

Forsvarsdepartementet  
Postboks 8126  
DEP  
0032 OSLO

12. februar 2019

## Høringsuttalelse - ny lov om etterretningstjenesten

Den internasjonale juristkommisjon – norsk avdeling (ICJ-Norge) viser til Forsvarsdepartementets høring 12. november 2018 med forslag til ny lov om Etterretningstjenesten.

### 1. Innledning

Det er positivt at Forsvarsdepartementet har lagt opp til en bred debatt om flere av spørsmålene i høringsnotatet. Samtidig er forslaget meget omfattende og komplekst, slik at en høringsfrist på tre måneder gir for liten tid for høringsinstansene til å sette seg inn i, og kommentere på, alle vesentlige sider av forslaget.

Høringsuttalelsen vil, etter en del generelle tema, ta for seg departementets beskrivelse av gjeldende rett på området. Selv om loven nå er foreslått endret, er gjeldende rett et viktig bakteppe for forslaget. Her vil ICJ-Norge også kommentere høringsnotatets redegjørelse for reglene om jurisdiksjon i de sentrale menneskerettighetskonvensjonene.

Videre vil høringsuttalelsen ta for seg sentrale bestemmelser i forslaget. Strukturen her følger lovforslagets, og de aktuelle bestemmelsene blir kommentert fortløpende. Avslutningsvis vil vi kommentere sentrale deler av forslaget om tilrettelagt innhenting.

### 2. Hovedpunkter/sammendrag

Politiets, PSTs og E-tjenestens virkemidler utvikler seg steg for steg. Hvert steg kan fremstå som velbegrunnet, men i det store bildet er det personvernet som taper for andre hensyn. Vi er bekymret for at dette store bilde tapes av syne i en fragmentarisk rettsutvikling. Tilrettelagt innhenting krysser noen prinsipielle grenser, ved at det åpnes for å tillate inngrep i personvernet til store grupper mennesker, uten at det foreligger noen konkret foranledning.

Høringsnotatet til Forsvarsdepartementet tar utgangspunkt i Etterretningstjenestens ønsker og behov, og bærer delvis preg av å gi et etterfølgende hjemmelsgrunnlag for praksis som allerede synes etablert. Det hadde vært mer demokratisk å invitere til en bred prosess om hvilke virkemidler våre folkevalgte ønsker å utstyre tjenesten med. Det ville her vært naturlig å sondre mellom hvilke virkemidler som skal tillates i en

militær/mellomstatlig kontekst, og hvilke virkemidler som tjenesten skal ha tilgang til i sin funksjon som Norges sivile utenlandsetterretningstjeneste.

Slik ICJ-Norge ser det har det i nyere tid skjedd en utglidning hvor metoder som før har vært tolerert statene imellom, gradvis har blitt normalisert også overfor enkeltindivider. I en militær og mellomstatlig kontekst gir det mening å samle inn så mye informasjon som mulig, før man søker etter mønstre i denne informasjonen som grunnlag for analyse. Det kan synes som om denne tankegangen har blitt overført relativt ukritisk til de fremvoksende oppgavene etterretningstjenestene har fått i det digitale rom og for kontraterror. Dette på tross av at grunnleggende menneskerettigheter og rettsstatsprinsipper slår inn vesentlig sterkere når de som overvåkes er sivile uten direkte knytning til f.eks. en statsadministrasjon eller en stats forsvar.

Gjennom Snowden-avsløringene har allmennheten fått innsikt i hvordan signaletteretningslogikken har blitt anvendt på internett, etter hvert som internett har blitt en viktigere og viktigere del av samfunnet. Dette fører til slagord som “collect it all”, som tilsynelatende har vært et motto for amerikansk og britisk signaletteretningsvirksomhet på internett. Lysne II-utvalgets rapport, og i enda større grad i det foreliggende høringsnotatet synes å ta denne utviklingen for gitt. ICJ-Norge mener at det er vesentlig at man i en lovprosess tar inn over seg at dette er en menneskeskapt utvikling, og vurderer om den er akseptabel i og for Norge.

