Forsvarsdepartementet
postmottak@fd.dep.no

Dato: 12. februar 2019

Deres ref:	Vår ref:
2016/2773-5/FD II/HVA	ASTO/ONYH

HØRINGSSVAR – Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten

1. Innledning

Det vises til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten som er sendt på høring med høringsfrist 12. februar 2019.

NRK vil innledningsvis bemerke at høringsnotatet er svært omfattende, og at lovforslaget reiser en rekke kompliserte rettslige og faktiske problemstillinger som er krevende å vurdere. Vi søkte derfor om å få utsatt høringsfristen med to uker, men søknaden ble avslått. Vi beklager avslaget fordi vi ser det kan være flere samfunnsmessige konsekvenser av forslaget som vi dermed ikke har rukket å gå inn i.

Forslaget inneholder en lovfesting av de metoder Etterretningstjenesten kan bruke som medfører inngrep overfor den enkelte. Metodene er ikke regulert i dagens lov, som i stor grad er en fullmaktslov. Bakgrunnen for forslaget om å lovfeste Etterretningstjenestens metodebruk er blant annet lovkravet i EMK artikkel 8 og en bekymring for at dagens lov ikke tilfredsstiller Norges menneskerettsforpliktelser.

Forslaget innfører samtidig et helt nytt regime for innsamling av elektronisk informasjon – såkalt *«tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende elektronisk informasjon».* Her bygger forslaget på det som av Lysene II-utvalget ble beskrevet som «*digitalt grenseforsvar*», og som innebærer at myndighetene kan få tilgang til metadata og innholdsdata fra alle nordmenn. Lysene II-utvalget beskrev det slik:

> *"Kablene som krysser grensen inneholder mye mer enn kommunikasjon mellom Norge og utlandet. Alt vi foretar oss på sosiale medier krysser disse kablene. De fleste nye, internett-baserte meldings-, chatte- og taletjenester vi benytter oss av krysser landegrensen, selv om både avsender og mottager av meldingene og samtalene er nordmenn som befinner seg i*

RA42, Postboks 8500 Majorstuen, 0340 Oslo
Bjørnstjerne Bjørnsons plass 1
+47
+47 23 04 70 00
No 976 390 512 MVA
nrk.no

Norge. Når du tar backup av telefonen din over nettet, kan all informasjon som befinner seg på telefonen din passere avlesningsutstyret." [Fra kronikk i Aftenposten 5. september 2016 fra utvalgets leder og medlemmer]

Det legges med andre ord opp til et svært omfattende overvåkingssystem. Datatilsynet beskriver systemet slik i sin høringsuttalelse: «*Tiltaket innebærer i praksis en overvåkning av oss alle*» og «*dette regimet vil krysse en prinsipiell linje som ikke bør krysses*».

Forslaget til overvåkningssystem begrunnes blant annet i ønsket om å avverge terrorisme og cybertrusler mot Norge og norske interesser. NRK erkjenner at dette er svært viktige hensyn, men mener samtidig at lovforslaget ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til menneskerettighetene personvern og ytringsfrihet. Her er det grunn til å minne om en uttalelse fra EMD som er gjentatt i de avgjørelsene som omhandler skjulte overvåkningsmetoder, senest ved Big Brother Watch m.fl. mot Storbritannia av 13. september 2018 (Big Brother Watch-dommen), avsnitt 308:

"In view of the risk that a system of secret surveillance set up to protect national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there are adequate and effective guarantees against abuse."

Det er altså en risiko for at slike skjulte overvåkningssystemer kan undergrave - og i verste fall ødelegge - demokratiet under påskudd av å forsvare det. For å minimere en slik risiko er det særskilt viktig at systemet inneholder tilstrekkelige avgrensninger, rettsikkerhetsgarantier og kontrollmekanismer for å hindre misbruk.

NRK mener høringsnotatet verken redegjør for eller foretar de avveininger og vurderinger som er nødvendige for å kunne innføre så inngripende tiltak. Særlig gjelder dette i forhold til kildevernet, som er en del av ytringsfriheten. NRK savner blant annet en analyse av hvilke konsekvenser forslaget vil kunne få for kildevernet, holdt opp mot rettspraksis fra EMD.

Her kan også nevnes at det i arbeidet med ny medieansvarslov (som ble sendt på høring av regjeringen i 2018) er lagt opp til å styrke kildevernet, blant annet etter følgende uttalelse fra en samlet familie- og kulturkomité (Innst. S. (2016-2017)):

«Kildevern og redaktørinstituttet er to grunnplanker i de frie mediers viktige samfunnsrolle. Vi er nødt til å være trygge på at lovverket er godt nok til å ivareta dette. I et fritt demokrati som vårt er dette avgjørende for å ivareta og pleie ytringsfriheten, den viktigste av våre friheter, selve essensen av demokratiet.»

I det følgende vil NRK konsentrere seg om kildevern-perspektivet. Vi vil imidlertid minne om at det er nær sammenheng mellom kildevernet og personvernet. Et fungerende personvern er på mange måter en forutsetning for kildevernet og for at media kan få informasjon fra kilder som sitter på, eller kan få tilgang til, informasjon som kan sette deres egen sikkerhet i fare.

Slik NRK ser de vil det foreslåtte overvåkningssystemet medføre en alvorlig svekkelse av kildevernet og derved medienes mulighet for å fylle en av sine viktigste samfunnsroller, nemlig å avdekke forhold av allmenn interesse. NRK støtter derfor ikke forslaget.

