



Forsvarsdepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 2016/2773-5/fd II/HVA  
Vår ref.: 279220

Dato: 12. februar 2019

## Høring - Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten

### 1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 12.11.2018 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for strafferett og straffeprosess, menneskerettighetsutvalget og lovutvalget for IKT og personvern. Lovutvalget for strafferett og straffeprosess består av Halvard Helle (leder), Ann Hellen Aarø, Anders Brosveet, Thomas Horn, René Ibsen, Nicolai V. Skjerdal, Frode Sulland, Inger Marie Sunde og Lars Christian Sunde. Menneskerettighetsutvalget består av Elisabeth Sejersted Brodtkorb, Cecilia Dinardi, Maria Hessen Jacobsen, Else Leona McClimans, Brynjulf Risens og Nicolai V. Skjerdal. Lovutvalget for IKT og personvern består av Thomas Olsen (leder); Christopher Sparre- Enger Clausen, Fred Richard Elsheim, Eirin Helen Hauvik, Jarle Roar Sæbø, Cecilie Wille Søvik og Malin Tønseth. Saken er også forelagt lovutvalget for forvaltningsrett, som ikke hadde ytterligere innspill.

## **2. Innledende bemerkninger**

### **2.1 For kort høringsfrist**

Departementets lovforslag med motiver er omfattende. Det foreslås en helt ny lov som er ment å regulere alle sider av etterretningstjenesten i lys av utviklingen i trusselbilde, digitaliseringen av samfunnet og menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Advokatforeningen finner innledningsvis grunn til å påpeke at den ordinære høringsfrist på tre måneder på ingen måte er tilstrekkelig for et så omfattende og inngripende lovforslag som dette. Etter utredningsinstruksen (FOR-2016-02-19-184) § 3-3 skal høringsfristen tilpasses omfanget av tiltaket, og dets betydning.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NIM) har anmodet departementet om utvidelse av høringsfristen under henvisning til at forslaget har store samfunnsmessige implikasjoner og reiser et mangfold av krevende rettslige og faktiske problemstillinger. NIM har vist til at høringer av tilsvarende omfang, kompleksitet og betydning gis ordinært lengre høringsfrist enn tre måneder. Et eksempel er forslaget til ny straffeprosesslov (NOU 2016: 24) hvor det ble gitt frist på seks måneder. Etter at lovforslaget ble sendt på høring i november 2018 er det avholdt mange møter mellom representanter for høringsinstansene. Gjennomgående har oppfatningen vært at høringsfristen er for kort for bearbeiding av de spørsmål som lovforslaget reiser. NIM har i sin anmodning til departementet orientert om dette syn blant høringsinstansene. Departementet har imidlertid avslått å utvide høringsfristen, og det er ikke engang akseptert en utvidelse på to uker for å kompensere for juleferien, slik NIM ba om som et minstekrav. Advokatforeningen opplever dette som uforståelig og uforsvarlig, og mener det ikke legger et godt grunnlag for en tilstrekkelig grundig høringsprosess rundt et så stort, viktig og inngripende lovforslag.

### **2.2 Overordnede kommentarer til lovforslaget**

Advokatforeningen mener at gjeldende lovforslag har et problematisk forhold til både Grunnloven og menneskerettighetene. Særlig er det Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 som blir utfordret. Advokatforeningen mener lovforslaget inneholder flere krenkelser av Norges menneskerettslige forpliktelser.

Lovforslaget inneholder vide fullmakter til e-tjenesten om gjennomføring av hemmelig overvåkning. Videre etablerer lovforslaget et system hvor e-tjenesten vil foreta en kontinuerlig innsamling av elektronisk kommunikasjon som i særdeles stort omfang vil inneholde privat, og til dels konfidensiell, informasjon. Denne informasjonen vil bli lagret for håndtering og bearbeidelse av E-tjenesten uten at det er reell mulighet for etterkontroll. Forslaget reiser helt grunnleggende spørsmål, hvor individets rett til vern om privatlivssfæren står i sentrum.

Advokatforeningens innsigelser mot forslaget faller i hovedsak i følgende tre ledd, som utdypes i det følgende under bemerkninger til ulike deler av forslaget.