Senere dommer fra EMD, som nylig er brakt inn for domstolens storkammer for behandling, synes å tillate bruk av masseovervåkning innenfor bestemte kriterier, herunder at tiltaket er strengt nødvendig, og er underlagt virksomme kontrollmekanismer. I skrivende stund foreligger imidlertid ikke endelige avgjørelser. Uansett er det hevet over tvil at masseovervåking, er et stort inngrep i personvernet. Vi slutter oss til Datatilsynets standpunkt om at følgene av slikt tiltak, blant annet på den alminnelige samfunnsdebatten (“chilling effect”), samt kildevernet, må utredes langt grundigere. Vi tiltrer derfor tilrådingen om å avvente personvernkommisjonens arbeid, slik at spørsmålet inngår i en mer helhetlig vurdering av personvernets stilling.

I vår høringsssvar vil vi vektlegge de kriterier som våre menneskerettslige forpliktelser stiller, dersom man kommer til at masseovervåking, innenfor strenge rammer, kan tillates.

Sentralt i de menneskerettslige kravene til bulkinnhenting er “streng nødvendighet”. Det er myndighetene som har bevisbyrden for at et tiltak som griper inn i personvernet i et så stort omfang er “strengt nødvendig”. ICJ mener at formålene som lovforslaget omfatter et for bredt anlagt, og at det er forsvaret mot digitale trusler som i hovedsak synes nærmere underbygget. Videre mener ICJ at vilkåret om streng nødvendighet må være mer situasjonsbestemt, og innebygges som et kriterium for e-tjenestens tilgang til informasjon hos tilbyderne. Menneskerettighetsstandarden må altså operasjonaliseres bedre i loven og domstolskontrollen.

ICJ mener, som allerede indikert, at formålene som bulkinnhenting er foreslått brukt til, etter sin art går utover det som kan anses som strengt nødvendig, for eksempel rene utenrikspolitiske behov for etterretning. Det brede formålsgrunnlaget muliggjør også større grad av deling med andre myndigheter, fordi informasjon som også er etterretningsrelevant kan deles i motsetning til overskuddsinformasjon som skal slettes. Vi mener også at forslaget favner for bredt når alle tilbydere av digitale kommunikasjonstjenester pålegges tilretteleggingsplikt, ikke bare de som disponerer grensekryssende

fiberkabler. Forslaget opererer også med et forenklet personopplysningsbegrep, som stiller lempeligere krav til anonymisering enn både den tidligere og nye personopplysningsloven.

Hevet over drøftelsen om forholdet til EMK, er det fortsatt et politisk spørsmål som må besvares, nemlig om Norge, som gjerne vil stå i fremste rekke som et liberalt demokrati, behøver å balansere på kanten av hva som er menneskerettslig legitimt (eller over kanten, slik vi mener at forslaget på noen måter er utformet). FNs høykommissiær uttalte i sin årsrapport for 2018:

*Many States continue to engage in secret mass surveillance and communications interception, collecting, storing and analysing the data of all users relating to a broad range of means of communication (for example, emails, telephone and video calls, text messages and websites visited). While some States claim that such indiscriminate mass surveillance is necessary to protect national security, this practice is “not permissible under international human rights law, as an individualized necessity and proportionality analysis would not be possible in the context of such measures” (see A/HRC/33/29, para. 58).*

### 3. Høringsnotatets beskrivelse av gjeldende rett

Departementet skriver i avsnitt 1.3.1 at “lovforslaget kodifiserer i stor utstrekning gjeldende regelverk og praksis”, men at det også foreslås noen nyvinninger.

Forholdet mellom gjeldende regelverk og den praksis som beskrives i høringsnotatet og EOS-utvalgets særskilte melding om Etterretningstjenestens lovgrunnlag bærer, slik ICJ-Norge ser det, preg av at både praksis og lovtolkning har utviklet seg i hemmelighet. Vekselvis ekspansive lovtolkninger av metodehemler, og innskrenkende lovtolkninger av begrensninger, har derfor i liten grad blitt utfordret, og disse har fått utvikle seg over tid. Eksempelvis viser departementet i høringsnotatet punkt 8.2.2.5 til at “det er gjeldende oppfatning i dag at forbudet mot fordekt innhenting ‘om’ norske personer i etterretningstjenesteloven § 4 første ledd, må forstås som fordekt innhenting ‘rettet mot’ norske personer”. I forlengelsen av dette innfortolkes det en forutsetning om “overvåkningshensikt”, som det ikke finnes spor av i ordlyden.