Det er vår oppfatning at lovforslaget også vil være i strid med den rettslige beskyttelse kildevernet har etter EMK artikkel 10.

2. Overordnet om kildevern

Høringsnotatet inneholder, som påpekt, ingen vurdering eller analyse av lovforslaget opp mot den rettslige beskyttelse kildevernet er gitt etter EMK artikkel 10 og rettspraksis fra EMD. En slik analyse savnes både når det gjelder særregler for innhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon (forslagets kapittel 7) og når det gjelder metodebruk der E-tjenesten ikke er avhengig av tilrettelegging fra en tjenestetilbyder (forslagets kapittel 6). Høringsnotatet inneholder ingen redegjørelse for den relativt rikholdige rettspraksis fra EMD knyttet til kildevernet eller de rettslige skranker som der stilles. Det er heller ikke foretatt en analyse av de to EMD-avgjørelsene som har behandlet kildevernet ved masseovervåkning av kommunikasjon.

NRK anser høringsnotatets vurdering av kildevernet som relativt overfladisk, og spørsmålet om lovforslagets nedkjølende effekt er i all hovedsak drøftet i forbindelse med den alminnelige ytringsfriheten. NRK finner derfor grunn til å redegjøre nærmere for kildevernet og dets rettslige status her.

Kort oppsummert følger det av rettspraksis at skranken for å gjøre inngrep i kildevernet er svært høy, at det gjelder noen minimumsvilkår som må være oppfylt før inngrep i det helt tatt kan vurderes og at det særlig er den langsiktige effekten av inngrep i kildevernet som er det vesentlige. Ved masseovervåkning stilles det i tillegg krav om rettsikkerhetsgarantier og kontrollmekanismer for å hindre at myndighetene får tilgang på kildesensitiv informasjon (utenom i de tilfeller der det helt unntaksvis er tillatt å gjøre inngrep i kildevernet).

EMD har gitt kildevernet et særskilt sterkt vern etter EMK artikkel 10. Vernet er markert ved at nødvendighetskravet i artikkel 10 nr. 2 er skjerpet – også sammenlignet med andre saker om medienes ytringsfrihet (ærekrenkelser, privatlivets fred, osv.). Domstolen slår fast at det må foreligge en «*overriding recquirement in the public interest*» - et altoverveiende samfunnsmessig behov - før inngrep kan tillates og at det bare vil være tilfelle i helt eksepsjonelle tilfeller.

Begrunnelsen for et sterkt kildevern er at vernet er en forutsetning for at mediene skal kunne utøve en av sine viktigste roller i et demokratisk samfunn, nemlig å bringe frem informasjon av allmenn interesse og å være en "offentlig vaktbikkje" overfor maktfaktorer i samfunnet. Det er følgelig borgernes rett til å motta opplysninger av allmenn interesse som er kildevernets grunnleggende formål. Lovgiver må derfor vurdere de potensielle skader et inngrep i kildevernet kan påføre informasjonsfriheten generelt – «the chilling effect» eller den langsiktige nedkjølende effekten.

Man kan si at kildevernet rettslig sett er tilnærmet absolutt. Her kan det vises til følgende uttalelser fra EMD som gjentas i kildevernsakene, blant annet i storkammeravgjørelsen Sanoma mot Nederland fra 2010 avsnitt 50 og 51:

> *Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and the safeguards to be afforded to the press are of particular importance. Whilst the press must not overstep the bounds set, not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of "public watchdog" (...)*
>
> *The right of journalists to protect their sources is part of the freedom to "receive and impart information and ideas without interference by public authorities" protected by Article 10 of the Convention and serves as one of its important safeguards. It is a cornerstone of freedom of the press, without which sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public-watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information to the public may be adversely affected. The Court has always subjected the safeguards for respect of freedom of expression in cases under Article 10 of the Convention to special scrutiny.*
>
> *Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society, an interference cannot be compatible with Article 10 of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest.*

EMD har utarbeidet en gjennomgang av sine avgjørelser om kildevern til og med september 2018 som ligger her: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Journalistic_sources_ENG.pdf. Som det fremgår der, foreligger det 15 avgjørelser fra EMD om kildevern og i alle avgjørelsene er det konkludert med at det foreligger en krenkelse av artikkel 10. EMD har med andre ord ikke tillatt inngrep i kildevernet. (To av avgjørelsene det er vist til i gjennomgangen – Nordisk Film & TV AS mot Danmark og Stichting Ostade Blade mot Nederland – ble funnet å være "inadmissible", men ingen av disse avgjørelsene ble ansett å omhandle journalisters kilder.) Avgjørelsene viser hvor sterkt kildevernet står etter EMDs praksis.