- 1) Lovforslaget lar Etterretningstjenesten selv vurdere rekkevidden av sin myndighet og innholdet av lovens hjemmelsbestemmelser
- 2) Lovforslaget underlegger i meget begrenset grad Etterretningstjenesten en reell og uavhengig kontroll. Først og fremst består kontrollen av generelt etterhåndstilsyn ved EOS-utvalget. Etter

Advokatforeningens syn vil imidlertid EOS-utvalget i praksis ikke være i stand til å utøve effektiv kontroll med de omfangsrike inngrep som lovforslaget medfører hva gjelder overvåkningsvirksomhet og informasjonsinnhenting. Domstolkontroll er ifølge lovforslaget begrenset til forhåndsprøvelse av begjæringer om bulkinnsamling av elektronisk kommunikasjon etter kapittel 7. Etter Advokatforeningens skjønn vil domstolenes forutsetninger for selvstendig prøvelse være begrenset.

- 3) Lovforslagets utforming av inngrepshjemler oppfyller ikke de krav til presisjon som må stilles etter legalitetsprinsippet og EMK, særlig hva gjelder den bulkinnsamling av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon som følger av forslaget kapittel 7. Advokatforeningen peker her særlig på lovforslagets mange hjemler for inngrep, herunder bulkinnsamling av elektronisk kommunikasjon etter kapittel 7, hvor dette gjennomgående knyttes til de generelle og vide bestemmelsene i kapittel 3 om E-tjenestens oppgaver, betegnet som «etterrettingsformål», jf. legaldefinisjonen i forslaget § 1-4 nr. 3. I dette ligger det en fare for formålsutglidning eller -utvanning. Lovforslaget lar Etterretningstjenesten selv, for alle praktiske formål, etter eget skjønn kunne gjennomføre de tiltak de selv finner nødvendig for å utføre sine vidt formulerte oppgaver.

Advokatforeningen presiserer at vi støtter departementets ønske om å få på plass en ny lov om Etterretningstjenesten som er oppdatert og tilpasset dagens samfunnsforhold, særlig hva gjelder de mange spørsmål som oppstår i vår digitale verden. Advokatforeningen hilser velkommen også den uttrykte målsetning om å klargjøre de rettslige rammer for E-tjenestens virksomhet, herunder å ivareta de grunnleggende menneskerettighetene.

### **3. Bestemmelser som i sin helhet krenker Norges menneskerettslige forpliktelser**

#### **3.1 Hemmelig teknisk overvåkning av privat rom/person – forslaget §§ 6-5 og 6-6**

Med lovforslaget følger en regulering av de metoder som Etterretningstjenesten kan benytte i sin tjenesteutførelse. Etter gjeldende rett finner E-tjenestens metodebruk rettsgrunnlag først og fremst i Instruks om Etterretningstjenesten av 31. august 2001 nr. 1012 § 13 og internt regelverk. Ettersom metode og virkemidler er av vesentlig betydning for vurderingen av hvilke inngrep man står overfor, hører etter Advokatforeningens syn rammene om metodebruk hjemme i formell lov. De grunnleggende hensyn som bærer legalitetsprinsippet og lovskravet i EMK artikkel 8 andre ledd– særlig tilgjengelighet («accessibility») og demokratisk kontroll («democratic legitimacy») tilsier at hovedprinsippene om metodebruk plasseres i loven. Advokatforeningen støtter dette initiativ fra departementets side.

Samtidig konstaterer Advokatforeningen at lovforslaget gir adgang til hemmelig sporing og hemmelig overvåkning gjennom tekniske midler uten at det er avhengig av noen form for prøvelse eller godkjenning i forkant fra uavhengig instans, jf. utk. §§ 6-5 og 6-6.

I utk. § 6-6 første til tredje ledd heter det:

*«Etterretningstjenesten kan gjennomføre gjennomlysning, avlytting, skjult bildeovervåkning og annen innhenting med tekniske midler. Dersom tiltaket gjennomføres på eller mot sted som etter sin art ikke er tilgjengelig for alle, kan tiltaket bare gjennomføres dersom tiltaket anses strengt nødvendig for ivaretagelsen av Etterretningstjenestens oppgaver etter kapittel 3.*

*Med gjennom søkning menes undersøkelse av bolig, rom, oppbevaringssted eller person for å søke etter informasjon eller gjenstander.*

*Med avlytting og skjult bildeovervåking menes utplassering av kamera, mikrofon eller andre tekniske sensorer på eller i nærheten av et sted hvor det er rimelig å anta at et etterretningsmål vil oppholde seg.»*

Etter utk. § 6-10 første ledd er det Etterretningssjefen eller den han eller hun bemyndiger som treffer beslutningen om å gjennomføre slik overvåking, alternativt Forsvarsdepartementet i henhold til utk. § 2-7.

