

FORSVARSDEPARTEMENTET
Postboks 8126 DEP
0032 OSLO

**AMNESTY
INTERNATIONAL**



AMNESTY INTERNATIONAL NORWAY
Grensen 3, P.O. Box, 702 Sentrum, N-0106 Oslo
Phone: +47-22402200 Fax: +47 22402250
Email: info@amnesty.no Web: www.amnesty.no

Amnesty International

Høringsuttalelse om Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten

12. februar 2019

1. Sammendrag

Amnesty International er kritisk til forslaget om å gi Etterretningstjenesten adgang til innsamling og lagring av kommunikasjonsdata i bulk. Slik masseovervåking vil være et alvorlig inngrep i retten til privatliv og utgjøre en reell fare for ytringsfriheten og andre menneskerettigheter. Vi mener at det ikke er godt nok sannsynliggjort at et slikt inngrep er effektivt, nødvendig og forholdsmessig, og at det ikke finnes andre, mindre inngripende alternativer.

Amnesty advarer mot at et slikt tiltak kan bidra til at personer lar være å benytte seg av helt lovlig kommunikasjon eller informasjonssøk, fordi de frykter at det kan bli fanget opp og brukt mot dem. Dette vil spesielt ramme personer som føler seg utsatt for mistenkeliggjøring fra før, for eksempel på grunn av sin religiøse eller etniske bakgrunn eller sine politiske holdninger.

Hvis Etterretningstjenesten skulle få adgang til det som i lovforslaget omtales som «tilrettelagt innhenting», støtter Amnesty forslaget om at Etterretningstjenesten bare skal kunne bruke de samlede data hvis det er tillat gjennom en kjennelse av en uavhengig offentlig domstol. For at dette skal kunne fungere som et reelt vern mot menneskerettighetsbrudd, må domstolen tilføres betydelig spesialkompetanse.

Amnesty advarer mot at deling av etterretningsinformasjon med andre lands etterretningstjenester kan bidra til menneskerettighetsbrudd, og at denne faren vil øke betraktelig hvis Etterretningstjenesten får adgang til tilrettelagt innhenting.

Amnesty vil oppfordre Stortinget til å avvise § 5-3 og hele Kapittel 7 i lovforslaget. Dermed vil også Kapittel 8. bli overflødig.

2. Innledning

Amnesty vil bemerke at det er meget positivt at regjeringen har tatt initiativ til en ny lov som regulerer Etterretningstjenestens virksomhet. Vi har merket oss at Etterretningstjenesten selv har etterlyst oppdaterte og tydeligere lovbestemmelser for å sikre at deres aktiviteter er i tråd med menneskerettighetene og lovgiverens ønsker. Det at de hemmelige tjenestene i Norge selv etterstreber størst mulig rettslig og demokratisk forankring av sin virksomhet, isteden for å prøve å skape og benytte seg av smutthull, er betryggende i en tid der et økende antall stater bruker sikkerhetsargumentet som påskudd for å undergrave og begrense menneskerettighetene.

Vi vil også berømme Forsvarsdepartementet for et grundig og godt gjennomarbeidet høringsnotat, der menneskerettslige vurderinger får mye plass. Vi setter særlig pris på at notatet behandler kontroversielle temaområder med stor åpenhet og er tydelig på hvordan departementet stiller seg til dem – selv om vi på noen sentrale punkter er uenige i departementets vurdering i henhold til menneskerettighetene.

Vi vil i det følgende begrense oss til å kommentere den delen av lovforslaget som omhandler Etterretningstjenestens adgang til masseovervåking, eller «tilrettelagt innhenting» som det omtales som i lovforslaget.

