FORSVARSDEPARTEMENTET
Postboks 8126 Dep.
0032 OSLO

Bergen,
10.02.2019

Høringsuttalelse fra Fredrik Vingsnes, Marie Anglevik og Marita Haug Haaland - medlemmer av International Comission of Jurists (ICJ) Norge, studentnettverk og ressursgruppen i Bergen – Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten.
Vi viser til høringsbrev av 12. november 2018 – Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten.

1. Innledende bemerkninger

Vi vil med denne høringsuttalelsen uttrykke at vi for det første stiller oss kritiske til lovgivningsprosessen til lov om Etteretningstjenesten (e-tjenesteloven). Dersom Stortinget skal få et tilstrekkelig faglig fundament for sine politiske vurderinger, kreves det en grundigere gjennomgang av de prinsipielle rettsstatlige verdier loven reiser, enn det som er foretatt til nå. For det andre stiller vi oss kritiske til høringssvarets gjennomgang av forholdsmessighetskravet i relasjon til de inngrep lovforslaget åpner for.

Den gjennomgripende digitaliseringsprosessen som foregår verden over, fører med seg enorme fremskritt, men også helt nye og store utfordringer. Etter hvert som borgernes liv og kommunikasjon i stadig større grad foregår på den digitale arena, forandres også forutsetningene for myndighetenes arbeid med ivaretakelse av samfunnssikkerheten. Det samme gjør borgernes muligheter til å ivareta sitt privatliv. At lovverket er tilstrekkelig oppdatert og tar høyde for nye betingelser i den aktuelle lovs virkeområde, er av stor demokratisk og rettsstatlig betydning. Lovfesting av nye etterretningsmetoder er essensielt for at borgerne skal kunne vurdere og forutberegne sin rettsstilling, samt skaffe seg kunnskap om hvilken informasjon myndighetene kan innhente om oss. Oppdaterte lover er også av stor betydning for at samfunnet og pressen skal kunne føre kontroll med legaliteten av statsmaktenes virke. På denne bakgrunn, er vi glade for at Stortinget og Regjeringen har fokus på de endrede samfunnsforhold digitaliseringen medfører, og at lovverket oppdateres i henhold til dette.

Forslaget til ny e-tjenestelov reiser vanskelige prinsipielle spørsmål med stor demokratisk betydning. Det må erkjennes at behovet for innsyn i datatrafikk, i en eller annen form, definitivt er til stede.

Til tross for etterretningsbehovet, og det faktum at mye av det vi foretar oss på nett, allerede er under noen form for overvåkning, kan man ikke av den grunn underdrive eller bagatellisere forslagets natur og omfang. Forslaget innebærer anledning til å innhente *all* datatrafikk. Andelen datatrafikk som ikke går i fiberoptiske kabler, og ikke er grenseoverskridende, er, relativt sett, forsvinnende liten.

Tilnærmet alt av samfunnets aktivitet, foregår nå i det digitale rom. Menings- og informasjonsutveksling i det digitale, offentlige rom, er et aspekt ved dette. En helt annen sak, er at også en stor del av befolkningens privatliv foregår på nett: e-poster,

sosiale medier, samtaler på private meldingsapplikasjoner, dating-nettsteder, besøk og aktivitet på alle nettsteder. Alt dette, omfattes av metoden tilrettelagt innhenting.

Muligheten til å benytte internett uten tanke for hvem som følger, med har en stor egenverdi. Den er det verdt å beskytte.

For det første er privatlivet avgjørende for å hindre myndighetsmisbruk. Dersom staten har tilgang til sensitiv informasjon om alle og enhver, vil den i gale hender kunne bli utnyttet. I Norge i dag stiller vi oss lite kritiske til dette, fordi de fleste har tillit til de sentrale myndighetspersonene og -institusjonene.