Den eneste instansen som kan utfordre og i noen grad korrigere Etterretningstjenestens lovtolkning er EOS-utvalget. I sin særskilte melding om Etterretningstjenestens rettsgrunnlag skriver utvalget at det “knytter seg rettslig usikkerhet” til denne fortolkningen, og at problemstillingen bør legges frem for Stortinget. Det ligger i det menneskerettslige klarhetskrav, som utviklet av EMD, at hjemler for overvåkning må være utformet på en tilstrekkelig klar måte. En konstatering av rettslig usikkerhet i seg selv burde derfor få noen varselklokker til å ringe.

Også flere andre steder i høringsnotatet nevnes “praksis” som en tolkningsfaktor for gjeldende rett, før man går videre til å foreslå omfattende hjemler uten at det skal innebære noen realitetsforskjell. Dette etterlater et inntrykk av at man frem til i dag har “presset” eksisterende hjemler, og at departementet nå ser behov for å lovfeste praksis som har manglet hjemmelsgrunnlag frem til nå<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Se nærmere Jon Wessel-Aass, Rett 24, bloggversjon <http://www.uhuru.biz/?p=1874> Ketil Lund, Storebror under kontroll?, Klassekampen 3. januar 2019, og debatt med Elbjørg Løwer 7. januar, Lund 9. januar og Løwer 14. januar.

ICJ-Norge vil her særlig fremheve at departementet har påberopt rettsstridsreservasjonen og “læren om lovlige myndighetshandlinger” som legitimering for enkelte handlinger etter gjeldende rett. Et av kjennetegnene til en rettsstat er at myndighetene er bundet av de samme lover som befolkningen. Videre er dette handlinger som gjøres i hemmelighet, og som derfor neppe vil bli prøvd i noen domstol. Det er derfor en glidende overgang mellom disse konseptene og regelrette lovbrudd, og vi vil advare mot å basere praksis på en tanke om at ellers ulovlige handlinger er lovlige i fredstid etter norsk rett fordi de er begått av Etterretningstjenesten eller til fordel for de formål som tjenesten skal tjene.

## 4. Om EMK gjelder ekstraterritorielt i det digitale rom

### Generelt

ICJ-Norge vil anerkjenne at Forsvarsdepartementet har satt fokus på forholdet til menneskerettighetene generelt. Norge har gjentatte ganger bundet oss folkerettslig til å respektere enkeltmenneskers rett til respekt for privatliv og vi er glade for at Forsvarsdepartementet later til å ta Norges menneskerettslige forpliktelser og lovnader i denne sammenheng på alvor.

Før en eventuelt vurderer hva slags rammer og begrensninger Norges menneskerettslige forpliktelser legger på forslaget til regulering av e-tjenesten, må en først slå fast i hvilke tilfeller disse konvensjonene gjelder. I høringsnotatet har Forsvarsdepartementet kalt dette for jurisdiksjonsspørsmålet (punkt 4.1.3 side 30 flg). Her er det flere problemstillinger som reises. ICJ-Norge vil begrense seg til å kommentere to av disse.

Utgangspunktet er klart. Den norske stat, herunder Etterretningstjenesten, skal sikre og respektere retten til privatliv i EMK Artikkel 8 og SP Artikkel 17 for alle som er innenfor Norges “jurisdiction” jf. EMK Artikkel 1 og SP Art 2 (1). Gjeldende rett er at begrepet “jurisdiction” omfatter mer enn kun statens territorium, slik det også vises til i høringsnotatet. I den digitale tidsalderen er det avgjørende hvorvidt statene faktisk og reelt sett utøver myndighet og kontroll over en person.

### E-tjenesten forpliktelser etter EMK når de overvåker personer som oppholder seg utenfor Norges grenser

Det første spørsmålet ICJ vil kommentere er, som Forsvarsdepartementet selv drøfter på side 32, hvorvidt e-tjenestens informasjonsinnhenting innebærer utøvelse av myndighet og kontroll over personen som er gjenstand for informasjonsinnettingen - selv når denne oppholder seg utenfor Norges territoriale grense.