3. Innhenting av og søk i rådata i bulk, §5-3 og Kapittel 7. i lovforslaget

Overordnet til forslaget om masseinnsamling og -lagring av kommunikasjonsdata

Retten til privatliv har sentral betydning for individets frihet. Uten at denne retten er ivaretatt, er det vanskelig å føle seg trygg og benytte seg av mange av sine andre rettigheter uten å måtte frykte represalier. Respekt for privatlivets fred sikrer oss rom for å være oss selv, uten at vi må bry oss om hva andre tenker om oss eller hvordan vår identitet eller måten vi lever på kan bli brukt mot oss. Ikke minst står vernet om privatlivet helt sentralt i beskyttelsen av rettighetene til personer som tilhører spesielt sårbare grupper.

Retten til privatliv er ingen ufravikelig rettighet. Staten er allikevel forpliktet til å la være å krenke denne rettigheten med mindre det er helt nødvendig for å ivareta andres menneskerettigheter eller mer generelt samfunnets sikkerhet, og inngrepet står i forhold til alvorligheten av skaden som skal forhindres. Det er også en forutsetning at den samme effekten ikke kan oppnås gjennom andre, mindre inngripende tiltak.

EU-domstolen har i flere kjennelser fastslått at innsamling og lagring av kommunikasjonsdata uten at den som rammes av dette har gitt sitt samtykke i seg selv er et inngrep i retten til privatliv, uavhengig av om disse dataene brukes eller ikke. Det samme har blitt lagt til grunn av norske personverninstitusjoner, blant annet Datatilsynet. Lovforslagets §5-3 og Kapittel 7 vil gi Etterretningstjenesten tillatelse til å drive masseovervåking ved å samle kommunikasjonsdata av nesten alle mennesker i Norge, og lagre metadata av kommunikasjonen til svært mange, uavhengig av om disse personene kan mistenkes for å være innblandet i noen kriminelle handlinger. Vi mener at høringsnotatet ikke klarer å overbevise at den type tiltak er effektiv og helt nødvendig for å avverge alvorlige trusler mot samfunnssikkerhet, noe som vil være en forutsetning for at et så omfattende inngrep kan være forsvarlig.

Vi har også merket oss at bl.a. Nasjonal sikkerhetsmyndighet gjentatte ganger har advart mot den delvis for dårlige tekniske sikkerhetsstandarder og manglende kunnskapsnivå om datasikkerhet hos institusjoner som ivaretar grunnleggende samfunnsfunksjoner. Det virker sannsynlig at det finnes mange andre tiltak som kan iverksettes for å forbedre sikkerhet mot cyberangrep uten å måtte gå til det drastiske skrittet med å bryte seg inn i den private kommunikasjonen til store deler av befolkningen.

Kunstig skille mellom innholdsdata og metadata

Lovforslaget vil gi Etterretningstjenesten adgang til å lagre og bruke metadata i bulk, mens innsamling og bruk av innholdsdata bare skal være tillatt målrettet og basert på konkret mistanke. Vi mener at skillet mellom metadata og innholdsdata ikke har stor betydning i henhold til retten til privatliv. Informasjon om hvem en enkeltperson har kommunisert med til hvilken tid og via hvilke kommunikasjonsmidler, kan avsløre mange intime detaljer om denne personens liv, ikke minst når forskjellige sett med metadata kombineres. Den raske teknologiske utviklingen, blant annet knyttet til kunstig intelligens, vil gjøre det stadig enklere å trekke konklusjoner om kommunikasjonens innhold gjennom analyse av metadata.

Ytringsfrihet

Det å gi myndighetene adgang til å fange opp og lagre kommunikasjonsdata i bulk vil også undergrave andre rettigheter, særlig ytringsfrihet. Høringsnotatet nærmest avfeier faren for en såkalt nedkjølingseffekt, altså at mennesker lar være å kommunisere eller søke informasjon fordi de vet at de kan bli overvåket. Denne effekten er imidlertid godt dokumentert, og har også blitt lagt til grunn av både Den europeiske menneskerettighetsdomstol, EU-domstolen og Norges Høyesterett (se den såkalte Rolfsen-saken, Rt. 2015 s. 1286). I sin utredning om Digitalt grenseforsvar legger heller ikke Lysne II-utvalget skjul på at nedkjølingseffekten er meget reell og menneskerettslig problematisk.