Med dette åpner lovutkastet for fordekt overvåking av slik som bolig, kontor og andre private rom, hvor beslutningen om overvåking tilligger Etterretningstjenesten selv (unntaksvis departementet). Lovutkastet viderefører riktignok den etablerte territoriale begrensning, hvilket som utgangspunkt innebærer at Etterretningstjenesten skal kun befatte seg med forhold i utlandet, for eksempel nordmenn i utlandet. Det er altså som utgangspunkt forbudt for Etterretningstjenesten å rette informasjonsinnhenting mot personer og virksomheter med tilhold i Norge. Denne begrensning har lang tradisjon, og er i første rekke begrunnet i funksjonsfordelingen mellom Politiets Sikkerhetstjeneste (PST) og Etterretningstjenesten. Begrensningen har imidlertid vesentlige unntak, idet Etterretningstjenesten kan innhente informasjon om virksomheter i Norge eller mot utenlandske personer som oppholder seg i Norge såfremt det foreligger konkrete holdepunkter for at virksomheten eller personen opptrer på vegne av fremmed stat, jf. utkastet § 4-2. Ifølge lovforslaget er det Etterretningstjenesten selv som vurderer om det foreligger konkrete holdepunkter som tilsier tiltak. Riktignok forutsetter overvåking av privat rom at tiltaket anses som strengt nødvendig, men også denne vurderingen tilligger ifølge lovutkastet Etterretningstjenesten selv.

Advokatforeningen vil fremheve at det følger av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) at kravet til rettsgrunnlag også omfatter krav til prosessuelle rettssikkerhetsmekanismer for å forebygge myndighetsmisbruk. Advokatforeningen viser blant annet til de skjellsettende avgjørelsene i *Klass m. fl. mot Tyskland (1978)*, *Malone mot Storbritannia (1984)*, *Kruslin mot Frankrike (1990)*, *Huvig mot Frankrike (1990)*; *Kopp mot Sveits (1998)* og *Amann mot Sveits (2000)*.

To momenter står særskilt sentralt:

For det første ivaretaelse av notoritet omkring overvåkningsbeslutningen og håndteringen av overvåkingen. Lovutkastet legger opp til at beslutninger om metodebruk skal dokumenteres skriftlig gjennom innhentingsplan, operasjonsordre eller lignende skriftlig dokumentasjon, jf. utk. § 6-10 andre ledd. I kapittel 9 gis det nærmere regler om behandlingen av opplysninger som kan knyttes til en identifisert person, herunder om oppbevaring og sletting.

For det andre legger EMD stor vekt på at overvåkingen er underlagt kontroll ved en uavhengig instans. Det er intet absolutt krav om at kontrollen må finne sted ved domstolene, men det må være tale om reell kontroll ved utenforstående instans. Departementet legger til grunn at det må være tilstrekkelig at Etterretningstjenesten er underlagt tilsyn ved EOS-utvalget. Advokatforeningen er ikke enig i dette. Tilsynsordningen ved EOS er av generell art, og den skjer i ettertid i form av en begrenset kontroll som omfatter alle sider av Etterretningstjenestens virksomhet. Selv med et styrket EOS-utvalg vil eventuell kontroll med overvåking av privat rom/person måtte være stikkprøvebasert i etterkant. Lovutkastet

legger ikke opp til noen som helst kontroll med eller klarering i forkant av overvåkningstiltak mot privat rom/person. Advokatforeningen kan vanskelig se at dette tilfredsstiller de krav til systemrettssikkerhet som følger av EMK. For ordens skyld presiserer Advokatforeningen at de her fremhevede krav etter EMK retter seg mot myndighetsutøvelsen som sådan, og beror ikke på hvilken oppholds- eller statsborgerstatus som målobjektet har.

