

Høringssvar fra Dommerforeningens menneskerettighetsutvalg vedrørende forslag til endringer i etterretningstjenesteloven

Innledning

Bakgrunnen for at det nå sendes forslag til endringer i loven skyldes at departementet har analysert konsekvensene av tre avgjørelser fra internasjonale domstoler med betydning for Norge (EU-domstolens dom La Quadrature du Net/Privacy International fra 2020 og EMDs storkammerdommer Centrum för Rättvisa mot Sverige og Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia).

Endringene knytter seg hovedsakelig til kildevern og til ytterligere overføring av beslutningsmyndighet til domstolene, som i denne sammenheng er Oslo tingrett som førsteinstans.

Styrking av kildevernet

Utgangspunktet er at E-tjenesten ikke skal *behandle* informasjon som er kildesensitivt dersom enten den som betror seg eller den som er betrodd har nærmere bestemt tilknytning til Norge, jf. etterretningstjenesteloven § 9-6 første ledd. Det kan gjøres unntak dersom det er «strengt nødvendig» at de hensyn som begrunner kildevernet viker for nasjonale sikkerhetshensyn, jf. andre ledd – en formulering som er hentet fra EMDs praksis. Myndigheten til å beslutte at det skal gjøres unntak er foreslått flyttet fra Forsvarsdepartementet til domstolene.

Bestemmelsen i § 9-6 gjelder ikke *innhenting*, kun behandling, men det er i forarbeidene lagt til grunn at domstolene skal foreta en vurdering av kildesensitivitet også ved tilrettelagt innhenting, som et ledd i forholdsmessighetsvurderingen etter § 5-4, jf. Prop. 80 L (2019-2020) pkt. 11.9.3.3. Departementet foreslår likevel å tydeliggjøre og styrke kildevernet ved å lovfeste EMDs grunnvilkår i § 5-2, samt innføre et krav om at det må innhentes samtykke fra retten.

Den nye tilføyselsen i § 5-2 er grunnvilkår som gjelder all målrettet innhenting, ikke kun målrettet innhenting som ledd i innhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon. Dette innebærer, slik vi forstår det, at domstolen må godkjenne innhenting av denne type informasjon fra alle kilder.

Den høye terskelen som EMD har lagt til grunn for innhenting og bruk av kildesensitiv informasjon er begrunnet både i hensynet til å beskytte kildene i de konkrete sakene, og i den nedkjølende virkningen («chilling effect») dette kan ha på den generelle muligheten til å skaffe kilder.

Norsk rett stiller strenge krav til beskyttelse av journalisters kilder, som i hvert fall ikke er mindre strenge enn de krav som følger av EMDs rettspraksis, jf. Rt-2015-1286 (Rolfsen).

Høyesterett uttaler her at interesseavveiningen som må foretas etter straffeprosessloven § 125 må følge de retningslinjer som følger at EMDs praksis, dvs. at kildevernet bare kan vike hvis det foreligger «an overriding requirement in the public interest». Det heter også at hvis opplysninger som kilden har gitt er av samfunnsmessig betydning, er kildevernet «langt på vei [...] absolutt», jf. avsnitt 67. Dersom det er tvil, skal denne tvilen falle ut til fordel for kildevernet, jf. avsnitt 72. Saken gjaldt forbrytelser mot terrorlovgivningen, og den er derfor relevant opp mot bestemmelsene i §§ 9-6 og 5-4.

Generelt sett vil menneskerettighetsutvalget uttrykke støtte til forslaget om å styrke kildevernet i loven.