Rettspraksis viser videre at det er den langsiktige nedkjølende effekt på fremtidige potensielle kilder som er det sentrale i de rettslige vurderingene. Her kan blant annet vises til Rt-2013-1290 avsnitt 29 og 34:

> *"Kildevernet er ikke først og fremst begrunnet i hensynet til kilden selv eller andre enkeltpersoner, men i allmenhetens behov for informasjon gjennom «medias nyhetsformidling og fri formidling av synspunkter», jf. Rt-2010-1381 avsnitt 52. Dersom journalister må røpe kilder, vil dette kunne ha en dempende effekt på potensielt fremtidige kilder.* [...]
>
> *Det kan spørres om de hensyn som ligger bak kildevernet, gjør seg fullt ut gjeldende når pressen selv ikke vil bruke kilden. For min del vegrer jeg meg for å gå inn på en slik*

grensedragning. Det kan ikke legges til grunn at potensielle kilder vil ha kjennskap til eller forstå slike distinksjoner. Dersom det gjøres unntak fra kildevernet i slike situasjoner, er jeg redd for at det - uansett om det isolert sett skulle være gode grunner for det - vil avleire seg et generelt inntrykk hos potensielle kilder om at de løper en risiko ved å henvende seg til pressen. Som det fremheves i Rt-2010-1381 avsnitt 62, må det ses hen til «den mer langsiktige effekten av å skulle gjøre unntak - den såkalte 'chilling effect'», og at det i «det lange løp er ... en risiko for at en mer utstrakt bruk av vitneplikt vil kunne medføre at viktige kilder blir borte»."

Videre kan vises til Rt-2015-1286 avsnitt 54, 57 og 81 – en avgjørelse som slo fast at det selv ikke i forbindelse med etterforskning og forebygging av terrorvirksomhet ble tillatt inngrep i kildevernet. I dommens avsnitt 54 står det: «*Det sentrale for kildevernets utstrekning etter EMDs praksis er, slik jeg forstår det, om beslaget kan ha en dempende – og derved skadelig - virkning på pressens tilgang til kilder.*»

Kildevernet omfatter for øvrig ikke bare opplysninger som direkte kan lede til at journalisters kilder identifiseres, men også opplysninger som mer indirekte kan lede til at kilden identifiseres.

Det er kun i tilfeller der det er snakk om å beskytte liv, avverge svært alvorlig kriminalitet, hindre at uskyldige blir dømt for alvorlig kriminalitet eller lignende svært alvorlige forestående hendelser at inngrep i kildevernet kan vurderes, jfr. Appendix to Recommendation No. R (2000) 7 «Principles concerning the right of journalists not to disclose their sources of information» fra Europarådets Ministerkomité og Rt-2013-1290 avsnitt 32.

Vi vil i denne sammenheng påpeke at det fremlagte lovforslaget har en svært vid og vag angivelse av Etterretningstjenestens oppgaver og formål. Også grunnvilkårene for informasjonsinnhenting og metodebruk er svært vidt og vagt angitt. Eksempelvis åpnes for at Etterretningstjenesten kan innhente informasjon som «*kan bidra til ivaretakelse*» av «*utenrikspolitiske interesser*». Videre skal målsøking kunne iverksettes når det «*foreligger grunn til å undersøke om innhenting kan bidra til å frembringe informasjon som er relevant for etterretningsformål*». Forslaget innebærer med andre ord at Etterretningstjenesten kan gjøre søk dersom det er en mulighet for at innhentingen kan bidra til frembringelse av informasjon som er relevant for «etterretningsformål». Det er en svært fri adgang.

At lovforslaget åpner for en vid adgang til innsamling av informasjon, fremgår også av høringsnotatet, se bl.a. side 145:

«*Det understrekes innledningsvis at Etterretningstjenestens informasjonsinnhenting ikke skjer for straffeavvergings- eller straffeforfølgingsformål, men for å redusere usikkerhet hos beslutningstakere og svare på norske myndigheters informasjonsbehov. Norske myndigheter har behov for informasjon om utenlandske trusler og forhold av betydning for norske grunnleggende interesser på et tidligst mulig tidspunkt. Det må videre tas i betraktning at før informasjon er innhentet, kan det ofte være svært vanskelig eller tilnærmet umulig å vite*

om informasjonen er relevant for Etterretningstjenestens oppgaveløsning. I tillegg kommer at etterretningstjenester ofte må gå bredt ut og snevre inn informasjonssøkingen etter hvert. Det følger av at den relevante informasjonen og de relevante etterretningsmålene ofte ikke er kjent på forhånd. Nettopp det å finne de ukjente etterretningsmålene, skjer i en prosess som kalles målsøking. Det er først når man har funnet relevante etterretningsmål at man kan spisse innsamlingen målrettet mot disse.»

Lovvilkårene åpner følgelig for at Etterretningstjenesten kan bruke skjulte metoder og samle inn informasjon *uten* at det konkret foreligger slike alvorlige forestående hendelser som er et minimumsvilkår for inngrep i kildevernet.

3. Lovforslagets § 9-6 er i strid med EMK artikkel 10 - inngrep i kildevernet krever forutgående godkjennelse fra domstol eller lignende uavhengig organ

Lovforslagets § 9-6 lyder som følger:

§ 9-6 Nødvendighetskrav for behandling av fortrolig kommunikasjon med særlige yrkesutøvere

Etterretningstjenesten skal ikke behandle opplysninger som er fortrolig kommunikasjon mellom advokat og klient, helsepersonell og pasient, journalist og kilde eller tilsvarende fortrolig kommunikasjon som nyter særlig menneskerettslig vern, med mindre vektige samfunnshensyn gjør behandlingen strengt nødvendig.

Beslutning om å behandle opplysninger etter første ledd treffes av sjefen for Etterretningstjenesten, med mindre beslutning tilligger departementet etter § 2-7.

Opplysningene skal merkes særskilt for kontrollformål. (Vår understrekning.)

NRK mener bestemmelsens annet ledd, som innebærer at det skal være opp til sjefen for Etterretningstjenesten å beslutte om kildesensitiv informasjon kan benyttes, er i strid med kildevernet etter EMK artikkel 10.