Advokatforeningen noterer at departementet i pkt. 10.6.2 drøfter spørsmålet om forhåndsgodkjenning ved domstol eller annet uavhengig organ. Departementet konkluderer raskt med at slik kontroll verken er mulig, nødvendig eller ønskelig. Departementet viser til praktiske hensyn, herunder behovet for en effektiv etterretningstjeneste, og det forhold at det er tale om et stort antall beslutninger, gjerne flere hver dag, ifølge departementet. Advokatforeningen mener at denne drøftelsen er lite nyansert da den tar utgangspunkt i enhver beslutning om metode og virkemidler under Etterretningstjenestens arbeid. Hva gjelder spesifikt beslutninger om overvåkning av privat rom/person og teknisk sporing legger Advokatforeningen til grunn at slike beslutninger ikke er en daglig foreteelse. Det er tale om så inngripende beslutninger at Advokatforeningen ikke kan se at det skulle hemme Etterretningstjenestens arbeid i nevneverdig grad dersom forhåndsgodkjenning ved uavhengig prøvelsesinstans skulle være påkrevd. De hensyn som departementet viser til kan ivaretas ved en adgang for Etterretningstjenesten til i akutte tilfeller å kunne beslutte slike tiltak, etterfulgt av domstolsprøvelse – for eksempel etter mønster av straffeprosessloven § 197 andre ledd. Da Etterretningstjenesten opptrer fordekt bør det imidlertid også i akuttifellene finne sted en individuell legalitetskontroll, om enn kort tid i etterkant av tiltaket.

### **3.2 Innhenting og bruk av fortrolig kommunikasjon som nyter særskilt konfidensialitetsvern – forslaget § 9-6**

Etter forslaget § 9-6 gis sjefen for Etterretningstjenesten adgang til å behandle opplysninger hvis fortrolighet er særskilt vernet etter loven, slik som kommunikasjon mellom advokat og klient og mellom helsepersonell og pasient. Vilkåret for at Etterretningstjenesten skal kunne behandle slik informasjon er at det anses strengt nødvendig, en vurdering som etter den foreslåtte bestemmelse skal foretas av sjefen for Etterretningstjenesten. Opplysningene skal merkes særskilt, slik at det legges til rette for kontroll. Men tilsyn er begrenset til EOS-utvalgets mulighet til gjennomgang i ettertid.

De konfidensialitetsprivilegier som vi står overfor her, slik som kommunikasjon mellom advokat og klient, er grunnleggende. De håndheves strengt, både av våre nasjonale domstoler og av de internasjonale domstolene som EMD og EU-domstolen. EMD har i flere saker understreket at i den grad det er innrettet systemer for informasjonsinnsamling som fanger opp slik konfidensiell kommunikasjon, eller slik informasjon rent faktisk kommer med, så må det finnes en form for uavhengig konkret kontroll. Advokatforeningen viser blant annet til saken *Kopp mot Sveits* (1998), der det sveitsiske postvesen hadde på påtalemyndighetens anmodning avlyttet telefonlinjene til et sveitsisk advokatkontor. EMD fant at dette utgjorde en krenkelse av artikkel 8 som ikke kunne legitimeres i tvingende nødvendige hensyn. EMD påpekte videre som oppsiktsvekkende at avlyttingen var basert på en ren administrativ beslutning uten noen form for uavhengig konkret kontroll ved domstolene. I premiss 74 heter det:

*«Above all, in practice, it is, to say the least, astonishing that this task should be assigned to an official of the Post Office's legal department, who is a member of the executive, without supervision by an independent judge, especially in this sensitive area of the confidential relations between a lawyer and his clients, which directly concern the rights of the defence.»*

Advokatforeningen viser videre til EMDs avgjørelser i *Michaud mot Frankrike* (2012, § 118), *Pruteanu mot Romania* (2015) og *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova mot Portugal* (2015).

Verdt å fremheve er også de anbefalinger som er gitt av Europarådets der konfidensialitetsprivilegiens ukrenkelighet er understreket, herunder betydningen av uavhengig forhåndskontroll. Se blant annet:

- Recommendation Rec (2000) 21 of the Committee of Ministers to member states on the freedom of exercise of the profession of lawyer, 25 October 2008.
- The Conference of International Non-Governmental Organisations (INGOs) of the Council of Europe: Recommendation CONF/PLE (2017) REC1, 27 January 2017: “*Surveillance of lawyers: the need for standards safeguarding client confidentiality*”

Etter Advokatforeningens oppfatning vil forslaget ikke tilfredsstillende de strenge krav til konkrete kontrollmekanismer, i første rekke forhåndskontroll, som EMD oppstiller for innhenting og behandling av kommunikasjon hvis fortrolighet er særskilt beskyttet.