For det andre er privatlivet sentralt for å kunne avsløre myndighetsmisbruk. Journalister og borgere er helt avhengig av å ikke bli overvåket for å kunne avsløre statens misbruk av makt. Faren vil ellers være at den fjerde statsmakt og borgere i det skjulte knebles eller gis begrensede muligheter til å avsløre myndighetsmisbruk - slik som begrenset dokumentinnsyn.

For det tredje har privatlivet en sentral verdi i seg selv - det å kunne utfolde seg fritt uten å bli overvåket er essensielt for samfunnsmentaliteten og for den enkeltes mulighet til å utfolde seg og sin nysgjerrighet på internett uten bekymring for at noen følger med, og eventuelt bruker informasjonen mot deg.

I ytterste konsekvens kan masselagring av personlig data fra myndighetenes side altså medføre en nedkjølingseffekt, svekket tillit til myndighetene, manglende muligheter til å avsløre myndighetsmisbruk og dermed en undergraving av demokratiet. Beskyttelse av datastrømmene er altså av stor betydning for vårt privatliv og Norge som samfunn.

2. Prosessuelle bemerkninger

Dyptgående og grundige lovgivningsprosesser med solide beslutningsgrunnlag, er en forutsetning for at politikere skal ha mulighet til å vedta gode regelverk. Vi tillater oss å hevde at lovgivningsprosessen til e-tjenesteloven fremstår forhastet. Dette er svært betenkelig, da loven reiser viktige prinsipielle spørsmål i et demokratisk samfunn.

For det første gir norsk lovgivningstradisjon, med bruk av ekspertutvalg og grundige utredninger, et godt beslutningsgrunnlag for de forslag som kommer til votering. Slike prosesser er en forutsetning for et materielt sett godt, funksjonelt og gjennomtenkt regelverk. Dette gjelder særlig der lovforslaget berører spørsmål av sentral rettsstatlig betydning.

Vi bemerker at det i arbeidet med e-tjenesteloven ikke har blitt nedsatt en ekspertgruppe eller fagutvalg til å vurdere de mange implikasjoner som reiser seg der rikets sikkerhet skal veies opp mot den enkeltes rett til privatliv. Vi etterlyser i denne sammenheng et fagutvalg til å vurdere de ulike metodene i lys av denne prinsipielle avveiningen. Dersom dette hadde vært gjennomført ville Stortinget kunne mottatt grundig og veloverveid informasjon, som igjen kunne dannet et godt beslutningsgrunnlag.

For det andre slutter vi oss til Norges institusjon for menneskeretters (NIM) e-post til Forsvarsdepartementet 23. januar 2019, der det uttales at høringsfristen på tre måneder, inkludert julehøytiden, er *"for kort"* sett i forhold til forslagets kompleksitet og omfang.

Som departementet selv uttaler i Høringsnotatet s. 213, er det *"ingen tvil om at tilrettelagt innhenting utgjør et sterkt inngrep i retten til respekt for privatliv og kommunikasjon"*. Vi mener departementets syn på dette punkt underbygger viktigheten av at forslaget får tilstrekkelig tid på høring til at det kan vurderes på en fullgod måte av alle aktuelle høringsinstanser. Det anmodes derfor om ny, utvidet frist, slik at lovforslaget blir debattert og vurdert på et nivå samsvarer med forslagets alvorlighet.

Regjeringen gikk i Jeløya-plattformen inn for å sette ned en egen kommisjon for gjennomgang av personvernets stilling i norsk rett, og blant annet se på "hvordan personvernet kan sikres ved økt bruk av digitale løsninger, herunder rettigheter til brukere av sosiale medier". Vi berømmer forslaget, og håper dette følges opp med faktisk handling. Vi er likevel skeptiske til at denne kommisjon ikke fullfører sitt arbeid før ny E-tjenestelov med hjemmel for tilretteinnlagt innhenting, er ferdig på høring. Vi vurderer det dithen, at en personvernkommisjon bør komme med innspill også i forkant av at denne lov kommer til plenumbehandling i Stortinget. Et best mulig grunnlag er av, essensiell betydning for å sikre gode regelverk, og ikke minst for å ivareta borgernes rettigheter.