Forsvarsdepartementet viser til at “all den tid EMK ikke har behandlet spørsmålet er direkte er det vanskelig å forutsi hvordan domstolen vil forholde seg” (side 32). Departementet presiserer deretter med at utformingen av loven i samsvar med kravene i EMK i disse tilfellene er et utslag av “policy- og praktiske hensyn” og er “ikke et resultat av en rettslig forpliktelse”.

Her kan det fremstå som om Forsvarsdepartementet mener at rettstilstanden omkring EMK Artikkel 1 er usikker *fordi* EMD selv ikke har tatt stilling til spørsmålet. Vi viser til at subsidiaritetsprinsippet innebærer at norske rettsanvendere selv må anvende EMK basert på de tolkningsprinsippene EMD anvender og selv komme til et resultat basert på de tilgjengelige kildene. Norge kan ikke vente på at EMD avklarer alle rettsspørsmål som springer ut av konvensjonen.

ICJ-Norge er enige i at den rettslige problemstillingen om ekstraterritoriell anvendelse av EMK i det digitale rom er en krevende juridisk problemstilling. Vi mener likevel at Forsvarsdepartementet ikke kan nøye seg med å nevne problemstillingen, men burde foretatt en selvstendig vurdering av hvorvidt EMK vil gjelde eller ikke.

Etter vår vurdering er det flere holdepunkter som taler for at e-tjenesten er rettslig forpliktet til å respektere rettighetene i EMK også overfor personer som oppholder seg i utlandet. Dette mener vi særlig sett i lys av at EMK er et dynamisk instrument som må tolkes dynamisk for at rettighetene i konvensjonen skal innebære noen realitet også i fremmadrettede teknologiske samfunn.

Videre er det uklart hvilke konsekvenser det innebærer at e-tjenesten kun anser seg forpliktet til å respektere EMK som følge av praktiske hensyn og policybeslutninger. ICJ-Norge ber om at Stortinget klargjør og slår fast at en slik beslutning om at menneskerettighetene gjelder for alle, uansett hvor de befinner seg, ikke vil være gjenstand for politiske beslutninger senere eller innebære at Etterretningstjenesten i realiteten gis fullmakt til å anvende en "mildere menneskerettighetsnorm" i disse tilfellene.

## Norges troverdighet som menneskerettighetsforkjemper i internasjonale fora

Det andre punktet vi ønsker å kommentere i forbindelse med jurisdiksjonsspørsmålet, er ikke berørt av Forsvarsdepartementet i det hele tatt. Spørsmålet er i hvilken grad vi er lojale i oppfølgingen av våre uttalelser og politiske forpliktelser i internasjonale fora, som FN, ved å gi uttrykk for at vi er usikre på om den norske Etterretningstjenesten er rettslig forpliktet til å respektere menneskerettighetene.

Norge har i flere internasjonale fora stått frem som menneskerettighetsforkjemper og forkjemper for menneskerettighetsforsvarere. For det første har Norge de siste årene markert oss sterkt på initiativer som gjelder retten til privatliv i det digitale rom. For det andre har Norge lenge vært hovedforlagsstiller for resolusjonen om beskyttelse av menneskerettighetsforsvarere som vedtas av FNs Generalforsamling annethvert år (A/RES/53/144). Norges sterke markering på disse områdene står i kontrast til den trusselen lovforslaget som helhet innebærer i menneskers rett til privatliv.

Ad det første vises det til at Norge var medforlagsstiller til resolusjonen "Privacy in the Digital Age" (A/RES/73/179) som ble vedtatt i FNs generalforsamling 17. desember 2018. I denne resolusjonen sier Norge seg eksplisitt enig i at menneskerettighetene må respekteres også ved overvåking av personer i utlandet. Vi viser til følgende avsnitt (våre understrekinger):

*"Emphasizing that unlawful or arbitrary surveillance and/or interception of communications (...) violate the right to privacy [and] can interfere with the right to freedom of expression and may contradict the tenets of a democratic society, including when undertaken extraterritorially or on a mass scale."*

*“Deeply concerned at the negative impact that surveillance and/or interception of communications, including extraterritorial surveillance, (...) may have on the exercise and enjoyment of human rights.”*

*“Noting that, while concerns about public security may justify the gathering and protection of certain sensitive information, States must ensure full compliance with their obligations under international human rights law.”*

