



Forsvarsdepartementet

Sendt pr. e-post

Deres ref.: 2016/2699-1/FD II 5/SIH

Dato: 19. januar 2017

Vår ref.: 233976

## **Høring - Rapport avgitt av Lysne II-utvalget om digitalt grenseforsvar**

### **1. Innledning**

Vi viser til departementets høringsbrev av 5.10.2016 vedrørende ovennevnte høring, som vi dessverre ikke mottok. Advokatforeningen ble først klar over høringen etter nyttår, og vi setter stor pris på at det ble innvilget fristutsettelse, slik at vi også får avgitt vår uttalelse.

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 sondrer 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 IKT og personvern og lovutvalget for strafferett og straffeprosess. Lovutvalget for IKT og personvern består av Thomas Olsen (leder), Fred Richard Elsheim, Kirill Miazine og Jarle Roar Sæbø. Lovutvalget for strafferett og straffeprosess består av Halvard Helle (leder), Thomas Horn, René Ibsen, Knut Rognlien, Nicolai V. Skjerdal, Lorentz Stavrum, Frode Sulland og Inger Marie Sunde.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

## 2. Generelt om forslaget

Advokatforeningen vil understreke at forslaget til DGF innebærer svært inngripende overvåkning av kommunikasjonsinnhold som griper inn i kjernen av retten til privatliv, ytringsfrihet og fortrolig korrespondanse. Innhentingen av opplysninger vil i prinsippet ramme alle norske borgere, enten de oppholder seg i Norge eller i utlandet. De filtre og tiltak som utvalget har beskrevet vil ikke være tilstrekkelig for å sikre at slik innhenting mot norske borgere ikke vil skje. Filtrene vil heller ikke effektivt kunne skille mellom opplysninger som er underlagt taushetsplikt og andre opplysninger.

Advokatforeningen mener det må stilles svært strenge krav til at lovgrunnlaget for DGF angir presist og begrenset formål for innhenting av opplysninger samt kontrolltiltak (herunder domstolskontroll, løpende kontroll og etterkontroll) og evaluering for at DGF skal være forenlig med grunnleggende rettigheter, særlig retten til privatliv.

Advokatforeningen vil særlig bemerke at kravene til klar lovgivning og skranker for overvåkningstiltak synes skjerpet i lys av EU-domstolens avgjørelse i Tele2-dommen (se punkt 4). En forutsetning for å gå videre med forslaget til DGF må derfor være at forholdet til menneskerettighetene vurderes nærmere i lys av ny rettspraksis fra EU-domstolen og EMD.

## 3. Forholdet til menneskerettighetene og retten til privatliv

Utvalget argumenterer for at forslaget vil være forenlig med retten til privatliv slik dette blant annet er vernet i Grunnloven 102 og EMK art. 8, men det er samtidig pekt på at EMD og EU-domstolen har saker til behandling som kan få betydning for forslaget.

Etter Advokatforeningens oppfatning er kravene til gjennomføring av DGF skjerpet etter Tele2-dommen avsagt av EU-domstolen 21. desember 2016 (C-2013/15 og C-698/15). Dommen slår fast at så vid datalagringslovgivning som innført av Sverige og Storbritannia strider mot EUs kommunikasjonsverndirektiv 2002/58/EF og EUs Charter artikkel 7 om retten til privatliv og artikkel 8 om retten til personopplysningsvern. Lovgivningen ble derfor ansett å overskride grensene for hva som kan anses som strengt nødvendig, og kan ikke anses som rettferdiggjort i et demokratisk samfunn.

Norge har gjennomført kommunikasjonsverndirektivet gjennom ekomloven med forskrifter, og avgjørelsen har direkte relevans for krav til gjennomføring av DGF. Innhentningen av innholdsdata gjennom DGF må anses som betraktelig mer inngripende enn bare trafikkdata.

Både lagring av trafikkdata og DGF innebærer at det gjøres unntak fra det grunnleggende prinsippet i personopplysningsretten og kommunikasjonsvernet om at opplysninger knyttet til overføring av kommunikasjon skal slettes med mindre de er nødvendige for fakturering av tjenesten eller å tilrettelegge for kommunikasjonen.

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 DGF 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.

#### **4. Kravet til klart lovgrunnlag og skranker for DGF**

Dersom DGF innføres, vil Advokatforeningen sterkt understreke behovet for et klart lovgrunnlag med så klare kriterier og skranker for håndtering av opplysninger som mulig.

E-tjenesteloven har vært det sentrale grunnlaget for E-tjenesten i mange år. Så lenge informasjonsinnhenting har vært rettet mot utlendinger i utlandet, har lovgrunnlaget ikke vært problematisert. En innføring av DGF vil innebære et meget omfattende inngrep også mot norske borgere i Norge, og en vid fullmaktslov som E-tjenesteloven vil ikke være tilstrekkelig.

Lovgrunnlaget må for det første klart angi formålet for innhenting. Utvalget fremhever at DGF særlig vil være egnet til å detektere og bekjempe cyberangrep rettet mot norsk IT-infrastruktur. Utvalget nevner også anti-terrorarbeid, men det fremgår ikke like tydelig at DGF vil være effektivt tiltak mot denne type trusler. I lys av praksis fra EMD og EU-domstolen må lovgiver tydelig begrunne hvorfor tiltaket er nødvendig og forholdsmessig. Advokatforeningen mener DGF må begrenses til å bekjempe cyberkriminalitet, evt. også anti-terrorarbeid.