#### **4. Tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon**

##### **4.1 Oversikt**

Departementet foreslår ved utkast til kapittel 7 at Etterretningstjenesten får adgang til systematisk å innhente fra tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester all kommunikasjon som passerer norsk grense. Det vil være tale om en enorm informasjonsinnsamling som vil omfatte meget av den elektroniske kommunikasjon som finner sted ved personer som oppholder seg i Norge. Forslaget er riktignok begrenset til såkalt «grenseoverskridende kommunikasjon». Denne avgrensning er imidlertid av beskjeden betydning da det alt vesentlige av internettbasert kommunikasjon i våre dager vil passere datasentre eller rutere i utlandet. Det foreslås med dette en form for masseovervåkning som griper sterkt inn i privatlivssfæren i sin alminnelighet.

Etter utk. § 7-2 skal tilbydere som omfattes av ekomloven § 1-5 nr. 16 og tilbydere av internettbaserte kommunikasjons- eller meldingstjenester som er tilgjengelige for allmennheten legge til rette for at Etterretningstjenesten kan innhente elektronisk kommunikasjon som transporteres over den norske landegrensen. Advokatforeningen konstaterer at forslaget går lenger enn anbefalingene fra Lysne II-utvalget fra 2016. Lysne II-utvalget foreslo tilgang til datastrømmen i fiberkabler som krysser landegrensen.

Som fremhevet i høringsuttalelsen fra Den norske dataforening er tilretteleggingsplikten i utk § 7-2 gjort helt generell og synes å omfatte alle tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester. Forslaget åpner for at Etterretningstjenesten skal gis tilnærmet fri tilgang til tilbydernes systemer. Med dette går forslaget også lenger enn hva en finner i Sverige, hvor kun fiberiere berøres av FRA-loven (*Lag om ändring i lagen om försvarsunderrättelseverksamhet*). Etter forslaget skal Etterretningstjenesten også gis adgang hos tilbyder til å omgå eventuell kryptering av kommunikasjonskanalen.

Advokatforeningen vil minne om de kriterier som følger av EMDs prøvelse av masseovervåkningstiltak. I saken *Centrum for rättvisa mot Sverige* (2018) nedfelte EMD følgende minimumskrav til sikkerhetsmekanismer mot misbruk (premiss 103):

- Klar angivelse av hvilke omstendigheter som gir grunnlag for overvåkning.

- Klar angivelse av hvem som kan bli utsatt for overvåkning.
- Varighetsbegrensninger for overvåkingen.
- Regulering av hvordan innhenting, behandling og lagring av data skal foregå.
- Regulering av adgangen til å dele informasjon med andre.
- Regler om sletting av data

Dertil fremhever EMD gjennomgående at det er essensielt at overvåkingen er undergitt forsvarlig og uavhengig kontroll. En sentral sak i denne sammenheng er Big Brother Watch m. fl. mot Storbritannia (2018), der EMD under dissens 5-2 konkluderte med at bulkinnsamlingen og håndteringen av informasjon var undergitt utilstrekkelig kontroll. I saken *Centrum for rättvisa mot Sverige* (2018) fant EMD enstemmig at det i sum var etablert tilstrekkelig. Begge disse sakene er henvist til behandling i storkammer, hvilket vil resultere i sentrale avgjørelser fra EMD.

Advokatforeningen anser det for å være en helt grunnleggende og selvsagt forutsetning at informasjonsinnhenting for etterretningsformål ikke på noe vis tillates benyttet som bevis i straffesaker. Advokatforeningen tiltrer således presiseringen i utk. § 7-13 om at bulkinnhentet elektronisk kommunikasjon ikke kan benyttes som bevis i straffesak.

#### **4.2 Advokatforeningens betenkeligheter til forslaget om bulkinnsamling av elektronisk kommunikasjon**

##### 4.2.1 Unødvendig vid formålsangivelse

Advokatforeningen forstår at det av sikkerhetsmessige grunner i dagens samfunn kan være påkrevd med bulkinnsamling av elektronisk informasjon. Slike tiltak er i seg selv ikke i strid med rettsstaten. Advokatforeningen vil dog fremheve betydningen av at loven gir tilstrekkelig presise rammer om alle sider av innsamlingen, behandlingen og oppbevaringen av informasjon samt at det etableres tilfredsstillende kontrollmekanismer for å motvirke vilkårlighet og misbruk.