I tillegg til å gi vår tilslutning til at også e-tjenesten må respektere menneskerettighetene i sin virksomhet utenfor norsk territorium, har Norge markert seg ved å arrangere en “expert workshop” i Geneve, februar 2018, om retten til privatliv i den digitale tidsalderen. Hvis Norge ønsker å forbli en seriøs og troverdig aktør i det internasjonale fora, bør våre egne departementer samkjøres på hva som er vårt synspunkt om EMKs ekstraterritoriale anvendelse. Og konklusjonen bør være at menneskerettighetene gjelder for alle som utsettes for statlig myndighetsutøvelse, uansett hvor de befinner seg.

I denne sammenhengen er det også verdt å vise til rapporten “The Right to Privacy in the digital age” (A/HRC/39/29) utgitt 3. august 2018 fra FNs høykommisær for menneskerettigheter. Rapporten bygger på innspill fra stater og andre relevante aktører, herunder den norske stat. Rapporten (side 3) slår fast at menneskerettighetene må respekteres også utover statens egne territoriale grenser:

*“9. A State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State party, even if not situated within its territory. Human rights law applies to digital communications infrastructure, wherever located, for example through direct tapping or penetration of communications infrastructure located outside the territory of that State.”*

ICJ-Norge legger til grunn at Norge vil være enige i synspunktene til FNs høykommisær for menneskerettigheter hva gjelder rekkevidden av våre internasjonale menneskerettighetsforpliktelser.

Om Norges engasjement for menneskerettighetsforkjempere, som nevnt ovenfor, ønsker vi å gjøre oppmerksomme på koblingen mellom staters overvåking og beskyttelse av menneskerettighetsforkjempere. Globalt er menneskerettighetsforkjempere stats-kritikere og spesielt sårbare for statlig etterretning. Et viktig bidrag i vårt engasjement for MR-forkjempere er derfor nettopp å sørge for at det blir global konsensus rundt at statlige etterretningstjenester må respektere menneskerettigheter, selv ved deres virksomhet i utlandet.

Samlet sett mener ICJ-Norge at Stortinget bør være tydeligere og klarere enn det Forsvarsdepartementet har vært på å uttrykke at det er Norges syn at e-tjenester rettslig sett er forpliktet til å respektere enkeltmenneskers rett til respekt for privatliv.

## 5. Den foreslåtte lovreguleringen av Etterretningstjenesten

### Metodebruk

Selv om forholdsmessigheten av metodebruken skal vurderes konkret i hvert tilfelle, er det etter vårt syn nødvendig at lovgiver gir flere føringer enn forslaget legger opp til. Det vil for eksempel være større rom for inngripende metodebruk dersom formålet er å oppdage trusler mot Norge, enn det vil være for å

innhente informasjon med det formål å fremme Etterretningstjenestens aksesser eller for å dele med utenlandske samarbeidspartnere. Et endelig lovforslag bør derfor drøfte i detalj om det er nødvendig å åpne opp for metodebruk for å understøtte alle lovens formål. Særlig gjelder dette for tilrettelagt innhenting, jf. nedenfor.

Vi viser her til vårt hørings svar til Lysne II-rapporten, hvor det ble påpekt følgende:

*Vi kan ikke se at utvalgets mandat, eller utvalgets øvrige vurderinger, støtter opp om at et tiltak som DGF nødvendigvis må ha samme vide formål som E-tjenesten har for øvrig.*

*Tvert imot må hvert enkelt formål vurderes for seg, opp mot både menneskerettslige skranker og mot hva som vi som samfunn aksepterer som akseptable inngrep i person-/kommunikasjonvern. Her er det grunn til å minne om vurderingsmomentene fra Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og tilhørende praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), hvor ethvert inngrep må være nødvendig i et demokratisk samfunn - av EMD nærmere presisert som et krav om tvingende samfunnsmessig behov ("pressing social need"). Hva gjelder inngrep i kommunikasjonsvernet har EU-domstolen i flere avgjørelser klargjort terskelen for et slikt tiltak; det må ikke gripe inn i "kjernen i individets rettigheter", og for øvrig må det være "strengt nødvendig", jf. nærmere om dette nedenfor.*