Advokatforeningen mener det i lovteksten klart må angis kriterier for den proporsjonalitetsvurderingen som må gjøres for å innhente opplysninger gjennom DGF. Advokatforeningen mener lovgiver her bør kvalifisere proporsjonalitetskravet, slik det er gjort i Sverige, ved at det kreves at innsynet klart overstiger hensynet til personvernet.

I tillegg til de skranker som utvalget selv foreslår, mener Advokatforeningen det også bør inntas bestemmelser om at det for hver sak skal oppnevnes personvernombud eller advokat som skal ivareta berørte personers interesse i blant annet personvern. Krav til personvernombud er nå et grunnleggende krav i EUs personvernforordning som trådte i kraft mai 2016, med virkning fra mai 2018. Advokatforeningen forutsetter at et DGF-tilsyn, som utvalget tar til orde for, besitter ekspertkompetanse i personvern.

Advokatforeningen tiltrer utvalgets forslag om at DGF, hvis det innføres, underlegges evaluering. Advokatforeningen vil her særlig understreke betydningen av at lovgivningen legger til rette for slik evaluering, slik at det er mulig å vurdere om DGF fungerer etter hensikten, og at de samlede tiltak sikrer at grunnleggende rettigheter ivaretas. Advokatforeningen minner her om at Metodekontrollutvalget (NOU 2009:15 Skjult informasjon – åpen kontroll) støtte på betydelige utfordringer med å gjennomføre sitt mandat med å evaluere nye etterforskningsmetoder.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Se Bruce, Ingvild, "Evaluering av lovgivning om skjulte tvangsmidler – noen erfaringer fra Metodekontrollutvalgets arbeid", i *Overvåkning i en rettsstat*, Dag wiese Schartum (red.), Fagbokforlaget 2010, s. 330-341.

Advokatforeningen vil avslutningsvis understreke at en forutsetning for DGF er at det implementeres tilfredsstillende informasjonssikkerhet, og at det implementeres tekniske og organisatoriske tiltak for å begrense personvernrisikoen i tråd med prinsippene for innebygd personvern slik dette blant annet kommer til uttrykk i EUs personvernforordning artikkel 25.

## 5. Til spørsmålet om domstolskontroll

Advokatforeningen bemerker spesielt at det synes som om utvalget legger opp til at en domstol ("DGF-domstolen") skal utøve forhåndskontroll av visse deler av virksomheten, med dommere som skal ha en særlig kyndighet og "*grunnleggende forståelse for etterretningsfaget*". Utvalget holder det på side 58, helt åpent om arbeidet skal legges til de ordinære domstoler eller til en særskilt DGF-domstol.

Advokatforeningen vil advare mot å opprette en spesialdomstol på dette området. En slik særdomstol, fremstår etter Advokatforeningens syn som grunnleggende betenkelig. En spesialdomstol for etterretningssaker av denne karakter gir begrensede muligheter for demokratisk kontroll og reiser helt spesielle rettssikkerhetsmessige problemer. Advokatforeningen ser ingen grunn til at legalitetskontrollen med DGF ikke kan utøves av de ordinære domstoler, med de tilpasninger som er nødvendige for å ivareta hensynet til rikets sikkerhet og grunnleggende personvern hensyn. Behandlingen av sakene bør i tilfelle skje i egnede domstolslokaler, ikke i E-tjenestens egne lokaler, slik utvalget åpner for. Ved utvelgelsen av dommere må det være tilstrekkelig at den som skal utøve legalitetskontrollen innehar nødvendig sikkerhetsklarering, på samme måte som i PST-sakene som behandles av Oslo tingrett i første instans.

## 6. Til bruken av overskuddsinformasjon

Advokatforeningen vil sterkt fremheve betydningen av at en eventuell adgang for den militære etterretningstjenesten til å innhente og anvende digital informasjon i utenlandsetterretning, ikke på noe vis innebærer at såkalt overskuddsinformasjon kan benyttes som bevis i straffesaker – verken her i Norge eller i utlandet. Her har Lysne-utvalget lagt opp til en skarp avgrensning mot slik bruk. Utvalget anbefaler (rapporten s 60-61) at det bør fastsettes ved lov at slik informasjon skal slettes uten videre, selv i de alvorligste straffesaker som drap, seksuelle overgrep og annen alvorlig kriminalitet.

Denne avgrensningen er skarpere enn i eksisterende regelverk. Vi anser dette for å være en helt grunnleggende og selvsagt forutsetning. Det bør ikke på noe vis tillates at informasjonsinnhenting for etterretningsformål benyttes i sivile straffesaker, selv om dette skulle hevdes å være i den gode saks tjeneste. Advokatforeningen tiltrer derfor utvalgets forslag i kapittel 9.4.2 og 9.4.3 om klare og skarpe lovregler som sikrer mot bruk av overskuddsinformasjon i straffesaker og "*formålsutglidning*" for øvrig, dersom det innføres et digitalt grenseforvar.



Jens Johan Hjort  
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith  
generalsekretær