Slik Advokatforeningen oppfatter lovforslaget, så kan Etterretningstjenesten iverksette bulkinnsamling av elektronisk informasjon under henvisning til ethvert etterretningsformål, jf. utk. § 7-1. Begrepet «etterretningsformål» er definert i utk. § 1-4 nr. 3 til ivaretagelse av én eller flere av de oppgaver som er tillagt Etterretningstjenesten etter kapittel 3. Angivelsen av oppgaver i kapittel 3 er meget vidt definert. Advokatforeningen er skeptisk til at tilsvarende vide definisjon skal utgjøre virkeområdet også for bulkinnsamling av elektronisk informasjon. Det synes å gå lenger enn tiltenkt. Den overvåking som bulkinnsamlingen representerer er ment å etablere et digitalt grenseforsvar for Norge. I dette øyemed fremstår formålet med bulkinnsamling av elektronisk informasjon først og fremst å være avverging og bekjempelse av statlig spionasje, forberedelser til cyberangrep og grenseoverskridende terrorplanlegging. Det er da også disse formål som fremheves av departementet, jf. høringsnotatet pkt. 11.6.3. Etter Advokatforeningens mening bør formålsangivelsen i utk. § 7-1 presiseres nærmere. Advokatforeningen minner om at så vel EMD som EU-domstolen krever at lovgiver må tydelig begrunne hvorfor tiltaket er nødvendig og forholdsmessig.

##### 4.2.2 Mangelfull ivaretagelse av lovbeskyttet konfidensiell kommunikasjon

Forslaget legger opp til at bulkinnsamlingen av elektronisk informasjon skal i første omgang håndteres og sorteres gjennom automatiserte systemer. Etterretningstjenesten skal så i neste omgang kunne gjennomføre målrettede søk i metadata for deretter å kunne lagre innholds data sammen med tilhørende metadata, jf. utk. §§ 7-8 og 7-9. Slik behandling krever domstols tillatelse i forkant. Domstolskontrollen



omtales nedenfor. Informasjon i form av såkalte metadata skal kunne lagres i lang tid, i inntil 18 måneder, utk. § 7-7 nest siste ledd.

Det er tale om innhenting og lagring av informasjon som er meget mer omfattende enn det som tidligere ble foreslått under datalagringsdirektivet, og som EU-domstolen har konkludert med var i strid med forholdsmessighetsprinsippet i EU, jf. *Tele2-dommen*, avsagt av EU-domstolen 21. desember 2016 (C-2013/15 og G-698/15).

Advokatforeningens uttalte følgende i anledning Lysne-II-utvalgets forslag til digitalt grenseforvar:

*«Av relevante momenter fra Tele2-dommen er det særlig verdt å merke at domstolen legger vekt på at det innhentes og oppbevares opplysninger fra hele befolkningen, uten at de engang har en fjern tilknytning til de handlinger som kan føre til en kriminell etterforskning eller rettsforfølgelse. Videre at det er ikke er gjort unntak eller avgrensning mht. hvilke personer som er involvert, begrensninger i tid eller geografisk område. Advokatforeningen vil særlig bemerke at domstolen påpeker at den aktuelle lovgivningen ikke inneholder noe unntak, og derfor kommer til anvendelse også overfor personer som er underlagt taushetsplikt. Etter Advokatforeningens syn er det en forutsetning for at informasjonsinnsamlingen skal være forenlig med retten til privatliv og personvernopplysningsvern, at det implementeres tiltak som sikrer at hensynet til fortrolig korrespondanse (eksempelvis mellom advokat og klient og mellom lege og pasient) blir ivaretatt. Dette betyr eksempelvis at hensynet til taushetsplikt og kildevern må være et sentralt premiss ved forutgående domstolskontroll og de begrensninger som legges på søk, bruk og sletting av opplysninger.»*

Advokatforeningen kan ikke se at forslaget til ny etterretningstjenestelov imøtekommer disse påpekningene. Tvert imot åpner forslaget for at Etterretningstjenesten skal kunne få tilgang til strengt taushetsbelagt kommunikasjon dersom det finnes nødvendig. Dette er etter Advokatforeningens mening ikke holdbart etter EMK artikkel 8 nr. 2, jf. nærmere under punkt 4.2 ovenfor.