Faren for at mennesker lar være å kommunisere fordi de frykter at deres kommunikasjon kan bli fanget opp og brukt mot dem, vil være spesielt stor for personer som fra før føler seg mistenkeliggjort på grunn av sin religion eller etniske bakgrunn. Dette kan ikke bare hindre dem i å bruke sin rett til ytrings- og informasjonsfrihet men også forverre deres marginalisering i samfunnet.

4. Flere merknader til Kapittel 7 om særregler for tilrettelagt innhenting

NB! Vi mener i utgangspunktet at Kapittel 7. bør avvises i sin helhet. De følgende merknadene er bare relevante dersom Kapittel 7. beholdes.

§ 7-2 Tilretteleggingsplikt

Det er et veletablert internasjonalt prinsipp at private næringslivsaktører har et ansvar for, som et minimum, å la være å bevisst utføre aktiviteter som bidrar til menneskerettighetsbrudd. Det er en økende utfordring for selskaper som leverer kommunikasjonstjenester verden rundt at de kan bli pålagt å være delaktig i statlig overvåking og sensur i strid med menneskerettighetene. I tillegg er moderne kommunikasjon i stor grad avhengig av tillit mellom tjenesteleverandørene og deres kunder. Å pålegge selskaper å utlevere privat informasjon om kundene sine, vil nødvendigvis undergrave denne tilliten og gå ut over kommunikasjonsfriheten.

Når tilbydere av internettbaserte kommunikasjons- eller meldingstjenester skal bli lovpålagt å gi myndighetene adgang til sine kunders private kommunikasjonsdata og til og med legge teknisk til rette for det, bør dette begrenses til det som er absolutt nødvendig. Loven må være så tydelig som mulig i beskrivelsen av hva selskapene er forpliktet til å bidra med.

I tillegg må et selskap som blir pålagt å samarbeide med Etterretningstjenesten om datainnhenting ha adgang til å klage mot dette, hvis de mener at kravene går for langt i henhold til loven eller er i strid med menneskerettighetene. For å løse problemet med behovet om hemmelighold rundt Etterretningstjenestens henvendelser om datainnhenting, kan man vurdere å legge behandlingen av slike klager til den samme offentlige domstolen som skal utøve kontrollen av tilrettelagt innhenting jfr. lovforslagets kapittel 8.

Paragrafens skjønsmessige og generelle utforming er problematisk, selv om det er begrunnet i hensynet til teknologisk utvikling. Særlig ordlyden i annet ledd som relaterer seg til tilretteleggingsplikten innebærer at «tilbyderne *på egnet måte* skal speile og tilgjengeliggjøre kommunikasjonsstrømmene for Etterretningstjenesten. Videre skal tilbyderne *på annen måte* tilrettelegge for utvalg, filtrering etc. [...]». Hvilke tiltak som pålegges tilbyderne innenfor disse vide rammene som bestemmelsens ordlyd gir synes uklart. I høringsnotatet fremheves det at bestemmelsens skjønsmessige utforming har vært å sikre at tilbyder oppgraderer de tekniske løsningene når dette er nødvendig for å speile kommunikasjonen på egnet måte. Vi vil likevel trekke frem at klare rammer er viktig på et område som fører til store inngrep i en borgers ytringsfrihet.

Vi er kritiske til at tjenesteleverandørene skal pålegges å bistå Etterretningstjenesten med å omgå kryptering. Elektronisk kommunikasjon er svært sårbar for inngrep, og for å ivareta personvern og informasjonssikkerhet er det nødvendig at brukerne har adgang til kryptering de kan stole på. Tilretteleggingsplikten bør i hvert fall ikke inneholde krav om støtte til krypto-omgåelse utover det som står i lovforslaget, som f.eks. brukergenerert kryptering. Vi finner det positivt at departementet ikke foreslår en plikt til å bidra til annen omgåelse av kryptering, og at forslaget ikke går lenger enn Lysne II-utvalgets anbefaling.

