

Endringer i etterretningstjenesteloven (domstolskontroll i saker om kildevern og ved speiling av kommunikasjonsstrømmer mv.)

Vi fremmer her et felles høringssvar fra Norsk Presseforbund, Norsk Journalistlag, Norsk Redaktørforening og Mediebedriftenes landsforening.

Innledningsvis vil vi understreke at det er problematisk at det legges opp til at det ikke skal gjennomføres muntlig høring og at det gis to dagers frist for å komme med innspill til komiteen.

Selv om temaene endringen berører er diskutert i tidligere høringsrunder om e-tjenesteloven, er det helt sentralt at disse temaene vurderes konkret opp mot de lovendringene som foreslås. Både kildevernets rekkevidde (4.8.1) og EOS-utvalgets kontrollmuligheter (4.8.2) har etter vårt syn klar sammenheng med det som foreslås og burde vært behandlet i sammenheng.

Presseorganisasjonene har tidligere meldt inn bekymring for kildevernet og samfunnets beskyttelse av dette i lys av forslaget. Selv om forslaget er justert noe på dette området, er det fremdeles vårt grunnleggende syn at de foreslåtte lovendringer, og særlig §§ 7-3 og 8-10 innebærer et uforholdsmessig inngrep i kildevernet som ikke står seg opp mot EMK artikkel 10 (2) og Grunnloven § 100. Vi støtter forøvrig høringsinnspill fra Tekna og NRK.

Hovedsynspunkter:

- Forslaget innebærer fremdeles et uforholdsmessig inngrep i kildevernet og mangler fremdeles domstolskontroll i situasjoner som kan gripe inn i kildevernet.
- All behandling som kan påvirke kildevernet, bør underlegges domstolskontroll og denne kontrollen må knyttes særlig opp mot kildevernet, jf tidligere forslag innsendt til komiteen, omtalt under i punkt 2.
- Grunnvilkåret som skal sikre kildevernet i § 5-2 gir ikke en god nok beskyttelse.
- Kildevernsaker må unntas fra hastekompetansen i § 8-10.
- Terskelen for inngrep etter 7-3 (1) er endret i proposisjonen og samsvarer ikke med praksis fra EMD og EU-domstolen. Terskelkriteriene (La Quadrature-kriteriene) må tas inn igjen i § 7-3, slik det var i høringsnotatet.
- Beslutningen om speiling må gjøres av domstolen.
- Komiteen bør fremheve behovet for å se på alle sider ved kildevernet, inkludert etterretningssjefens hastekompetanse, og be regjeringen forsøke å finne metoder for å måle en eventuell nedkjølende effekt i den varslede evalueringen som skal finne sted innen 2. september 2026, jf. Prop. 1 S (2022–2023) side 54. Evalueringen bør også omfatte EOS-utvalgets rolle som kontrollinstans. Innspill fra høringsrunden om å utvide kontrollmuligheter bør vurderes.

1. De menneskerettslige prinsippene om kildevern gjelder generelt for e-tjenestens aktivitet

Departementet skriver at det ikke uten videre kan legges til grunn at reglene om kildevern på straffeprosessens område og rettspraksis knyttet til disse reglene, har direkte overføringsverdi

til reglene i etterretningstjenesteloven (punktene 4.1, 4.7.4 og 6.4.4.3). Med dette standpunktet rykker departementet overraskende tilbake til sin forståelse av menneskerettsprinsippene som ble lagt til grunn i Prop. 80 L (2019-202) side 159. Dette var dengang en av hovedgrunnene til at det første forslaget til ny e-tjenestelov ikke var i samsvar med internasjonal rettspraksis på området, og at departementet igjen måtte vurdere reglene på nytt.

Når dette feilaktige synet igjen gjentas i foreliggende endringsforslag, ser vi atter en gang at det legges til grunn feilaktige slutninger om kildevernets rekkevidde og uavhengig kontroll av vernet om anonyme kilder. Vi minner om departementets egne erkjennelse i høringsnotatet høsten 2022): “de menneskerettslige prinsippene (om kildevernet) gjelder generelt for etterretningstjenestens innhenting og bruk av kildeidentifiserende materiale”.

Hadde dette korrekte grunnprinsippet vært tillagt vekt og etablert inn i endringsforslagene som Stortinget nå skal vedta, ville vår kritikk av e-tjenestelovens nye fullmakter trolig vært en annen.

2. All behandling som utgjør et inngrep i kildevernet etter lovens § 9-6 (2), må underlegges domstolskontroll (kommentar til prop-en punkt 4.4.4)

På bakgrunn av internasjonal rettspraksis, mener vi det er helt nødvendig å endre § 9-6, slik at alle inngrep etter annet ledd må underlegges domstolskontroll. Vi mener bestemmelsen burde gitt flere føringer, blant annet at det også skal legges vekt på den nedkjølende effekten denne type inngrep kan ha.