*I denne sammenheng kan det bemerkes at én metode for innhenting av opplysninger, for eksempel menneskebasert innhenting eller bruk av åpne kilder godt kan være forholdsmessig for å ivareta visse av E-tjenestens oppgaver, mens det neppe vil være forholdsmessig å aksessere og lagre store datamengder om utenforstående, sivile tredjepersoner for å ivareta samtlige av de formål som E-tjenesten er satt til å fremme.*

Nevnte innvending står seg også for det foreliggende forslag. Dette gjelder særlig i lys av blant annet Justis- og beredskapsministerens utsagn om at tilrettelagt innhenting vil "styrke personvernet", et argument som *kan* anføres ved tiltak for cyberforsvar, men som er meningsløst ved de andre formålene det åpnes for i forslaget.

## Domstolskontroll

Departementet argumenterer med styrke for at det ikke skal være domstolskontroll med Etterretningstjenestens overvåkningsvirksomhet (med unntak av for tilrettelagt innhenting). ICJ-Norge stiller spørsmål ved hvorfor det ikke er foreslått domstolskontroll ved Etterretningstjenestens overvåking av nordmenn i utlandet, en ordning som blant annet er etablert i Danmark.

Det synes vilkårlig at en norsk statsborger har krav på en rekke rettssikkerhetstiltak dersom vedkommende befinner seg innenfor norske grenser (ved overvåking fra PST), mens det er svært begrensede slike tiltak dersom vedkommende skulle bevege seg til Strømstad. At det skulle være et hasteelement i saken er ikke ukjent, og dette kan løses ved hastekompetanse lagt til Etterretningstjenesten og etterkontroll ved domstolen. Vi håper og antar at det heller ikke er tale om et stort antall saker hvor Etterretningstjenesten overvåker nordmenn i utlandet.

ICJ-Norge etterspør følgelig en mer nyansert drøfting om domstolskontroll ved overvåking av nordmenn i utlandet, hvor erfaringene fra Danmark antagelig vil være et sentralt moment.

## Behandling av personopplysninger

ICJ-Norge støtter at det gis egne regler om Etterretningstjenestens behandling av personopplysninger. Høringsnotatets behandling av hva en personopplysning er, og den foreslåtte definisjonen av en personopplysning, bør imidlertid revideres i et endelig lovforslag.

Det antydes i høringsnotatets punkt 12.4.1 at samme definisjon av personopplysninger legges til grunn som i ny personopplysningslov og personopplysningsforordningen. Departementet fraviker imidlertid dette utgangspunktet i forslaget til lovtekst, hvor personopplysninger defineres annerledes i forslaget enn i norsk og europeisk rett for øvrig. Forskjellen ligger i at det etter forslaget er mindre som vil regnes som personopplysninger enn hva som ville ha fulgt av personopplysningsloven. Vi viser her til personvernforordningens fortale punkt 26:

*personopplysninger som er blitt pseudonymisert, og som kan knyttes til en fysisk person ved hjelp av tilleggsopplysninger, bør anses som opplysninger om en identifiserbar fysisk person. Når det skal fastslås om en fysisk person er identifiserbar, bør det tas hensyn til alle midler som det med rimelighet kan tenkes at den behandlingsansvarlige eller en annen person kan ta i bruk for å identifisere vedkommende direkte eller indirekte, f.eks. utpeking. For å fastslå om midler med rimelighet kan tenkes å bli tatt bruk for å identifisere den fysiske personen bør det tas hensyn til alle objektive faktorer, f.eks. kostnadene for og tiden som er nødvendig for å foreta identifikasjonen, idet det tas hensyn til teknologien som er tilgjengelig på behandlingstidspunktet, samt den teknologiske utvikling.*

Rettsteknisk er det betenkelig å operere med avvikende definisjoner av sentrale begreper. Dette må ha særlige grunner for seg, noe vi ikke kan se er nevnt i høringsnotatet. Vi stiller også spørsmål ved om en slik avvikende definisjon som er foreslått er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. Europarådets konvensjon 108 om beskyttelse av individer ved behandling av personopplysninger.