EMD har gjentatte ganger understreket at metoder som medfører at myndighetene direkte får tilgang til journalisters materiale er enda mer inngripende enn pålegg om å oppgi en kilde, se blant annet *Roemen and Schmitt mot Luxembourg fra 2002*, avsnitt 57:

The Court considers that, even if unproductive, a search conducted with a view to uncover a journalist's source is a more drastic measure than an order to divulge the source's identity. This is because investigators who raid a journalist's workplace unannounced and armed with search warrants have very wide investigative powers, as, by definition, they have access to all the documentation held by the journalist.

Det gjelder derfor strenge krav til fremgangsmåte. Etter EMD-praksis er det ikke tillatt å gi myndighetene tilgang på materialet før det er vurdert og godkjent av en domstol eller en lignende

uavhengig kontrollinstans. Her kan blant annet vises til storkammeravgjørelsen Sanoma mot Nederland fra 2010:

> *90. First and foremost among these safeguards is the guarantee of review by a judge or other independent and impartial decision-making body. [...]The requisite review should be carried out by a body separate from the executive and other interested parties, invested with the power to determine whether a requirement in the public interest overriding the principle of protection of journalistic sources exists prior to the handing over of such material and to prevent unnecessary access to information capable of disclosing the sources' identity if it does not.*
>
> *91. The Court is well aware that it may be impracticable for the prosecuting authorities to state elaborate reasons for urgent orders or requests. In such situations an independent review carried out at the very least prior to the access and use of obtained materials should be sufficient to determine whether any issue of confidentiality arises, and if so, whether in the particular circumstances of the case the public interest invoked by the investigating or prosecuting authorities outweighs the general public interest of source protection. It is clear, in the Court's view, that the exercise of any independent review that only takes place subsequently to the* ***handing over*** *of material* ***capable*** *of revealing such sources would undermine the very essence of the right to confidentiality.*
>
> *93. In the Netherlands, since the entry into force of Article 96a of the Code of Criminal Procedure this decision is entrusted to the public prosecutor rather than to an independent judge. Although the public prosecutor, like any public official, is bound by requirements of basic integrity, in terms of procedure* ***he or she is a "party" defending interests potentially incompatible with journalistic source protection and can hardly be seen as objective and impartial*** *so as to make the necessary assessment of the various competing interests.*
>
> *99. These failings were not cured by the review post factum offered by the Regional Court, which was likewise powerless to prevent the public prosecutor and the police from examining the photographs stored on the CD-ROM the moment it was in their possession.*

En beslutning om å behandle kildesensitiv informasjon kan således ikke fattes av sjefen for Etterretningstjenesten. Vedkommende er ikke å anse som en uavhengig og objektiv instans i denne sammenheng. Slike avgjørelser må fattes av en domstol eller domstollignende instans *før* Etterretningstjenesten får *tilgang* til materialet.

Av storkammeravgjørelsen fremgår at det heller ikke i hastetilfeller er tillatt å gi myndighetene tilgang til kildesensitivt materiale før det er vurdert og godkjent av en uavhengig instans. EMD anerkjenner at det i alvorlige hastetilfeller kan være nødvendig å sikre materiale uten forhånds-godkjennelse, men at selve tilgangen til og bruken av slikt materiale krever godkjenning fra en domstol eller domstollignende organ. Loven må med andre ord fastsette en prosess som sikrer at

Etterretningstjenesten eller andre myndigheter ikke får tilgang til eller kan bruke materialet før det er godkjent av en uavhengig instans.

Forslagets § 8-10 er følgelig heller ikke i overensstemmelse med EMK artikkel 10. Det må fastsettes en prosess som sørger for at sikret materiale ikke kan gjennomgås eller brukes før det er godkjent av en domstol eller et domstollignende organ.

Vi vil minne om at skaden for kildevernet anses allerede for å ha skjedd når det er avdekket hvem som er medienes kilder. Den ordningen som § 9-6 legger opp til er også derfor i strid med EMK artikkel 10, jfr. bestemmelsens formulering: «*Etterretningstjenesten skal ikke behandle opplysninger som er fortrolig kommunikasjon mellom ... journalist og kilde ..., med mindre vektige samfunnshensyn gjør behandlingen strengt nødvendig. Beslutning om å behandle opplysninger etter første ledd treffes av sjefen for Etterretningstjenesten*». Når Etterretningstjenesten vet at det er snakk om slik fortrolig informasjon, vil de også vite hvem kilden er eller kunne finne kilden, og da har inngrepet i kildevernet etter EMK artikkel 10 allerede skjedd.

Videre mener vi at lovkriteriet «*med mindre vektige samfunnshensyn gjør behandlingen strengt nødvendig*» ikke er tilstrekkelig dekkende for hvor sterk rettslig beskyttelse kildevernet har. Det bør fremkomme tydeligere at kildevernet er tilnærmet absolutt, at det er den langsiktige nedkjølende effekten som er det vesentlige når unntak skal vurderes tillatt, samt at det kun er for å beskytte liv og helse eller avverge tilsvarende alvorlige og konkret forestående hendelser, at unntak kan vurderes.

Vi mener også det det bør fremgå at opplysningene må være avgjørende for saken og ikke kunne fremskaffes på annen måte, jfr. blant annet Rt-2015-1286 avsnitt 63, samt Recommendation No. R (2000) 7 «Principles concerning the right of journalists not to disclose their sources of information» fra Europarådets Ministerkomité «Prinsiple 3» jfr. Rt-2013-1290 avsnitt 32.

