolen anerkjente likevel "a right to access to information":

35. *The Court recalls at the outset that "Article 10 does not ... confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual" and that "it is difficult to derive from the Convention a general right of access to administrative data and documents" (Loiseau v. France (dec.), no. 46809/99 ... Nevertheless, the Court has recently advanced towards a broader interpretation of the notion of "freedom to receive information" (see Sdružení Jihočeské Matky c. la République tchèque (dec.), no. 19101/03, 10 July 2006) and thereby towards the recognition of a right of access to information.*

EMD reiste spørsmål om "interference – by virtue of the censorial power of an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog" og knyttet an til rettspraksis om pressefrihet:

36. [...] *It considers that the present case essentially concerns an interference – by virtue of the censorial power of an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog, like the press, rather than a denial of a general right of access to official documents. In this connection, a comparison can be drawn with the Court's previous concerns that preliminary obstacles created by the authorities in the way of press functions call for the most careful scrutiny ... Moreover, the State's obligations in matters of freedom of the press include the elimination of barriers to the exercise of press functions where, in issues of public interest, such barriers exist solely because of an information monopoly held by the authorities. The Court notes at this juncture that the information sought by the applicant in the present case was ready and available (see, a contrario, Guerra and Others v. Italy, 19 February 1998, § 53 in fine ... and did not require the collection of any data by the Government. Therefore, the Court considers that the State had an obligation not to impede the flow of information sought by the applicant.*

Anførselen om "personlig informasjon" førte ikke frem:

37. *The Court observes that the applicant had requested information about the constitutional complaint eventually without the personal data of its author. Moreover, the Court finds it quite implausible that any reference to the private life of the MP, hence to a protected private sphere, could be discerned from his constitutional complaint. It is true*



*that he had informed the press that he had lodged the complaint, and therefore his opinion on this public matter could, in principle, be identified with his person. However, the Court considers that it would be fatal for freedom of expression in the sphere of politics if public figures could censor the press and public debate in the name of their personality rights, alleging that their opinions on public matters are related to their person and therefore constitute private data which cannot be disclosed without consent. These considerations cannot justify, in the Court's view, the interference of which complaint is made in the present case.*

*38. The Court considers that obstacles created in order to hinder access to information of public interest may discourage those working in the media or related fields from pursuing such matters. As a result, they may no longer be able to play their vital role as "public watchdogs" and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected ..."*

EMD konkluderte med at det forelå brudd på EMK artikkel 10.

### 3.2.2 *Youth Initiative For Human Rights mot Serbia (2013)*<sup>4</sup>

I denne saken hadde en NGO bedt om innsyn i informasjon som serbiske etterretningsmyndigheter hadde tilegnet seg via elektronisk overvåking. Innsynsbejæringen ble avslått. Saken reiste flere spørsmål, herunder om nektelsen av å utgi informasjonen var en krenkelse av EMK artikkel 10. EMD anerkjente også her at "freedom to receive information" omfatter "access to information":

*20. With regard to the second and third objections, the Court recalls that the notion of "freedom to receive information" embraces a right of access to information (see *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, no. 37374/05, § 35, 14 April 2009). The Court has also held that when a non-governmental organisation is involved in matters of public interest, such as the present applicant, it is exercising a role as a public watchdog of similar importance to that of the press ... The applicant's activities thus warrant similar Convention protection to that afforded to the press (see *Társaság a Szabadságjogokért*, cited above, § 27). Accordingly, the Government's remaining objections must also be rejected.*

### 3.2.3 *Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung Eines Wirtschaftlich Gesunden Land- und Fortwirtschaftlingen Grundbesitzes mot Østerrike (2013)*<sup>5</sup>

En forening, hvis formål var å undersøke effekten av overføringer av eierskap til jordbruks- og skogmark, ba regionale myndigheter om innsyn i alle avgjørelser som var truffet vedrørende eiendomstransaksjoner i Tyrol-området over en lengre periode (det var nødvendig å be den regionale myndigheten om tillatelse til alle slike transaksjoner). Regional myndighet avslø bejæringen, særlig under henvisning til manglende ressurser.