## 6. Tilrettelagt innhenting (“Digitalt grenseforsvar”)

### Formål

Våre merknader om formålsbegrensning under punkt 5.a gjelder generelt, men særlig for tilrettelagt innhenting. Det er foretatt en eksplisitt vurdering av behovet for bulkinnsamling for cyberforsvar i Lysne II-rapporten, og den inneholder også noe materiale om kontraterror. Øvrige formål som tilrettelagt innhenting skal tjene er knapt omtalt, både i høringsnotatet og i den etterfølgende offentlige debatt.

Lovens formålsangivelser bør vurderes grundigere i lys av EMKs krav til streng nødvendighet. De lovlige formål for tilrettelagt innhenting bør være knyttet til å avklare bestående trusselsituasjoner, f.eks fremmede maktens cyber-aktiviteter mot norske interesser.



Tilrettelagt innhenting begrenset til cyberforsvar vil antagelig også kunne utformes på en mer begrenset måte enn dersom metoden skal kunne brukes til alle de formål Etterretningstjenesten skal fremme. Vi antar da at andre og mer tekniske typer data vil være i fokus, og at innhenting av metadata om vanlige menneskers kommunikasjon vil kunne minimeres dersom innhenting begrenses til kun å gjelde informasjon relevant for cyberforsvar.

## Behov og terskler

ICJ-Norge er opptatt av at de terskler som ligger i forslaget må være mulig å prøve for en domstol. Norske domstoler er godt kjent med straffeprosessuelle terskler som “skjellig grunn til mistanke”, men i forslaget introduseres det terskler som vil være ukjente for en domstol å prøve. Vi ser det derfor som særlig viktig at det konkretiseres i forarbeidene hvor “lista ligger”, slik at dette kan danne grunnlag for en reell prøving.

EMKs standarder må operasjonaliseres i loven, slik at man allerede ved innhenting av data må ta stilling til om tiltaket oppfyller de lovbestemte formål, og er strengt nødvendig. Det bør klargjøres at domstolene ved sin prøving av adgangen til å gjøre søk i innhentede materiale, må ta stilling til om EMKs krav om streng nødvendighet oppfylles, og at tilsvarende vurdering skal gjøres ved fornyet prøving.

## Sekundærbruk av informasjon og bevisforbud

Hva gjelder forslaget § 7-12 om forbud mot utlevering av overskuddsinformasjon, er det gjort et unntak for handlinger forbudt etter straffeloven kapittel 17 og 18 og som kan avverges. Vi er enige med departementet at dette i hovedsak er tale om meget alvorlige handlinger. Vi vil likevel minne om at hva som utgjør en terror-relatert straffbar handling er en størrelse i utvikling, og anser at det ikke er grunn til å skjære alle straffbare handlinger i dette kapitlet i straffeloven under en kam. Vi viser her særlig til straffeloven § 137 om medvirkning til unndragning fra straff for terrorhandlinger. ICJ-Norge vurderer at særlig denne bestemmelsen er så avledet at det er liten grunn til å stille den i en særstilling hva gjelder bevisforbud. Vi er også generelt skeptiske til kapittelhenvisninger i en sammenheng som denne, siden straffeloven er under løpende utvikling.

## Innretningen av tilrettelagt innhenting - særlig om tilretteleggingsplikten

ICJ-Norge er av den oppfatning at innretningen av det som nå omtales som “tilrettelagt innhenting” er grunnleggende annerledes enn hva som ble lagt fram av Lysne II-utvalget i deres rapport om “Digitalt grenseforsvar”. Selv om kontrollregimet har likheter, gjør forskjellene særlig i tilretteleggingsplikten at man i realiteten nå foreslår et helt annet regime.

Lysne II-utvalget vurderte Etterretningstjenestens tilgang til kabler som krysser landegrenser. Tilretteleggingsplikten i lovforslaget gjelder alle leverandører av elektroniske kommunikasjonstjenester, også leverandører av “Over the top” tjenester som Skype og appear.in. Fra en begrenset krets av pliktsubjekter i Lysne II har tilretteleggingsplikten nå blitt generell.

Dette har store konsekvenser, særlig når det gjelder Etterretningstjenestens adgang til å pålegge dekryptering av trafikken. Vi ser bare to mulige forståelser av dette; enten har Forsvarsdepartementet feiltolket hva som ble utredet og anbefalt av Lysne II-utvalget, eller så forsøker man å overføre legitimiteten som en bredt sammensatt utredning gir til noe annet og vesentlig mer omfattende.