NRK mener det er svært viktig at lovgivningen gjenspeiler den strenge beskyttelse kildevernet er gitt etter EMK artikkel 10. De myndigheter som skal forvalte dette regelverket kan ikke forventes å ha oversikt over dette. Alternativt bør dette tydelig fremkomme i forarbeidene til bestemmelsen.

4. Særskilt om tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende informasjon

Her er det innledningsvis grunn til å minne om at allerede usikkerhet om kildevernet må antas å avholde kilder fra å komme med viktig informasjon. Det forhold at Etterretningstjenesten rent faktisk kan lagre metadata i 18 måneder og derved ha tilgang til metadata og innholdsdata, må i seg selv antas å ha en nedkjølende effekt, selv om det ikke er tillatt å gjøre søk.

Når det gjelder det systemet lovforslaget legger opp til for metadata, er det flere forhold som gir grunn til bekymring:

- Etterretningstjenesten kan lagre metadata uten at det foreligger noen domstolsavgjørelse og det er ikke lagt opp til noen filtrering som sørger for å utelukke journalisters kommunikasjon. Metadataene kan i tillegg lagres for svært lang til – 18 måneder.
- Det er ikke lagt opp til noen skranker eller filtrering som hildrer søk i metadata tilknyttet journalisters kommunikasjon.
- Det er ikke lagt opp til at domstolene skal prøve om det foreligger en situasjon som unntaksvis kan tillate inngrep i kildevernet. Domstolen skal heller ikke vurdere hva som er risikoen for at deres godkjennelser vil medføre søk i journalisters metadata. Lovforslagets § 8-4 om hva domstolen skal prøve viser ikke til lovforslagets § 9-6. (Derimot viser § 8-4 til bestemmelsen om diskrimineringsforbud i § 9-4.)
- § 7-8 første ledd tredje setning legger opp til at domstolen skal godkjenne søk to ledd ut i personers kommunikasjonskjede. Dette vil i praksis bety at domstolen i hvert enkelt tilfelle vil godkjenne søk knyttet til flere 1000 personer. Det sier seg selv at dette fort vil omfatte kommunikasjon mellom journalist og kilde. Videre er det da vanskelig å se at domstolskontrollen kan bli reell.
- Domstolstillatelsen kan gis for lang tid – ett år for målsøking og 6 måneder for målrettet innhenting. Også av denne grunn kan det spørres hvor reell domstolsprøvelsen egentlig blir.
- Domstolskontrollen innebærer få, skjønnsmessige og lite reelle skranker. Domstolen skal blant annet påse at tillatelsen holder seg innenfor Etterretningstjenestens oppgaver slik de er definert i kapittel 3 og at den tilfredsstiller grunnvilkårene i kapittel 5. Som tidligere nevnt er Etterretningstjenestens oppgaver og grunnvilkårene svært vidt og vagt formulert slik at dette i liten grad vil innebære reelle skranker. I tillegg stiller lovforslaget få krav til Etterretningstjenestens begjæring, kontradiksjonen vil være mangelfull og det er Etterretningstjenestens egne fagkyndige som skal brukes for å opplyse saken. Videre er det nærliggende å anta at det i utgangspunktet skal mye til før en enslig dommer vil nekte Etterretningstjenesten tilgang når det argumenteres med rikets sikkerhet.
- På denne bakgrunn mener NRK det er stor grunn til å stille spørsmål om hvilken reell mulighet for overprøving den enkelte dommer vil ha – og dermed hvilken rettsikkerhetsgaranti domstolskontrollen her vil innebære.

NRK har langt på vei tilsvarende innvendinger når det gjelder søk i innholdsdata:

Domstolskontrollen gjelder ikke kildevernet, det gjelder ingen konkrete skranker som knytter seg til kildevernet, domstolskontrollen kan gis for lang tid og øvrige forhold medfører en svekkelse av domstolskontrollen som en reell rettsikkerhetsgaranti.

Når det gjelder det såkalte "korttidslageret", vil Etterretningstjenesten ha tilgang til all informasjon den siste 14-dagers perioden. Selv om denne tilgangen begrenses på mange måter - både mht. formål, hvem som kan gjøre søk, antall søk og lengde på søk - vil det forhold at Etterretnings-tjenestens medarbeidere faktisk har tilgang, i seg selv ha en nedkjølende effekt.

EMD har avsagt 2 avgjørelser som vurderer kildevernet opp mot skjult overvåkning; Weber and Saravia mot Tyskland fra 2006 og Big Brother Watch-dommen fra 2018. Den dommen som er omtalt særskilt i høringsnotatet, Centrum för Rättvisa mot Sverige (2018), vurderte ikke forholdet til kildevernet. Både Centrum för Rättvisa-dommen og Big Brother Watch-dommen er for øvrig sluppet inn for behandling i EMDs storkammer.