EMD kom til at det forelå brudd på EMK artikkel 10. Vurderingen av om det forelå inngrep etter EMK artikkel 10 første ledd har klare likhetstrekk med Ungarn-avgjørelsen fra 2009:

*33. The Court has consistently recognised that the public has a right to receive information of general interest. Its case-law in this field has been developed in relation to press freedom, the purpose of which is to impart information and ideas on such matters. The Court has emphasised that the most careful scrutiny on its part is called for when measures taken by the national authorities may potentially discourage the participation of the press, one of society's "watchdogs", in the public debate on matters of legitimate*

<sup>4</sup> Avgjørelse av 25. juni 2013

<sup>5</sup> Avgjørelse av 28. november 2013

public concern (see *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, no. [37374/05](#), § 26, 14 April 2009 ...

34. Furthermore, the Court has held that the gathering of information is an essential preparatory step in journalism and an inherent, protected part of press freedom (see *Dammann v. Switzerland* (no. [77551/01](#), § 52, 25 April 2006). However, the function of creating forums for public debate is not limited to the press. That function may also be exercised by non-governmental organisations, the activities of which are an essential element of informed public debate. The Court has therefore accepted that non-governmental organisations, like the press, may be characterised as social “watchdogs”. In that connection their activities warrant similar Convention protection to that afforded to the press (see *Társaság a Szabadságjogokért*, cited above, § 27, and *Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC]*, no. [48876/08](#), § 103, 22 April 2013).

35. The applicant association is a non-governmental organisation the aim of which is to research the impact of transfers of ownership of agricultural and forest land on society. It also contributes to the legislative process by submitting comments on draft laws falling within its field of expertise. In the present case it wished to obtain information about the decisions of the Commission, that is to say the appellate authority approving or refusing transfers of agricultural and forest land under the Tyrol Real Property Transactions Act. The aims pursued by that Act – namely preserving land for agricultural and forestry use and avoiding the proliferation of second homes – are subjects of general interest.

36. The applicant association was therefore involved in the legitimate gathering of information of public interest. Its aim was to carry out research and to submit comments on draft laws, thereby contributing to public debate. Consequently, there has been an interference with the applicant association’s right to receive and to impart information as enshrined in Article 10 § 1 of the Convention (see *Társaság a Szabadságjogokért*, cited above, § 28; see also *Kenedi v. Hungary*, no. [31475/05](#), § 43, 26 May 2009).

Spørsmålet var om innskrenkningen kunne anses som “nødvendig i et demokratisk samfunn” og dermed likevel tillatt. EMD fremhever igjen at EMK artikkel 10 ikke gir allmennheten en generell rett til innsyn i det offentlige dokumenter, samtidig som at domstolen bemerker at man i senere tid har beveget seg mot en “*recognition of a right to access to information*”. En parallell trekkes til rettspraksis pressefrihet; EMD vil granske nøye begrunnelsen myndigheter gir for å begrense innsyn overfor presse/NGO’er. EMD kom til at henvisningen til de regionale myndigheters ressursituasjon var et “relevant” hensyn, men at det i nærværende sak ikke var “tilstrekkelig”:

41. (The court) has held that the right to receive information cannot be construed as imposing on a State positive obligations to collect and disseminate information of its own motion ... However, in *Társaság a Szabadságjogokért* – which concerned a request for access to information by a non-governmental organisation for the purposes of contributing to public debate – the Court noted that it had recently advanced towards a broader interpretation of the notion of the “freedom to receive information” and thereby towards the recognition of a right of access to information (cited above, § 35). Furthermore it drew a parallel to its case-law concerning the freedom of the press, stating that the most careful scrutiny was called for when authorities enjoying an information monopoly interfered with the exercise of the function of a social watchdog ...

42. In the present case the applicant association requested paper copies of all decisions issued by the Commission from 1 January 2000 to mid-2005. It argued in essence that the State had an obligation either to publish all decisions of the Commission in an



*electronic database or to provide it with anonymised paper copies upon request. The Court does not consider that a general obligation of this scope can be inferred from its case-law under Article 10. However, its task in the present case is to examine whether the reasons given by the domestic authorities for refusing the applicant association's request were "relevant and sufficient" in the specific circumstances of the case and whether the interference was proportionate to the legitimate aim pursued.*

43. *Both the Commission and the Constitutional Court relied on a two-fold argument. Firstly, they considered that the applicant association's request did not fall within the scope of the Information Act. Secondly, they argued that, even if it did, the request could be refused on the grounds that its fulfilment would require substantial resources which would jeopardise the fulfilment of the Commission's other tasks. The Constitutional Court noted in particular that the applicant association's request was not concerned with obtaining information on one or more specific issues but would have required the Commission to compile, of its own motion, all decisions issued over a period of some years, to anonymise them and to send paper copies thereof to the applicant association. The Government also relied on this line of argument.*