Vi er uenige med departementet som skriver at fordi Big Brother-saken (Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia) gjelder bulkinnsamling, er det ikke er avklart hvorvidt det gjelder et krav om uavhengig forhåndskontroll ved spørsmål om behandling av informasjon som er egnet til å avsløre en kilde ved bruk av andre innhentingsmetoder. Hovedbudskapet fra EMD i saker som har tatt stilling til denne type metoder, er at det er helt avgjørende med uavhengige kontrollmekanismer. I Big Brother Watch-saken uttaler også EMD at inngrep i kildevernet bare kan skje i overensstemmelse med EMK artikkel 10, dersom det er «justified by an overriding requirement in the public interest», altså dersom inngrepet er rettferdiggjort av et overordnet krav i allmennhetens interesse, og at ethvert inngrep i kildevernet må være rammet inn av juridiske prosessuelle garantier som står i forhold til viktigheten av prinsippet som står på spill. Det er ikke holdepunkter for å si at ikke de samme kravene skal gjelde for andre metoder enn bulkinnsamling. De krav og rettsikkerhetsmekanismer som følger av rettspraksis fra EMD og EU-domstolen må omfatte alle metoder som e-tjenesten kan bruke etter loven på dette området .

3. Det er behov for en egen kildevernbestemmelse som gjelder for alle innhentingsmetoder etter loven.

Som presseorganisasjonene har påpekt tidligere, bør det innføres en kildevernbestemmelse i etterretningstjenesteloven kapittel 5 som gjelder for alle innhentingsmetoder i lovens kapittel 6. Vi viser her til konkrete forslag fra presseorganisasjonene til hvordan dette kan gjøres i lovverket, som ble sendt inn i et eget notat til utenriks- og forsvarskomiteen i forbindelse med høringen av etterretningstjenesteloven i 2020. Her foreslås blant annet at det i kapittel 5 tas inn en kildevernbestemmelse som fastsetter de grunnleggende vilkår som må være oppfylt når det gjelder kildevernet, samt en bestemmelse i kapittel 8 som uttrykkelig fastsetter at domstolen skal prøve om søket eller innhenting er i strid med den rettslige beskyttelse kildevernet har.

4. Grunnvilkåret som skal sikre kildevernet gir ikke tilstrekkelig beskyttelse

Vi mener forslaget til nytt grunnvilkår i etterretningstjenesteloven § 5-2 andre ledd ikke går langt nok. Kravet om at det må være "stor sannsynlighet" for at den målrettede innhenting vil frembringe kildeidentifiserende opplysninger, legger opp til en høy terskel for domstolskontroll. Beskyttelsen av kildevernet bør inntreffe mye tidligere, aller helst der det er en mulighet for at den målrettede innhenting vil frembringe kildeidentifiserende opplysninger, alternativt der det er sannsynlig. Ordlyden i § 5-2 gjenspeiler ikke den rekkevidden kildevernet har etter gjeldende rett og EMK artikkel 10.

Som flere andre høringsinstanser har tatt opp i høringsrunden, (NIM, Dommerforeningen og Oslo tingrett) angir loven en for snever forståelse av kildevernet i § 9-6.

Departementet skriver i punkt 4.8 at kildevernets rekkevidde som er angitt i § 9-6 i gjeldende lov, ikke er en del av høringen. Vi stiller spørsmål ved dette når nytt annet og tredje ledd i § 5-2 om nytt grunnvilkår viser direkte til § 9-6. Hvordan kildevernet defineres i § 9-6 får jo da direkte betydning for praktiseringen av et av grunnvilkårene for målrettet innhenting og beskyttelsen av kildevernet. Forholdet til kildevernet og behandling av dette spørsmålet i EMD og EU-domstolen, var også en viktig årsak til at ikrafttreddelsen av bestemmelsene om tilrettelagt innhenting ble utsatt.

Vi merker oss at departementet skriver at ordlyden i § 9-6 skal tolkes på bakgrunn av rettspraksis fra Høyesterett og EMD, og at man er enig med høringsinstansene som påpeker at opplysninger som indirekte kan lede til identifisering av en kilde også omfattes av vernet, og legger til grunn at § 9-6 må forstås å inkludere slike opplysninger etter gjeldende rett.