Av Big Brother-dommen følger at lovgivningen må sørge for tilstrekkelige sikkerhetsforanstaltninger både når det gjelder hvilket materiale det kan søkes i og hva som skal gjelde etter at materialet er valgt ut for gjennomgang, se dommens avsnitt 492 flg.:

> *However, the interference will be greater should these communications be selected for examination and, in the Court's view, will only be "justified by an overriding requirement in the public interest" if accompanied by sufficient safeguards relating both to the circumstances in which they may be selected intentionally for examination, and to the protection of confidentiality where they have been selected, either intentionally or otherwise, for examination.*
>
> *493. ...Furthermore, the Court has already criticised the lack of transparency and oversight of the criteria for searching and selecting communications for examination (see paragraphs 339, 340, 345 and 387 above). In the Article 10 context, it is of particular concern that there are no requirements – at least, no "above the waterline" requirements – either circumscribing the intelligence services' power to search for confidential journalistic or other material (for example, by using a journalist's email address as a selector), or requiring analysts, in selecting material for examination, to give any particular consideration to whether such material is or may be involved. Consequently, it would appear that analysts could search and examine without restriction both the content and the related communications data of these intercepted communications.*
>
> *494. Safeguards do exist in respect of the storing of confidential material once identified. ...*
>
> *495. Nevertheless, in view of the potential chilling effect that any perceived interference with the confidentiality of their communications and, in particular, their sources might have on the freedom of the press and, in the absence of any "above the waterline" arrangements limiting the intelligence services' ability to search and examine such material other than where "it is justified by an overriding requirement in the public interest", the Court finds that there has also been a violation of Article 10 of the Convention.*

Big Brother Watch-dommen fastslår videre at regimet for innhenting av informasjon fra kommunikasjonstjenester (CSPs) også var i strid med kildevernet etter EMK artikkel 10. Dette, fordi de sikkerhetsforanstaltninger som var innført, bare omfattet de tilfeller der hensikten med å få tilgang til informasjonen var å avdekke journalisters kilder – og ikke i alle tilfeller der journalisters innholdsdata eller metadata kunne bli tilgjengelig. Se avgjørelsens punkt 497 følgende:

497. In considering the applicants' Article 8 complaint, the Court concluded that the Chapter II regime was not in accordance with the law as it permitted access to retained data for the purpose of combating crime (rather than "serious crime") and, save for where access was sought for the purpose of determining a journalist's source, it was not subject to prior review by a court or independent administrative body (see paragraph 467 above).

498. The Court acknowledges that the Chapter II regime affords enhanced protection where data is sought for the purpose of identifying a journalist's source, In particular, paragraph 3.77 of the ACD Code provides that where an application is intended to determine the source of journalistic information, there must be an overriding requirement in the public interest, and such applications must use the procedures of the Police and Criminal Evidence Act 1984

("PACE") to apply to a court for a production order to obtain this data (see paragraph 117 above). Pursuant to Schedule 1 to PACE, an application for a production order is made to a judge and, where the application relates to material that consists of or includes journalistic material, the application should be made inter partes (see paragraph 121 above). The internal authorisation process may only be used if there is believed to be an immediate threat of loss of human life, and that person's life might be endangered by the delay inherent in the process of judicial authorisation (paragraphs 3.76 and 3.78-3.84 of the ACD Code – see paragraph 117 above).

499. Nevertheless, these provisions only apply where the purpose of the application is to determine a source; they do not, therefore, apply in every case where there is a request for the communications data of a journalist, or where such collateral intrusion is likely. Furthermore, in cases concerning access to a journalist's communications data there are no special provisions restricting access to the purpose of combating "serious crime". Consequently, the Court considers that the regime cannot be "in accordance with the law" for the purpose of the Article 10 complaint.

Slik lovforslaget foreligger, er det heller ikke filtreringsmekanismer eller andre sikkerhetsforanstaltninger for å ivareta kildevernet og begrense Etterretningstjenestens anledning til å søke i journalisters kommunikasjon. Lovforslag mangler helt mekanismer for å hindre at Etterretningstjenesten får tilgang på kildesensitiv informasjon utenom i de tilfeller der det helt unntaksvis er berettiget (fordi kravet om *«overriding recquirement in the public interest»* er oppfylt).

Når det gjelder søk i lagrede metadata og innhenting/lagring av innholdsdata, skal det riktignok skje etter en forutgående domstolskontroll, men etter forslaget skal ikke domstolen prøve om vilkårene i § 9-6 faktisk er oppfylt. Som nevnt er det sjefen for Etterretningstjenesten som skal prøve dette – og prøvelsen skal skje *etter* at det er avdekket slikt kildesensitivt materiale.

I tillegg kommer – som nevnt ovenfor – at det i seg selv er grunn til å stille spørsmål ved hvor reell domstolskontrollen kan bli med det regimet det er lagt opp til.

Videre er det slik at selve metadatalagringen kan etterretningstjenesten gjøre uten forutgående domstolsgodkjennelse. Det er ikke lagt opp til noen prosedyrer som sikrer at det ikke lagres metadata om journalisters kommunikasjon. Det må derfor legges til grunn at metadatalageret regelmessig vil inneholde kildesensitiv informasjon.

NRK vurderer forslaget om tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende kommunikasjon som svært bekymringsfullt og mener det vil medføre en alvorlig svekkelse av kildevernet, både direkte og indirekte, fordi et fungerende personvern er en forutsetning for medias tilgang på viktige kilder.

Etter vår oppfatning er forslaget også i strid med EMK artikkel 10 på flere av de ovenfor nevnte punktene.

5. Kryptering - tilretteleggingsplikten etter § 7-2

Tilretteleggingsplikten etter lovforslagets § 7-2 omfatter tilbydere etter *«ekomloven § 1-5 nr. 16 og tilbydere av internettbaserte kommunikasjons- eller meldingstjenester som er tilgjengelig for allmennheten»*. Forslaget legger således opp til at vært mange aktører skal omfattes av plikten til å tilrettelegge for Etterretningstjenesten. Plikten gjelder alle tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester og ikke bare dem som har kabler som krysser landegrensen.