44. *The Court observes that there is a difference between the present case and *Társaság a Szabadságjogokért*, which concerned a request by a non-governmental organisation to be given access to a particular document – a constitutional complaint for the review of certain provisions of the Criminal Code – lodged by a member of parliament. In reaching its conclusion that the refusal of access was in breach of Article 10, the Court had regard to the fact that the information sought was "ready and available" and did not necessitate the collection of any data by the Government (see *Társaság a Szabadságjogokért* cited above, § 36). However, in assessing whether the interference complained of in the present case was "necessary" within the meaning of Article 10 § 2, the Court must consider all the circumstances of the case ...*

46. *Given that the Commission is a public authority deciding disputes over "civil rights" within the meaning of Article 6 of the Convention (see, *Eisenstecken v. Austria*, no. [29477/95](#), § 20, ECHR 2000-X, with further references), which are, moreover, of considerable public interest, the Court finds it striking that none of the Commission's decisions was published ...*

47. *In sum, the Court finds that the reasons relied on by the domestic authorities in refusing the applicant association's request for access to the Commission's decisions - though "relevant" - were not "sufficient". While it is not for the Court to establish in which manner the Commission could and should have granted the applicant association access to its decisions, it finds that a complete refusal to give it access to any of its decisions was disproportionate. The Commission, which, by its own choice, held an information monopoly in respect of its decisions, thus made it impossible for the applicant association to carry out its research in respect of one of the nine Austrian Länder, namely Tyrol, and to participate in a meaningful manner in the legislative process concerning amendments of real property transaction law in Tyrol. The Court therefore concludes that the interference with the applicant association's right to freedom of expression cannot be regarded as having been necessary in a democratic society*

Det tilføyes at EMD trakk et skille mellom Østerrike-saken og Ungarn-saken, ved at sistnevnte gjaldt innsyn i et konkret dokument.

### 3.3 Konkluderende bemerkninger

EMD anerkjenner informasjonsfriheten, herunder retten til tilgang til informasjon fra det offentlige, som en sentral rettighet vernet av EMK artikkel 10.

Spesifikt har EMD åpnet for at pressen og NGO'er med "social watchdog"-funksjon har krav på å få innsyn i offentlige informasjon. Ved vurderingen av hvor langt en slik innsynsrett strekker seg kan følgende punkter fremheves:

- EMD-praksis legger opp til at det skal foretas en nøye granskning av om begrensninger i pressens (og NGO'ers) mulighet til å delta i den offentlige debatten, herunder begrensninger i form av nektelse av innsyn i offentlige dokumenter.
- EMD uttaler at informasjonsinnhenting er en "essential preparatory step" i journalistikken og en beskyttet del av pressefriheten. Tilsvarende beskyttelse bør gis NGO'er med vaktbikkjefunksjon. EMDs uttalelser indikerer en høy terskel for å begrense informasjonsfriheten overfor disse.
- EMD legger vekt på at offentlige myndigheter kan ha et "informasjonsmonopol" på det aktuelle området. Dette er et særlig sterkt argument for å gi innsyn i politiske og andre prosesser.
- Det tillegges vekt om den aktuelle informasjonen gjelder forhold av "public concern".
- Østerrike-saken tolkes som at EMD er skeptisk overfor generelle innsynsbegrensninger.

Dette innebærer at EMD vil foreta en inngående vurdering der informasjonsfriheten begrenses.

Retten til "access to information" vil, der informasjonsfriheten slår gjennom, innebære at det gis informasjon både om at en sak er til behandling og hvilket fundament den hviler på.

## 4 SUPPLERENDE OM FORHOLDET TIL GRUNNLOVEN § 100 FEMTE LEDD

Vi har altså sett at Stortinget forutsatte at Grunnloven § 100 minimum skulle sikre rettighetene i EMK artikkel 10. Videre har vi sett at forutsetningen ble tydeliggjort gjennom Grunnloven § 92, som fastsetter at myndighetene skal "[...] respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter". Plikten til å respektere og sikre de konvensjonsbaserte rettighetene i EMK artikkel 10 sidestilles og har således samme trinnhøyde som Grunnlovens uttrykkelige menneskerettighetsparagrafer i Del E.<sup>6</sup> Dette må naturligvis også gjelde de rettigheter som kan utledes av EMDs løpende praksis, jf. punkt 3 over.