3. Materielle bemerkninger

Videre kan det stilles spørsmål om forslaget til ny e-tjenestelov er i tråd med Grunnloven, rettssetninger utpenslet av Høyesterett og internasjonale konvensjoner.

Grunnloven § 102 gir rett til "respekt" for privatlivet. Hva som nærmere ligger i ordlyden av dette gir ikke bestemmelsen i seg selv en nærmere anvisning på, men det fremgår av forarbeidene at frasen ble valgt for å gjøre det klart at bestemmelsen ikke skal stå i veien for, blant annet, lovlig etterretning, jf. Innst. 186 S (2013-2014) s. 27. Forarbeidsuttalelsene illustrerer at personvernet ikke er en absolutt størrelse. Personvernet må alltid veies opp mot andre samfunnsmessige hensyn. Denne grensedragningen er imidlertid vanskelig. Det er uomtvistet at forslaget til ny e-tjenestelov er fremmet med utgangspunkt i legitime, samfunnsmessige formål og hensyn. Likevel mener vi at det kan stilles spørsmål om forsvarsdepartementet her tillegger hensyn til samfunnssikkerheten for stor vekt.

Grunnloven § 2 andre pkt. slår videre fast at Grunnloven skal fremme "demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene". Bestemmelsen er forutsatt å ha stor betydning for tolkningen av Grunnlovens øvrige bestemmelser, jf. Dok. 16 (2011-2012) s. 51, og er dermed av relevans for vår sak.

Høyesterett har, etter internasjonal rett, innfortolket en avgrensning i ordlyden til Grl. § 102. Det kan gjøres inngrep i retten til privatliv og familieliv dersom følgende tre vilkår er oppfylt: inngrepet har hjemmel i lov, følger et legitimt formål og er forholdsmessig, jf. blant annet Rt. 2015 s. 93. Det er altså ikke grunnlovsstridig å

innskrenke eller avgrense retten til privatliv etter menneskerettighetene, men det må eventuelt gjøres ut i fra en rimelig avveining av samfunnsmessige behov, herunder hensynet til samfunnssikkerhet, versus behovet for og retten til privatliv.

Det kan stilles spørsmål ved om statens anledning til å lagre all data som krysser landegrensene er nødvendig i et demokratisk samfunn, jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

Etter lovforslaget, beror forholdsmessighetsvurderingen på en samlet avveining. I vurderingen må det tas stilling til om tiltaket er nødvendig, eller om tilnærmet samme resultat kan oppnås ved mindre inngripende tiltak. Etter vårt syn vil eventuell vedtagelse av forslaget til ny e-tjenestelov føre til uunngåelige skadevirkninger, ved at sentrale rettsstatlige prinsipper blir svekket. Det må derfor stilles spørsmål ved om forslaget til ny e-tjenestelov er forholdsmessig.

Der det er snakk om overvåkende tiltak må disse, være ”strictly necessary for safeguarding democratic institutions”, jf. Dom 18. mai 2010 Kennedy mot Storbritannia. Praksis fra EMD setter etter dette *strenge krav* til at overvåkende tiltak kan iverksettes - tiltakene må være strengt nødvendige, jf. ordlyden.

Ut fra høyesterettspraksis og internasjonale konvensjoner, er det klart at personvernshensyn er underlagt et sterkt vern. Etter vårt syn bør her rettssikkerhetshensyn, især muligheten for domstolskontroll og demokratiske hensyn, veie tyngre enn de samfunnsmessige hensynene som forsvarsdepartementet tillegger avgjørende vekt.