§ 7-7 Metadatalagring

Vi støtter forslaget om at en liste over hvilke typer metadata som lagres opprettes og vedlikeholdes og gjøres tilgjengelig for EOS-utvalget, jf. forslagets annet ledd, tredje punktum.

Vi etterlyser imidlertid tydeligere rammer for måten lagringen av metadata skal foretas og hvordan det skal sikres på best mulig måte mot at uvedkommende kan skaffe seg adgang til det.

§ 7-12 Forbud mot utlevering av overskuddsinformasjon

Ulike former for bruk og deling av informasjon og overskuddsmateriale innebærer potensielt en rekke inngrep i rettighetsvernet. Vi støtter departementets syn at det bør gjelde et strengt forbud mot deling av overskuddsmateriale fra tilrettelagt innhenting. Det vil av personvern hensyn være viktig at slikt overskuddsmateriale ikke er gjenstand for hverken deling eller bruk. Dersom man ønsker å gjøre unntak fra forbudet mot deling så må dette være unntak som er nøye spesifisert. Unntakene må være formulert slik at de er uttømmende. Skjønsmessige begrensninger kan, som nevnt i høringsnotatet, være vanskelig å praktisere og kontrollere. Vi har forståelse for at det kan være nødvendig å gjøre unntak på bakgrunn av våre folkerettslige forpliktelser, herunder plikten til å treffe tiltak dersom privatlivets fred og andre menneskerettigheter trues.

I lovforslagets § 7-12 andre ledd første setning heter det at «Forbudet etter første ledd gjelder ikke overskuddsinformasjon om en straffbar handling som omfattes av straffeloven kapittel 17 eller 18 og som kan avverges.» Det forstås slik at dette er kumulative vilkår. Hvorvidt noe *kan avverges* formodes å bero på en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Her kan det være behov for nærmere presisering av hvordan en slik vurdering skal gjennomføres. Det er uklart hvordan dette i praksis vil vurderes og håndteres.

§ 7-13 Bevisforbud

Vi støtter i utgangspunktet bevisforbudet i lovforslagets § 7-13, men etterspør mer informasjon om hvordan et eventuelt bevisforbud skal håndteres i saker der overskuddsmateriale er delt for å avverge en eventuell straffbar handling etter Straffelovens kapittel 17 og 18, som nevnt over.

5. Domstolskontroll, Kapittel 8. i lovforslaget

Norge er et foregangsland i henhold til prinsippet at politiets og sikkerhetstjenesters bruk av tvangsmidler er underlagt forhåndsgodkjenning og kontroll gjennom uavhengige, offentlige domstoler. Forslaget til lov om Etterretningstjenesten følger dette prinsippet og legger opp til at tilgang til lagret metadata og innhenting og håndtering av innholdsdata må bli godkjent av en offentlig domstol.

Vi støtter forslaget om at domstolkontrollen legges til de ordinære domstoler, og at oppgaven legges til en fast domstol slik at det opparbeides en særskilt kunnskap og innsikt i etterretningsarbeidet i den aktuelle domstolen.

For at domstolen skal være i stand til å ta beslutninger som beskrevet i lovforslagets kapittel 8, må man sikre at dommerne som jobber med den type saker også har tilstrekkelig spesialkompetanse. Dette er spesielt viktig siden mange av avgjørelsene ikke vil være basert på konkrete mistanker og bevis, men på uklart definerte mulige trusler, med Etterretningstjenesten som eneste informasjonskilde. Hvis dommerne ikke ha den nødvendige kompetansen, vil de være helt avhengige av Etterretningstjenestens fremstilling av saken, og det kan bli svært vanskelig å foreta avveiningen om inngrepet virkelig er strengt nødvendig og forsvarlig i henhold til menneskerettighetene.