I høringsnotatet uttales følgende om hvem som skal omfattes av tilretteleggingsplikten:

> *Departementet er enig med utvalget i at tilretteleggingsplikten bør gjelde for alle som regnes som tilbydere etter definisjonen i ekomloven § 1-5 nr. 16, det vil si enhver fysisk eller juridisk person som tilbyr andre tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste. Det vil i tillegg være behov for tilrettelegging fra tilbydere av innholdstjenester som ikke er omfattet av definisjonen i ekomloven, typisk internettbaserte «over the top-tjenester» (OTTtjenester) som kan brukes til overføring av tekst, lyd og bilder. Departementet foreslår at også tilbydere av slike tjenester i Norge skal være omfattet av tilretteleggingsplikten når det er nødvendig for å sikre Etterretningstjenestens tilgang til grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon. Det vil for eksempel kunne være behov for å sørge for tilgang til kommunikasjon uten hinder av kryptering som tjenestetilbyderen kontrollerer.*

Plikten er i bestemmelsens annet ledd definert som en *«plikt til på egnet måte å speile og gjøre kommunikasjonsstrømmene tilgjengelige for Etterretningstjenesten, og på annen måte tilrettelegge for at Etterretningstjenesten kan gjennomføre utvalg, filtrering, testing, lagring og søk som beskrevet i kapitlet her, herunder ...»*. I bestemmelsens bokstav a – e er det gitt noen eksempler på hva tilretteleggingsplikten kan medføre. Omfanget av plikten er med andre ord ikke uttømmende regulert og kan således bli svært omfattende. Ett eksempel som viser at man også har sett for seg et omfattende system, er bokstav b der det står at Etterretningstjenesten kan installere utstyr og etablere *permanent* tilstedeværelse for å drifte utstyr hos tilbyder.

Departementet skriver også følgende i sitt høringssvar:

> *«Det nærmere innholdet av [tilretteleggings-]plikten vil blant annet avhenge av hvilket nett eller tjeneste det er snakk om, og vil i takt med den teknologiske utviklingen kunne variere over tid. Departementet foreslår på denne bakgrunn å lovfeste en generell plikt i lovutkastet §7-2 første ledd, som konkretiseres ved hjelp av en ikke-uttømmende opplisting i annet ledd.»*

Omfanget av tilretteleggingsplikten vil dermed kunne endres over tid, uten behov for lovendring.

I annet ledd bokstav d står det at tilretteleggingsplikten omfatter å *«sørge for tilgang til kommunikasjon uten hinder av linkkryptering eller lignende kryptering som tilbyder kontrollerer».*

Her kan det synes som om departementet har gått lengre enn Lysne II-utvalget foreslo. Vi vil her vise til kommentarer fra advokat Arve Føyen og Olav Lysne publisert i Digi.no 18. desember 2019:

- https://www.digi.no/artikler/kommentar-var-det-dette-du-ville-ha-professor-lysne/453769
- https://www.digi.no/artikler/kommentar-lysne-ii-digitalt-grenseforsvar-og-kryptering/453915

Advokat Føyen skriver følgende:

> *«Forsvarsdepartementet, i sitt forslag om «tilrettelagt innhenting», går tilsynelatende vesentlig lengre* [enn Lysne II-utvalget]. *Dette gjøres på en relativt subtil måte, ved at departementet introduserer begrepet «link-kryptering eller lignende kryptering», og setter et likhetstegn mellom link-kryptering og all annen kryptering som tilbyderen har rådighet over (høringsnotatet punkt 11.15.2 og 11,15.3). Plikten til å dekryptere skal også gjelde alle tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester, ikke bare dem som har kabler som krysser grensen.»*

Leder av Lysne II-utvalget skriver følende:

> *«Teksten fra høringsnotatet etterlater usikkerhet om hva Forsvarsdepartementet egentlig har ment. Hva Lysne II-utvalget mente er imidlertid klokkeklart. På side 49 i rapporten vår står det følgende: «Tilretteleggingsplikten for teletilbyderne må derfor omfatte leveranse av datastrøm uten linkkryptering dersom dette er implementert på den grensekryssende forbindelsen. Tilretteleggingsplikten bør imidlertid ikke inneholde krav om støtte til omgåelse av krypto utover dette.»*
>
> *Lysne II utvalget er nå oppløst, og vi kan derfor bare uttale oss som privatpersoner. For egen del mente jeg at tilretteleggingsplikten kun skulle dekke omgåelse av link-kryptering, også kalt lag-2 kryptering, som anvendes på den kabelen som krysser grensen. Jeg mente at den ikke skulle gjelde kryptering foretatt i utstyr som ikke var direkte koblet til den grensekryssende kabelen, eller av operatører som ikke har driftsansvar for den kabelen. Jeg har det samme synet ennå.»*

Departementet uttrykker imidlertid i høringsnotatet at forslaget ikke er ment å gå lengre enn Lysne II-utvalgets anbefaling.

NRK mener det er avgjørende viktig å tydeliggjøres i loven at tilretteleggingsplikten kun omfatter linkkryptering (kryptering lagt «på toppen» av datastrømmen), og ikke krypterte tjenester som brukeren måtte benytte. Det er avgjørende for kildevernet at journalister kan kryptere sin kommunikasjon med kilder som må sikres anonymitet, og at de krypteringstjenester journalistene bruker, ikke kan pålegges å legge til rette for dekryptering.