Lovgiver har også forutsatt at minimumsrettighetene som følger av EMK artikkel 10 er nettopp dette – minimumsrettigheter. Det fremgår av forarbeidene til Grunnloven § 100 at rettighetene på flere viktige områder kan gå videre enn vernet som følger av EMK artikkel 10. Dette er "særlig klart" for saker som gjelder offentlighetsprinsippet, jf. St. meld. 26 (2003-2004) side 32:<sup>7</sup>

*"[...] På noen områder synes vernet etter EMK artikkel 10 svakere enn det som i dag gjelder etter Grunnloven § 100. Det gjelder for eksempel vernet for rasediskriminerende ytringer. En ny grunnlovsbestemmelse vil dessuten beskytte flere aspekter ved ytringsfriheten enn det som i dag med noenlunde sikkerhet kan utledes av EMK artikkel 10 eller andre internasjonale forpliktelser. Dette er særlig klart når det gjelder*

<sup>6</sup> Arne Fiflet: Gyldendal rettsdata: Lovkommentar til Grunnloven, note 197B (besøkt 4. juni 2015).

<sup>7</sup> Stortingsmelding nr 26 (2003-2004): Om endring av grunnloven § 100

*offentlighetsprinsippet. På disse områdene vil altså grunnlovsværn ha selvstendig betydning utover den beskyttelse som følger av EMK artikkel 10" (vår understreking).*

Uttalelsene kom forut for den dynamiske utviklingen i EMD-praksis som har gitt en betydelig sterkere innsynsrett de senere år, jf. gjennomgangen av Ungarn- og Østerrike-sakene i punkt 3. Uttalelsene gir imidlertid en sterk indikasjon på at Grunnloven § 100 både bør og skal ha et vidt vern for forhold som faller inn under offentlighetsprinsippet's saklige virkeområde. Forståelsen av "tungtveiende grunner" i Grunnloven § 100 femte ledd må ses i sammenheng med dette. Vilkåret må også ses i sammenheng med intensjonen om offentlighet som fremgår tydelig av Grunnloven § 100 sjette ledd, med kravet om at statens myndigheter skal "legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale."

Vi skal i denne forbindelse bemerke at det ikke bare er enkeltavslag på innsyn fra kommunalt og fylkeskommunalt hold som vil kunne – og som i flere enkelttilfeller uunngåelig vil være – i strid med Grunnloven § 100, jf. EMK artikkel 10. Etter vårt syn står selve representantforslaget i et mer enn tvilsomt forhold til grunnlovbestemmelsen.

Forslagsstillerne synes å ha oversett at det også er et vilkår etter Grunnloven § 100 femte ledd at et inngrep i ytringsfriheten er nødvendig. Dette følger direkte av EMK artikkel 10, men ble også særskilt trukket frem under arbeidet med den nye grunnlovbestemmelsen som ble vedtatt i 2014.<sup>8</sup> Kontrollspørsmålet er om den ordning forslagsstillerne instituerer, er nødvendig? Svaret er "nei", hensett til gjeldende rett som er utmeislet gjennom grundige utredninger og lovprosesser – i motsetning til den hastebehandling forslagsstillerne har lagt opp til. At inngrepet ikke er dokumentert som nødvendig baserer vi også på bakgrunnen for representantforslaget, på regelens foreslåtte generelle oppbygning som åpner for komplett vilkårlighet, og på den mer enn svake begrunnelsen forslaget er tuftet på.

Grunnloven § 92 fremhever at konvensjonsbaserte menneskerettigheter ikke bare skal "respekteres", men også "sikres". Som fremhevet av Arne Fliflet og andre, utgjør ikke dette bare konstitusjonelle grenser for statsmaktene, men også en plikt til aktivitet ("sikre") for statsmaktene til å gjennomføre rettighetene.<sup>9</sup> Representantforslaget utgjør en generell og unntaksfri hjemmel for å gjøre unntak for en vidt angitt type dokumenter. De aktuelle dokumentene omfatter mange ulike saksfelt og forhold i den kommunale og fylkeskommunale saksbehandlingen, men har som samlende og karakteristisk kjennetegn at de alle potensielt har stor offentlig interesse. Etter det vi kan se, er det ikke foreslått noen form for rammer for hvordan kommunene/fylkeskommunene skal foreta unntaksvurderingen. Det er heller ikke foreslått noen sikkerhetsmarginer som skal forhindre at skjønnet blir helt vilkårlig; det er alene tilstrekkelig at dokumentene gjelder saksframlegg (innstillinger) med vedlegg og sakliste til forberedende møte i kommune-/fylkesråd.