I høringsnotatet er det foreslått at det i § 5-2 innføres samme terskel som i § 9-6 andre ledd for innhenting av informasjon dersom det foreligger «stor sannsynlighet» for at innhenting vil frembringe kilde sensitivt materiale. Terskelen er hentet fra EMDs formulering i Big Brother-saken, jf. avsnitt 448. EMD omtaler imidlertid i nevnte avsnitt også tilfeller der *intensjonen* er å få tilgang til konfidensielt journalistisk materiale. Slik vi ser det, bør dette tas uttrykkelig inn i lovteksten – se i denne sammenheng også referatet fra analysegruppen i høringsnotatet side 6 andre strekpunkt. Etter hva vi forstår, er departementets tanke å løse dette gjennom uttalelsen i høringsnotatet om at det da, med unntak for omgåelsestilfeller, alltid vil foreligge stor sannsynlighet, jf. høringsnotatet side 9. Man vil imidlertid legge seg nærmere opp til EMDs formulering dersom målrettet innhenting rettet mot journalister uttrykkelig tas inn som et eget alternativ i tillegg til sannsynlighetsalternativet, slik at det i disse tilfellene ikke er nødvendig å foreta noen sannsynlighetsvurdering eller å gå til forarbeidene for å finne løsningen. Når det gjelder de omtalte omgåelsestilfellene, må det avgjørende uansett være om vedkommende reelt sett er journalist.

I tillegg er det grunn til å vurdere om det bør være tilstrekkelig at det er «sannsynlig» (dvs. simpel sannsynlighetsovervekt) at innhenting vil frembringe kilde sensitivt materiale, både ut fra de hensyn som begrunner kildevernet, og fordi det er et mer presist begrep enn «stor» sannsynlighet. Det vil være E-tjenesten som i første omgang vurderer om det er behov for å innhente domstolens samtykke, og med begrepet «stor sannsynlighet» risikerer en at E-tjenesten praktiserer en høyere terskel for foreleggelse for domstolen enn det som er hensikten med bestemmelsen og som følger av EMDs praksis.

Det er ikke foreslått lignende endringer i § 5-1 om målsøking. Hensynet til kildevernet og en nedkjølende effekt vil derfor her måtte være en del av forholdsmessighetsvurderingen etter § 5-4. Det vil være en fordel om forarbeidene konkretiserer den vurderingen som må foretas i disse tilfellene, da det utenom tilrettelagt innhenting vil være vurderinger som E-tjenesten foretar selvstendig, kun med etterkontroll av EOS-utvalget. Dersom denne kontrollen ikke lar seg gjennomføre på en god måte, utgjør dette en svakhet i kontrollen av E-tjenesten.

Beslutning om tilrettelegging

Etter forslaget til endringer i § 7-3 skal tilrettelegging som går ut over testing og analyse, besluttet av tingretten. Det retten skal prøve er angitt i tre punkter, a til c, der b bare vil komme til anvendelse ved kommunikasjonsstrømmer fra såkalte OTT-tjenester (Over the Top-tjenester, typisk sosiale medier).

I høringsnotatet fremgår det at begrunnelsen bak bestemmelsen i bokstav c er de rettslige kriteriene som ble fastsatt i EU-domstolens avgjørelser fra oktober 2020, de såkalte *La Quadrature du Net*-kriteriene. For det første kreves det at det er tilstrekkelig konkrete omstendigheter («sufficiently solid grounds») som gjør det mulig å anta at det er en alvorlig trussel mot den nasjonale sikkerhet. For det andre må trusselen anses reell og aktuell eller mulig å forutse. Slik vi ser det, kan det spørres om den foreslåtte formuleringen i bokstav c i tilstrekkelig grad er dekkende for den første delen av kriteriet. Videre vil vi peke på at høringsnotatet synes å legge til grunn at den årlige graderte trusselvurderingen kan danne grunnlaget for vurderingen. Menneskerettighetsutvalget vil uttrykke skepsis mot at den årlige trusselvurderingen alene vil være tilstrekkelig for å oppfylle de såkalte *La Quadrature du Net*-kriteriene. Beviskravene synes å være strengere enn det departementet legger opp til, og vi vil foreslå at de såkalte *La Quadrature du Net*-kriteriene – den første delen av disse – uttrykkes tydeligere i lovteksten.