#### 4.2.3. Om uavhengige kontrollmekanismer

Departementet foreslår at den etterfølgende behandling av bulkinnsamlet elektronisk kommunikasjon skal være avhengig av forhåndstillatelse fra domstolen, jf. utk. § 8-1. Advokatforeningen støtter dette. Som Advokatforeningen har gitt uttrykk for i anledning Lysne-II-forslaget er det Advokatforeningens bestemte oppfatning at kontrollen bør skje ved de alminnelige domstolene, og at det ikke bør opprettes noen særdomstol for dette formål.

Advokatforeningen stiller imidlertid spørsmål ved hvilken reell mulighet domstolen har til å utøve effektiv kontroll. Etter utk. § 8-2 skal undersøkelsesbegjæringer fra Etterretningstjenesten til domstolen være skriftlige og angi hva eller hvem innhentingene retter seg mot samt opplysninger om det rettslige og faktiske grunnlaget for innhentingene. Begjæringen behandles i rettsmøte, hvor som utgangspunkt kun en representant fra Etterretningstjenesten møter. Domstolen kan imidlertid oppnevne særskilt advokat skal ivareta rettighetene til de personer som informasjonsinnsamlingen retter seg mot. Advokaten kan ikke kontakte klient i anledning oppdraget, hvilket naturligvis reduserer advokatens mulighet til effektiv prøvelse.



Advokatforeningen mener likevel at det bør være obligatorisk å oppnevne slik advokat.

Spørsmålet er imidlertid hvilket grunnlag som domstolen vil ha for sin stillingtagen til begjæringen. Domstolen vil naturlig nok ha begrenset med innsikt i de nærmere formål for søket, utover det som opplyses av Etterretningstjenesten. Etter utk. § 7-8 skal søkene baseres på personselektorer eller modusselektorer. Personselektorsøk kan maksimalt inkludere to ledd ut i personenes kommunikasjonskjede, med mindre retten i særskilte tilfeller bestemmer noe annet. Med det digitale kontaktnett som mange mennesker har i våre dager vil «to ledd ut i personens kommunikasjonskjede» kunne omfatte et meget stort antall personer, hvis rekkevidde vil være ganske umulig for domstolen å overskue.

Domstolens faktiske mulighet for å utøve forhåndskontroll bør derfor styrkes. Advokatforeningen vil fremheve to måter å gjøre dette på, som begge bør legges til grunn i loven.

For det første bør det i utk. § 8-3 oppstilles en hovedregel om at domstolens prøving skal skje på grunnlag av muntlige forhandlinger. Årsaken til at det i trinnhøyere lovgivning (Grunnloven og EMK) stilles krav om domstolskontroll ved de angjeldende inngrep, er at det skal skje en reell, objektiv legalitetskontroll av et uavhengig organ. Domstolskontrollen skal redusere faren for misbruk.

Domstolenes metode for å komme frem til det materielt riktige resultat er i alminnelighet tuftet på kontradiksjon mellom sakens parter. I saker etter utkastet kapittel 8 er domstolens forutsetning for å komme frem til det riktige resultat derfor dårligere enn i andre saker for domstolene. Dette skyldes at den ene part ikke er til stede. Denne kan ikke uttale seg, og det kontradiktoriske prinsipp er satt til side. Oppnevning av særskilt advokat som et minstekrav vil riktignok avhjelpe et stykke på vei. Den særskilte advokaten kan imidlertid ikke tilegne seg kunnskap om sakens faktum utover det som følger av utk. § 8-5. Det er med andre ord Etterretningstjenesten som alene fremlegger faktum i saken for retten.

Når dette er utgangspunktet er det et paradoks at både dommerens og den særskilte advokatens rammevilkår ytterligere skal svekkes ved at hovedregelen skal være at det ikke er muntlige forhandlinger. Muntlige forhandlinger vil bedre både dommerens og advokatens muligheter til å sette seg inn i saken og få uklare punkter avklart. Kontradiksjonen vil styrkes, dommeren vil få et bedre grunnlag for sin avgjørelse, og den intenderte kontrollen i utkastet kapittel 8 vil lettere bli oppnådd. Den best mulige domstolskontroll vil dessuten styrke tilliten til at systemet fungerer.

Det er Advokatforeningens mening at et krav om muntlige forhandlinger ikke vil medføre nevneverdige forsinkelser. Løsningene for å ivareta hensynet til hurtig avvikling av sakene kan være flere, hvorav vaktturnuser blant de særskilte advokatene er én.