Dette er en viktig presisering, men så sentrale føringer må fremgå av selve lovteksten. Den sterke rettslige beskyttelsen kildevernet skal ha tilsier at det bør være klare og presise regler på området, slik at det blir lett for dem som skal bruke loven, å forstå hva som gjelder. Rolfsen-saken (Rt 2015 side 1286) er et eksempel på at straffeprosesslovens regler om kildevern ikke ga en god nok angivelse ettersom dette ikke ble ansett å være kildemateriale da PST først beslagla materialet. Det er derfor ikke betryggende at departementet viser til systematikken i straffeprosessloven for å bringe inn samme uklarhet her.

5. Terskelen for inngrep etter 7-3 (1) er endret i proposisjonen og samsvarer ikke lenger med praksis fra EMD og EU-domstolen.

Proposisjonen har tatt ut de kriteriene som fulgte av EU-dommen fra 2020 La Quadrature du Net and Others (sak C-511/18) – de såkalte La Quadrature-kriteriene. I høringsnotatet var disse kriteriene tatt inn i bestemmelsen § 7-3 c tredje ledd - der det het at det måtte foreligge «en alvorlig trussel mot nasjonal sikkerhet som er reell og aktuell eller forutsebar og som ikke kan avdekkes i tilstrekkelig grad ved mindre inngripende tiltak». Kriteriene ble foreslått innlemmet i lovteksten etter at en interdepartemental arbeidsgruppe avga en rettslig analyse «Etterretningstjenesteloven kapittel 7 og 8 i lys av dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstolen og EU-domstolen» som ble offentliggjort 26. august 2021. I den rettslige analysen fremkommer det at arbeidsgruppen konkluderes med at:

«Loven anses også forenlig med avgjørelsene fra EU-domstolen, med forbehold for at LQN-kriteriene trolig bør komme klarere til uttrykk i § 7-3.»

Det eneste vilkåret som nå står i loven (§ 7-3 første ledd) er at speilingen må være «nødvendig for å etablere et informasjonsgrunnlag for etterretningsformål» - med andre ord en svært vag

og løst definert skranke. Proposisjonen har med andre ord gjort forslaget betydelig dårligere når enn det som fulgte av høringsnotatet i fjor.

Vi viser her spesielt til Tekna og NRK sitt høringsinnspill til komiteen og støtter deres syn på dette. Det er en svekkelse av rettsikkerheten at LQN-kriteriene fjernes fra lovens §7-3 første ledd og erstattes med formuleringen om at speiling må være nødvendig for å etablere et informasjonsgrunnlag for etterretningsformål. Forslaget er etter vår oppfatning ikke i samsvar med praksis fra EMD og EU-domstolen og forsterker de alvorlige samfunnsmessige ulempene ved å innføre «tilrettelagt innhenting». Dette er også en vesentlig endring sett opp mot det som ble foreslått i høringsnotatet som blir ekstra problematisk når det nå legges opp til en så rask behandling i komiteen uten muntlig høring. Vi vil derfor på det sterkeste anmode komiteen om at de terskelkriteriene - La Quadrature-kriteriene. - tas inn igjen i § 7-3.

6. Beslutningen om speiling må gjøres av domstolen

Selv om retten skal avgjøre søk og innhenting etter § 7-3, er det sjefen for e-tjenesten som beslutter speiling. Etter lovforslaget er dette utelukkende for å gjøre teknisk analyse for å avklare om det er grunnlag for å fremme begjæring om innhenting for retten. Selve speilingen er et inngrep. Da gjelder både retten til beskyttelse av privatlivet etter EMK artikkel 8 og ytringsfriheten etter EMK artikkel 10. Vi kan ikke se at rettsikkerhetsgarantiene på dette innledende stadiet er gode nok når dette er avgjørelser som skal treffes av e-tjenesten selv. Vi er særlig urolige for beskyttelse av kildevernet i dette innledende stadiet. Det finnes ingen garanti for at ikke kildemateriale kan være en del av dette materialet, og selv om det ikke kan brukes til noe uten rettens kjennelse, vil selve inngrepet være svært skadelig for kildevernet. EMD anser ikke innhenting og søk i metadata som mindre inngripende enn for innholdsdata.

Internkontroll og stikkprøvekontroll via EOS-utvalget ivaretar ikke behovet og den rettslige forpliktelsen til å sikre en uavhengig kontroll. Det er heller ikke lagt opp til noe etterfølgende kontroll fra domstolen om den speiling og hvilke tekniske avklaringer som har skjedd for saken ble fremmet for retten. Vi mener selve speilingen ikke bør kunne gjennomføres uten rettens kjennelse. Det er vanskelig å se hvordan dette harmoniserer med de grunnleggende prinsippene som regulerer disse spørsmålene. I vurderingen skal det foretas en konkret avveining av de ulike interessene i den enkelte sak, jf. EMD Goodwinsaken 1996 avsnittene 39 og 40. Vi mener også det stilles alt for lite krav til uavhengig kontroll av dette inngrepet. Hvis dette blir stående, bør Stortinget be om en særlig evaluering av dette opp mot hvordan e-tjenesten bruker denne speilingen og graden av kontroll.