Om, og i hvilken grad, myndighetene skal kunne pålegge dekryptering er et svært komplisert spørsmål, som blir debattert med jevne mellomrom i de fleste demokratiske land. Det finnes ikke noe enkelt svar på dette spørsmålet, og det er derfor særlig viktig at endringer i lovgivningen på dette området foregår i åpenhet. I Norge skal man tilsynelatende åpne opp for vidtgående plikter til å dekryptere på bakgrunn av noen få avsnitts drøfting i høringsnotatets punkt 11.15.5.

Vi vil også bemerke at tilretteleggingsplikten synes å gi Etterretningstjenesten full frihet i å velge hvor, og på hvilken måte, det skal hentes inn informasjon. ICJ-Norge støtter Datatilsynet og Den norske dataforening i at det må legges begrensninger på utvelgelsen av aksesser, enten ved at domstolsprøving kreves på dette stadiet, eller at departementet fatter vedtak om at Etterretningstjenesten skal ha tilgang til et gitt nett eller kabel. Videre bør det etableres en klageordning.

## Kontrollregimet

### i. Domstolskontroll

I artikkelen “Noen utviklingstrekk i norsk kriminalpolitikk basert på 40 år i påtalemyndigheten” skriver riksadvokat Tor-Aksel Busch:

*Ingen vil formentlig protestere på at domstolskontroll er av avgjørende betydning i en rettsstat. Men det er ikke tilstrekkelig å etablere slike ordninger; det avgjørende vil være domstolenes mulighet for realitetskontroll. Inngrepshjemler må lages og utformes slik at domstolsprøvingen blir effektiv og reell.*

ICJ-Norge er i sterk tvil om det foreslåtte regimet for domstolskontroll med tilrettelagt innhenting legger opp til en “effektiv og reell kontroll”. Det er to hovedgrunner til denne tvilen.

For det første er tersklene det legges opp til lave, og ukjente for domstolene som skal prøve begjæringene, jf. ovenfor. For det andre kan det stilles spørsmål ved om domstolens kompetansemessig blir satt i stand til å gjøre reelle vurderinger av blant annet forholdsmessigheten av de søk som de blir bedt om å godkjenne. ICJ-Norge har stor tiltro til norske dommers juridiske kompetanse og integritet. Dommere flest er imidlertid ikke teknologer, noe som det heller ikke er rimelig å forvente. For å ta stilling til de begjærte søkene, og gjøre en reell forholdsmessighetsvurdering, er det nødvendig å forstå hva søkene går ut på og de kriteriene som skal brukes. Dette forutsetter teknisk kompetanse. Slik forslaget er lagt opp er det kun Etterretningstjenesten selv som skal tilby slik kompetanse til domstolen. Hverken dommeren eller den offentlige advokaten vil være i stand til å utfordre Etterretningstjenestens virkelighetsforståelse, hverken “etterretningsfaglig” eller teknisk. Vårt forslag er at domstolen ved behandling av denne type saker har tilgang til særlig teknisk kompetanse som er uavhengig av tjenesten selv.

ii. EOS-utvalget

Det er liten tvil om at EOS-utvalget har vært viktig for tjenestenes legitimitet i Norge, og at utvalget vil være en viktig brikke også i kontrollen av eventuell tilrettelagt innhenting. Et utvalg med medlemmer oppnevnt på deltid vil imidlertid i sin natur ha begrenset kapasitet, en kapasitet man kan spørre seg om allerede er strukket. Ytterligere styrking av sekretariatet vil kunne avbøte dette til en viss grad, men det er ikke til å komme fra at også selve utvalget vil måtte bruke mye tid på dette. Tid som brukes på kontroll av tilrettelagt innhenting vil nødvendigvis være tid som ikke kan brukes til utvalgets øvrige kontrolloppgaver.

Vår anbefaling er derfor at man igjen vurderer et uavhengig DGF-tilsyn, og kan ikke se at de argumenter departementet anfører mot dette kan ha avgjørende vekt.

Med vennlig hilsen

Erlend Balsvik  
Faggrupeleder

Terje Einarsen  
Styreleder