Slik NRK ser det bør omfanget av hele tilretteleggingsplikten uttømmende reguleres i loven.

Under enhver omstendighet må tilretteleggingsplikten for dekryptering uttømmende reguleres i loven slik at den kun omfatter linkkryptering - og ikke krypterte tjenester som brukeren måtte benytte. Tillegget «eller lignende kryptering som tilbyder kontrollerer» må med andre ord tas ut av lovteksten.

6. Kringkastere og andre mediehus må unntas tilretteleggingsplikten i lovforslagets § 7-2.

Lovforslagets ordlyd kan leses slik at NRK og andre mediehus er omfattet av tilretteleggingsplikten. NRK legger til grunn at dette ikke er tilsiktet. Å pålegge en slik plikt ville klart være i strid med det grunnleggende prinsippet om medienes uavhengighet og rolle i et demokratisk samfunn. Det vil etter NRKs syn også være i strid med EMK artikkel 10. Vi ber derfor om at det eksplisitt inntas et unntak for mediene i lovbestemmelsen, alternativt at det uttrykkelig tas inn i forarbeidene at mediene ikke er omfattet av tilretteleggingsplikten.

7. Adgangen til å dele kildesensitivt materiale

Lovforslaget legger opp til at kildesensitivt materiale som har interesse for etterretningsformål, kan utleveres til andre nasjonale og internasjonale myndigheter. Unntak gjelder for såkalt overskuddsinformasjon (informasjon uten interesse for etterretningsformål, jfr. forslagets § 1-4 nr. 10) der det er fastsatt forbud mot utlevering av slike opplysninger. Systemet inneholder heller ikke noen rettsikkerhets- eller kontrollmekanismer i form av domstolskontroll eller andre tiltak for å sikre ivaretagelse av kildevernet eller hindre misbruk. Når disse reglene sees i sammenheng med den vide angivelsen av hva som ansees som etterretningsformål, forsterkes problemstillingen knyttet til kildevernet ytterligere. NRK mener man også på dette området må innføre særskilte mekanismer for å ivareta kildevernet, dersom lovforslaget opprettholdes.

8. Metodebruk der Etterretningstjenesten ikke er avhengig av tilrettelegging fra tjeneste-leverandør (lovforslagets kap. 6)

Lovforslagets kapittel 6 lovfester de metoder Etterretningstjenesten kan bruke der Etterretnings-tjenesten ikke er avhengig av at tjenestetilbydere samarbeider for at de skal få tilgang på informasjonen. Også etter kapittel 6 kan det gjøres skjult innsamling av kommunikasjon over telenett, internett, satellittkommunikasjon, osv. Videre åpnes det for både bulkinnsamling og annen innsamling av informasjon - blant annet om nordmenn i utlandet. Disse metodene vil dermed også kunne føre til at Etterretningstjenesten og andre myndigheter får tilgang til kommunikasjon mellom kilder og journalister i norske mediehus.

I disse tilfellene er det imidlertid ikke lagt opp til noen form for domstolskontroll. Det er heller ikke lagt opp til andre rettsikkerhets- eller kontrollmekanismer som kan ivareta kildevernet. Slik NRK ser det er forslaget derfor i strid med den rettslige beskyttelsen kildevernet har.

Vi kan ikke se at det er grunn til å forskjellsbehandle de tilfeller der Etterretningstjenesten er avhengig av samarbeid fra eksterne aktører for å få tilgang på informasjon og de tilfeller der Etterretningstjenesten ikke trenger bistand fra eksterne for å få slik tilgang. Man kan ikke se bort fra den rettslige beskyttelse kildevernet er gitt, selv om man ikke er avhengig av bistand fra eksterne for å oppnå tilgang.

9. Oppsummering

NRK erkjenner selvsagt samfunnets behov for å avdekke eksterne trusler mot nasjonale sikkerhetsinteresser og vi forstår at lovregulering innebærer krevende avveininger av forskjellige hensyn. Vår vurdering er imidlertid at lovforslaget går klart for langt ved å gjøre inngrep i menneskerettigheter som personvern, ytringsfrihet og kildevern - grunnleggende verdier i ethvert velfungerende demokrati.

I vårt svar har vi av kapasitetshensyn særskilt fokusert på det lovforslagets inngrep i kildevernet. Etter vårt syn er forslaget på flere punkt i strid med EMK artikkel 10.

NRKs hovedinnvendinger kan kort oppsummeres slik:

- Sjefen for Etterretningstjenesten kan ikke være den som bestemmer at fortrolig kommunikasjon mellom journalist og kilde kan benyttes. Vurderingen må tas av en domstol og vurderingen må gjøres før kilden avdekkes.
- Terskelen for når det skal være adgang til å gjøre inngrep i kildevernet, må heves og utformes i tråd med den rettslige beskyttelse kildevernet har.
- Lovforslaget må endres for å sikre at domstolskontrollen blir reell.

- Tilretteleggingsplikten må utformes slik at den ikke omfatter krypterte tjenester som brukeren selv benytter.
- Det må gjøres klart at kringkastere og andre mediehus ikke er omfattet av tilretteleggingsplikten.
- Det må oppstilles kontrollmekanismer som sikrer kildevernet også i de tilfeller der Etterretningstjenesten ikke er avhengig av samarbeid fra eksterne aktører for å få tilgang på informasjon.

Med vennlig hilsen



Olav A. Nyhus
Direktør
Juridisk og stab
olav.nyhus@nrk.no