I de fleste tilfellene der det gripes inn i enkeltpersoners rettigheter gjennom overvåkingstiltak, vil de som blir utsatt for dette aldri få vite det, selv om de kan oppleve negative konsekvenser som resultat av overvåkingen. Da er det ekstra viktig at domstolens vurderinger blir grundige og kompetente, og at det defineres en høy terskel for når slike inngrep skal tillates.

Utfordringen at det kreves høy kompetanse for å kunne reelt vurdere om Etterretningstjenestens overvåking av kommunikasjon er innenfor det som bør tillates, gjelder også EOS-utvalgets etterkontroll. Vi vil sterkt oppfordre til en betydelig satsing på å tilføye EOS-utvalget mer kompetanse og flere ressurser på dette området.

§ 8-1 Vilkår for tillatelse av søk

Lysne II-utvalget vurderer at det bør gjelde grunnleggende vilkår for å tillate søk og at loven bør fastslå at domstolen ikke kan tillate søk når det vil fremstå som uforholdsmessig. I lovforslaget pålegges ikke domstolen å sette spesifikke vilkår for tillatelse. Loverslagets § 8-1 første ledd lyder

«Retten kan oppstille vilkår i kjennelsen. ...»

Vi foreslår å endre ordlyden i bestemmelsen til

«Retten skal oppstille vilkår i kjennelsen.»

Domstolen bør pålegges et selvstendig ansvar for å stille vilkår til etterforskningen, basert på den informasjonen som fremkommer i begjæringen. Dette for å tydeliggjøre kjennelsens omfang, varighet og avgrensning.

Vi mener at det vil være tilstrekkelig at retningsgivende regler for de vilkårene som domstolen skal stille fastsettes i forskrift. Det foreslås at Departementet i et siste ledd i § 8-1 pålegges å gjennom forskrift fastsette slike regler.

Vi støtter også kravet om at kjennelsen skal begrunnes, men foreslår et tillegg med krav om at det skal fremkomme av begrunnelsen hvorvidt lovens vilkår (jf. henvisningen i § 8-4) er oppfylt.

§ 8-3 Rettsmøte

Vi støtter forslaget om at det ved behov åpnes for muntlige forhandlinger, og mener at dette vil styrke rettssikkerheten i saker der et særskilt informasjonsgrunnlag er nødvendig for å avgjøre om vilkårene for inngrep er oppfylt.

§ 8-4 Hva retten skal prøve

Denne bestemmelsen vil sikre en grundig rettslig prøving. En klar angivelse i loven av hva retten skal prøve må anses å være en avgjørende rettssikkerhetsmessig garanti.

§ 8-5 Særskilt advokat

Vi tar til orde for at det bør oppnevnes en særskilt advokat, fordi denne ordningen bidrar til å bedre rettssikkerheten til de berørte. Vi stiller oss også bak ankeadgangen i lovforslagets § 8-9, fordi det bidrar til å øke rettssikkerheten.

Vi mener at det i hver enkelt sak bør oppnevnes en advokat for særskilt ivaretagelse av rettighetene til den eller de som inngrepet retter seg mot, og eventuelle tredjepersoner. Oppnevningen av en særskilt advokat bidrar i en viss grad til at kontradiksjonsprinsippet ivaretas, og det skaper et topartsforhold hvor den berørte partens interesser blir ivarettatt i større grad. Det vises i den forbindelse til bl.a. Advokatforeningens uttalelse (kapittel 4.) til Lysne II-utvalgets utredning. Advokatforeningen foreslår eventuelt oppnevning av et personvernombud, noe som også vil ivareta behovet for særskilt ivaretagelse av personvernet.

§ 8-6 Varighet

Vi støtter forslaget om at retten skal avgjøre varighet for tillatelsen slik at varighet begrenses til det strengt nødvendige. Vi støtter også forslaget om å lovfeste at Etterretningstjenesten skal avslutte søk av eget tiltak dersom vilkårene etter loven ikke lenger er oppfylt. Denne presiseringen vil tydeliggjøre etterretningstjenestens til enhver tid selvstendige ansvar for å vurdere om vilkårene for lovlig inngrep er oppfylt. En forutgående rettslig kjennelse skal ikke kunne legitimere inngrep der forutsetningene for kjennelsen er endret.