Vi finner det nærliggende å forstå representantforslaget som i realiteten å innebære en form for blancofullmakt, som gir myndighetene full diskresjonær kompetanse til å nekte innsyn uavhengig av dokumentets nærmere innhold. Gitt EMDs betydelige styrking av innsynsretten de senere år – jf. over – er det etter vårt syn uunngåelig at kommunene og fylkeskommunene vil treffe en rekke vedtak i strid med de skrankene EMK artikkel 10 oppstiller – rettigheter som altså har grunnlovs trinnhøyde og hvis materielle innhold må inkorporeres i Grunnloven § 100. Vi finner det i denne forbindelse påtakelig at verken stortingsrepresentantene bak forslaget eller Justis- eller beredskapsministeren har nevnt forholdet til EMK artikkel 10 overhode, ei heller betydningen disse rettighetene har for forståelsen av Grunnloven § 100. Representantforslaget kan anses som å institusjonalisere et regime for å gjøre unntak fra den grunnlovsbeskyttede informasjonsfriheten som

<sup>8</sup> ST.meld nr 26 (2003-2004) side 145.

<sup>9</sup> Arne Fliflet: Gyldendal rettsdatas lovkommentar til Grunnloven, note 92 (besøkt 4. juni 2015).

ikke bare åpner for – men i praksis gjør det nærliggende – med løpende brudd på Grunnlovens yringsfrihetsbestemmelse. Representantforslaget er derfor særs problematisk sett i forhold til forpliktelsene i Grunnloven § 100, jf. EMK artikkel 10, som statsmaktene er bundet av.

## 5 OPPSUMMERING

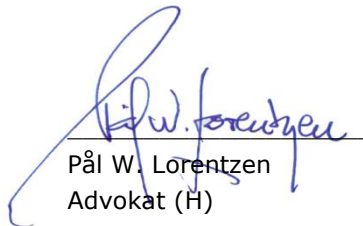
Lovforslaget er i seg selv problematisk hensett til vilkåret om dokumentert nødvendighet for inngrep i informasjonsfriheten som er nedfelt både i Grunnloven § 100 og i EMK artikkel 10. Den helt generelle adgangen til å hemmeligholde prosesser og nekte innsyn er i skarpt brudd med allmennhetens krav om tilgang til informasjon om viktige samfunnsspørsmål. Særlig utfordrer lovforslaget den viktige rolle mediene – og andre vaktbikkjer – skal ha, en rolle som er anerkjent og understreket både i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10, og praksis i medhold av disse bestemmelsene.

Praktiseringen av loven, om den blir vedtatt, vil være et minefelt for kommunale og fylkeskommunale myndigheter. Den vide unntaksbestemmelsen åpner for at man helt vilkårlig holder allmennheten uvitende om viktige samfunnsspørsmål. Politikerne har dermed gitt seg selv et verktøy som innebærer at de kan arbeide frem saker i det skjulte, til disse i realiteten er avgjort og ikke lengre lar seg stanse eller påvirke. Å vedta en slik bestemmelse – helt uten retningslinjer, prosedyrer eller rettssikkerhetsgarantier – for så å overlate til lokalt forvaltningsnivå å utøve det tunge ansvaret som følger av yringsfrihetsvernet, vil produsere menneskerettsbrudd. For å ta et eksempel på hvilket problem det lokale forvaltningsnivået står overfor; En argumentasjon om at det er "nødvendig" å unnta en sak fra innsyn ut fra hensynet til sakens viktighet, vil støte an mot praksis i medhold av Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 som understreker at jo viktigere saken er, desto større grunn har mediene til å gå inn i den og allmennheten til å gjøre seg kjent med den.

Hver gang hjemmelen brukes vil det representere et nytt inngrep i informasjonsfriheten. Hver gang vil spørsmålet om "nødvendighet" kunne bli gjenstand for klagebehandling og rettslig oppfølging.



Trond Hatland  
Advokat (H)



Pål W. Lorentzen  
Advokat (H)