Det kan videre argumenteres for at prosessen knyttet til lovforslaget har gått for raskt. Det er tale om et dokument på nesten 400 sider som dreier seg om særdeles kompliserte juridiske spørsmål, og tekniske spørsmål. Dette taler i seg selv for lengre høringsfrist. Vi viser om dette til tidligere nevnt brev fra NIM.

Videre kan praksis fra EU-domstolen og EMD gi veiledning i problemstillingen som vi her står overfor. Forslaget til ny e-tjenestelov går mye lengre enn hva EU-domstolen allerede har sagt er i strid med retten til privatliv. Saken Tele2 mot Sverige, og Watson mot Storbritannia er her illustrerende. Spørsmålet i saken var om Sveriges og Storbritannias lovgivning om datalagring, var i strid med EU-retten. EU-domstolen besvarte dette spørsmålet bekreftende. I dommen ble det uttalt at nasjonal lovgivning som med formål mot kriminalitetsbekjempelse, tillater en generell og udifferensiert lagring av samtlige trafikk- og lokaliseringsdata til elektroniske kommunikasjonstjenester, strider med EU-retten (Sak C-203/15 Tele2 mot Sverige avsnitt 103 og 107). EU-domstolen åpnet imidlertid for at målrettet datalagring lovlig kan gjennomføres som et forebyggende tiltak mot bekjempelse av grov kriminalitet, dersom datalagringen begrenses til det strengt nødvendige.

I vår sak vil ikke lagringen begrenses til en avgrenset personkrets, da e-tjenesten skal kunne lagre metadata fra all trafikk som krysser grensen inn og ut av Norge. Lovforslaget er omfattende og vilkåret om “avgrenset personkrets” som EU-domstolen oppstiller, er klart nok ikke oppfylt. En generell lagring, som forslaget til ny e-tjenestelov tar sikte på, går langt ut over det som er strengt nødvendig. Tiltaket kan derfor ikke anses forholdsmessig.

Etter dette, er det etter vårt syn klart at forslaget til ny e-tjenestelov går langt utenfor de rammer domstolene anser som brudd mot EMKs bestemmelser.I tillegg skal to saker som omhandler rettsspørsmål knyttet til retten til privatliv opp til behandling i EMD (storkammer), samtidig som to saker straks skal opp for EU-domstolen. En av sakene som skal opp til behandling i EMD (storkammer) er den såkalte Big Brother Watch-saken. Utfallet av denne saken vil få stor betydning for Norge - spesielt når det kommer til hvilke rammer som gjelder når den norske regjeringen vil innføre et digitalt grenseforsvar her i Norge.

Flere saker som vil være av helt prinsipiell betydning for rettstilstanden i Norge er dermed på vei opp til EMD i storkammer. Følgelig bør regjeringen avvente utfallet av disse sakene, før loven endres. Både prosess- og rettstekniske hensyn tilsier dette.

Tilliten til lovgiver og domstolene oppstår, blant annet, ved grundige og solid vurderte lovgivningsprosesser i Stortinget. Forslaget til ny e-tjenestelov har høstet stor kritikk, og vi anmoder derfor om at Regjeringen underlegger forslaget en grundigere prosess før oversending til Stortinget.

4. Avsluttende kommentar

Regjeringen har fremmet forslag om omfattende endringer i E-tjenesteloven. Forslaget innebærer potensiell totalovervåkning av befolkningens bruk av internett. Undertegnede ser med stor uro på den enkle behandlingen forslaget får - særlig hva angår den korte høringsfristen. Vi anmoder regjeringen om å gi forslaget en ny, og utvidet høringsfrist, samt å på ny vurdere behovet for å få et utvalg fagpersoner til å gjennomgå og vurdere forslagets art og inngripen.

Med vennlig hilsen

Marita Haug Haaland, medlem av ICJ Ressursgruppe Bergen

Fredrik Vingsnes, organisasjonssekretær, ICJ Studentnettverk Bergen

Marie Anglevik, fagutvalgsleder for personvern og ytringsfrihet, ICJ Studentnettverk Bergen