§ 8-9 Anke

Adgang til å anke utgjør en viktig rettssikkerhetsgaranti, noe som også legges til grunn i høringsnotatet.

6. Deling av etterretningsinformasjon med andre lands etterretningstjenester, Kapittel 10. i lovforslaget

I den norske diskusjonen om overvåking og andre skjulte tvangsmidler er det altfor lite fokus på Norske hemmelige tjenesters tette samarbeid med sine kolleger i andre land. Samtidig vet vi at noen av Norges viktigste allierte, med USA og Storbritannia i spissen, driver systematisk påvirkningsarbeid overfor andre land for å få dem til å svekke vernet mot overvåking.

I rapporten til Lysne II-utvalget kommer det tydelig fram at forslaget om å gi Etterretningstjenesten tilgang til samling og lagring av kommunikasjonsdata i bulk blant annet er motivert av tjenestens ønske om å ha noe å tilby sine kolleger i andre land. Det utdypes at norsk etterretning er avhengig av å få etterretningsinformasjon fra andre land, særlig land med adskillig større etterretningsressurser enn det Norge har, og at man, for å få den type informasjon, må ha noe å bytte den mot.

I lovforslagets § 10-6 henvises det uttrykkelig til §1-3 i samme forslag som forbyr Etterretningstjenesten å «gjennomføre eller medvirke til virksomhet som innebærer en reell risiko for at ufravelige og andre grunnleggende menneskerettigheter krenkes». Dette er en viktig begrensning, selv om man med fordel kunne ha unnlatt begrensningen til «grunnleggende» menneskerettigheter, siden alle menneskerettigheter i sin natur er grunnleggende.

I realiteten vil Norge imidlertid ha ingen effektiv mulighet for å kontrollere, eller til og med blande seg inn i, hvordan andre land bruker informasjonen man deler med dem. Amerikanske etterretningstjenester har gang på gang vært innblandet i alvorlige brudd på menneskerettighetene og IHR – ikke bare brudd på retten til privatliv, men utenomrettslige henrettelser, vilkårlige drap på sivile, tortur, bortføringer, ulovlige fengslinger, osv. Mange av fangene på Guantánamo havnet der basert på

uverifisert etterretningsinformasjon, og mange sivile i Pakistan og Jemen ble drept av droner av den samme grunn. I Storbritannia og andre land Norge er alliert med får sikkerhetstjenestene stadig større handlingsrom for å gripe inn i enkeltpersoners frihet (gjennom langvarig arrest uten siktelse og andre tiltak), igjen basert på etterretningsinformasjon som er unntatt meningsfull rettsstatlig kontroll. Britiske myndigheter har til og med vurdert å trekke seg fra Den europeiske menneskerettighetskonvensjon for å kvitte seg med ubeleilige menneskerettslige begrensninger for sikkerhetstjenestenes virksomhet.

Norske myndigheter har heller ikke reell kontroll over hvem deres partnere i andre land gir informasjonen fra Norge videre til. Norges nærmeste allierte har delvis et tett sikkerhetssamarbeid (som også vil innebære informasjonsutveksling) med svært undertrykkende regimer. Hvordan skal man forsikre seg at informasjon om kommunikasjonen egyptiske eller saudi-arabiske flyktninger i Norge har med sine familier i hjemlandet, og som deles med amerikansk etterretning, ikke havner hos myndighetene i deres opphavsland?

På grunn av hemmelighold er det umulig å vite i hvilken grad norsk etterretningsinformasjon allerede har bidratt til alliertes folkerettsbrudd. Men det er grunn til å frykte at Norges indirekte delaktighet i slike overgrep vil øke betraktelig hvis Etterretningstjenesten gis adgang til masseovervåking av kommunikasjonen mellom Norge og utlandet.

John Peder Egenæs
Generalsekretær

Gerald Kador Folkvord
Politisk rådgiver