7. Kildevernssaker må unntas fra hastekompetansen i § 8-10.

Som vi har nevnt i tidligere høringsaker, mener vi hastekompetansen ikke må gjelde for kildevernssaker. Vi kan ikke se at en etterfølgende kontroll av domstolen innen 24 timer etter at inngrepet er gjort, er forholdsmessig opp mot det inngrepet det vil være at e-tjenesten innhenter materiale som kan avsløre kilder eller kilde-sensitive opplysninger, og mener hastekompetansen ikke må gjelde for innhold som kan avsløre slike opplysninger. Avsløringen av den anonyme kilden skjer jo eventuelt umiddelbart med at hastekompetansen blir brukt.

I Big Brother-saken påpeker EMD, med henvisning til tidligere praksis, at ethvert inngrep i retten til beskyttelse av journalistiske kilder må ivaretas med rettsprosessuelle garantier som står i forhold til betydningen av prinsippet som står på spill (se Sanoma Uitgevers B.V. §§ 88-89). Først og fremst blant disse garantiene er garantien for overprøving av en dommer eller et annet uavhengig og upartisk beslutningsorgan. Videre sier EMD (også i Big Brother) at i

hastesituasjoner bør det foreligge en framgangsmåte for å identifisere og isolere, før myndighetene utnytter materialet. (se mutatis mutandis, Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH mot Østerrike, nr. 74336/01, §§ 62-66, EMK 2007-XI).

I drøftingen av dette spørsmålet i punkt 4.7. påpeker departementet at det er grunn til å være varsom med å oppstille tilsvarende krav i hastesaker knyttet til utenlandsk etterretningsvirksomhet, der formålet er ivaretagelse av nasjonale sikkerhetsinteresser, og der vilkårene for hastebehandling ligger meget høyt.

Etter vårt syn er dette feil. Kravet er de samme uavhengig av hva saken gjelder, men den konkrete vurderingen kan gi ulikt utslag ut ifra hvilke hensyn og interesser som gjør seg gjeldende. Lovbestemmelser må imidlertid utformes ut fra prinsippene for avvenningen.

8. Behov for at kildevernet tas inn som et eget punkt i den kommende evalueringen:

Departementet legger til grunn at kildevernbestemmelsene i etterretningstjenesteloven vil kunne være gjenstand for den uavhengige evalueringen som forutsatt av Stortinget, se proposisjonen punkt 2.1. Vi oppfordrer komiteen til å stille krav om at kildevernbestemmelsene skal være en del av den tidligere forutsatte evalueringen og at særlig man i den forbindelse bør se på behovet for å utvide lovens angivelse av kildevernet, kontroll av kildevernet i hele etterretningstjenestens virksomhet og bruken av hastekompetanse.

9. Om nedkjølingseffekten av forslaget

Departementet legger til grunn at det ikke foreligger holdepunkter som sannsynliggjør at tilrettelagt innhenting vil ha en nedkjølende effekt i Norge. Som grunnlag for dette vises det til høringsnotat fra 12.22.2018 til ny e-tjenestelov, der dette drøftes i punkt 11.13.8 s 272-277.

I dette høringsnotatet fra 2018 skriver departementet at det vurderer det slik at innsamling av data for etterretningsformål vil kunne ha en negativ effekt på folks atferd dersom det ikke er implementert ordninger som ivaretar folks rettssikkerhet. Samtidig konkluderes det med at den strenge reguleringen av e-tjenestens tilgang til innhentet informasjon og den tilhørende åpenheten knyttet til dette, "bidrar til å motvirke en mulig negativ nedkjølingseffekt basert på en oppfatning av at dette innebærer statlig overvåkning av norske borgere."

Vi mener departementet tar for lett på den mulige nedkjølende effekten av forslaget, og at det mangler empiri på at det ikke vil ha en nedkjølende effekt. Stortinget bør be regjeringen prøve å finne egnede metoder for å måle nedkjølingseffekten slik at dette også kan bli en del av den varslede evalueringen.

I likhet med NRK vil vi påpeke at det må skilles mellom rettslig tilgang og faktisk tilgang/faktisk sikkerhet. Så lenge etterretningstjenesten rent faktisk har tilgang på kommunikasjonsdata vil dette kunne medføre en nedkjølende effekt på ytringsfriheten og kildevernet. Vi deler NRKs etterlysning av en nærmere forklaring på hvordan denne enorme datamengden faktisk skal sikres – ikke minst overfor eksterne aktører, men også mot uautorisert bruk fra Etterretningstjenesten.