Advokatforeningen har for det andre merket seg forslaget fra Den norske dataforening om at domstolen kan få tilført teknisk kompetanse ved oppnevning av fagkyndige meddommere i anledning prøvelse av begjæringer fra Etterretningstjenesten. Domstolene har allerede et innarbeidet system for oppnevning av fagkyndige meddommere, og en slik prosess medfører heller ikke nødvendigvis noen forsinkelse i saksbehandlingen.

Hva gjelder etterhåndstilsyn ved EOS-utvalget er Advokatforeningen enig i Datatilsynets høringsuttalelse, der det påpekes at EOS-utvalget ikke vil være i stand til å utøve effektivt tilsyn med bulkinnsamlingen av elektronisk kommunikasjon.

## **5. Om behandling av personopplysninger**

Advokatforeningen mener det vil være påkrevet med særlige regler for behandling av personopplysninger. Høringsnotatet inneholder i kapittel 9 en særskilt regulering av behandlingen av personopplysninger. Departementet viser til viktige rettslige utgangspunkter for vern av personopplysninger. Advokatforeningen mener imidlertid at lovforslaget ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til at retten til personopplysningsvern er en selvstendig grunnrettighet ved siden av retten til privatliv (privacy), jf. EUs charter artikkel 7 og 8.

I utredningen er det tatt utgangspunkt i personopplysningsloven fra 2000, i stedet for EUs personvernforordning som er inkorporert i norsk rett gjennom personopplysningsloven 2018. Selv om personvernforordningen viderefører mange av prinsippene fra tidligere regelverk, innebærer forordningen en vesentlig skjerpning av kravene til behandling av personopplysninger, blant annet hva gjelder krav til rettslig grunnlag som sikrer de registrertes rettigheter. Advokatforeningen kan ikke se at dette er reflektert i forslaget.

Lovforslaget inneholder en egen definisjon av begrepet «personopplysninger», jf. utk. § 1-4 nr. 11. Advokatforeningen er sterkt kritisk til forslaget om å anvende en definisjon av personopplysningsbegrepet som avviker fra definisjonen i personvernforordningen. Den vage definisjonen i lovforslaget skaper usikkerhet om reglene kommer til anvendelse og vil i praksis innebære en omfattende uthuling av personvernet. Advokatforeningen antar at det vil bli behandlet store mengder opplysninger hvor det ikke er foretatt noe for å identifisere berørte personer, men hvor det vil være mulig for etterretningstjenesten, med rimelige midler, å foreta denne identifikasjonen. Disse opplysningene vil da som hovedregel være å anse som personopplysninger etter personvernforordningen, og bør derfor også være omfattet av særreglene.

Advokatforeningen mener det også er grunnleggende for vernet at det angis hvem som er behandlingsansvarlig for behandlingen av personopplysningene. Videre bør det blant annet tas inn regler om utredning av konsekvensutredninger ved nye eller endrede tiltak, og krav om innebygget personvern (jf. personvernforordningen artikkel 25).

## **6. Avslutning/oppsummering**

Etter Advokatforeningens syn strider lovforslaget på flere punkter mot EMK, og forslaget utfordrer således også Grunnloven.

Reglene om hemmelig overvåkning av privat rom/person i utk §§ 6-5 og 6-6 er ikke forenlig med de forpliktelser som følger av EMK artikkel 8 nr. 2.

Reglene i § 9-6 om Etterretningstjenestens innhenting og behandling av kommunikasjon hvis fortrolighet nyter særskilt vern, slik som kommunikasjon mellom advokat og klient, er ikke forenelig med de forpliktelser som følger av EMK artikkel 8 nr. 2.

Reglene om bulkinnhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon er for altomfattende, formålsangivelsen er for vag, og forutsetningene for en reell uavhengig kontroll, er ikke tilstede. Heller ikke dette er forenelig med våre forpliktelser etter EMK artikkel 8.

Den masseovervåkning som lovforslaget legger opp til er noe nytt i det norske samfunn. Advokatforeningen mener at det er rigid og uforsvarlig av departementet å sende ut et så omfattende og inngripende lovforslag, med så store konsekvenser for personvern og rettsikkerhet for hele det norske folk, med så kort høringsfrist.



Jens Johan Hjort  
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith  
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik  
tm@advokatforeningen.no