Vi er også skeptiske til at *La Quadrature du Net*-kriteriene gjøres til en del av forholdsmessighetsvurderingen. Det er i stedet naturlig at disse kriteriene utgjør inngangsvilkår, hvoretter det dersom disse vilkårene er oppfylt, skal foretas en nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering etter §§ 5-3 og 5-4.

Videre vil vi peke på at etter forslaget til § 7-3 første ledd skal sjefen for E-tjenesten ha myndighet til å beslutte testing og analyse med «sikte på å avklare om det foreligger grunnlag for å fremme begjæring om rettens beslutning etter annet ledd.» Klage fra tilbyderer skal gå til departementet. Slik vi ser det, vil det gi en bedre og mer helhetlig løsning rettssikkerhetsmessig sett om tilbyderer kan bringe slike beslutninger inn for retten.

Vi nevner også at forslaget til § 7-2 tredje ledd synes å ha fått en uheldig lovteknisk utforming. Vi peker her på at forslaget til bestemmelse gir uttrykk for to forholdsmessighetsvurderinger, både i bokstav b og bokstav c, der sammenhengen mellom dem framstår som noe uklar. Bokstav b gjelder kun for OTT-tjenester, og kunne derfor vært plassert til slutt eller for seg. Slik vi forstår bestemmelsen i bokstav b, er meningen å gi uttrykk for at (også) *valget av den aktuelle tjenesten* må være nødvendig og forholdsmessig etter §§ 5-3 og 5-4. Disse bestemmelsene er imidlertid generelle, og slik § 7-3 foreslås formulert og satt opp, med et eget punkt kun for OTT-tjenester der det vises til §§ 5-3 og 5-4, kan ordlyden misforstås til at vurderingene etter §§ 5-3 og 5-4 kun skal foretas for OTT-tjenester. Eller sagt på en annen måte: Det framstår som uklart om bokstav c er ment å gi uttrykk for en uttømmende beskrivelse av nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen etter §§ 5-3 og 5-4 på området for § 7-3, utenfor OTT-tilfellene. Se her våre kritiske bemerkninger ovenfor om forslaget om å gjøre kriteriene i bokstav c til en del av en forholdsmessighetsvurdering.

Når det gjelder speiling av annen type kommunikasjon enn OTT-tjenester, heter det i høringsnotatet at det kan «ikke oppstilles for store forventninger knyttet til hvilken rettssikkerhetsgaranti forhåndsautorisasjon vil utgjøre i praksis», jf. høringsnotatet side 17. Det er grunn til bekymring dersom det allerede før bestemmelsen trer i kraft stilles spørsmål ved realiteten i rettssikkerheten som vil bli oppnådd gjennom forslaget. Slik menneskerettighetsutvalget ser det, må det forutsettes at domstolskontrollen er reell, og at det ikke er gitt at begjæringer tas til følge selv om vurderingene kan være krevende.

EOS-utvalgets etterfølgende kontroll

EOS-utvalget kan i medhold av § 7-12 fremme begjæring for Oslo tingrett med krav om at ulovlig tilrettelagt innhenting etter kapittel 7 opphører. Dette omfatter også tilfeller der E-tjenesten eventuelt ikke følger rettens beslutning etter forslag til ny § 7-3 andre ledd.

Bestemmelsen er sentral for rettssikkerheten, fordi dette innebærer en raskere reaksjon enn en eventuell kritikk i Stortinget i etterkant. Ut fra de rettssikkerhetsmessige hensynene som ligger bak innføringen av krav om rettens kjennelse etter forslaget § 5-2 andre ledd og § 9-6, ville det vært naturlig at bestemmelsen også omfatter brudd på disse bestemmelsene, dvs. brudd på bestemmelsene om kildevern.

Advokaters tilgang til rettspraksis

Hjemmelen i § 8-7 tredje ledd bør endres slik at den også omfatter advokaters tilgang til rettspraksis. Dette er ikke omfattet i høringsnotatet, men det antas at det er en ren inkurie som har gjort at de aktuelle advokatene opprinnelig ikke ble gitt samme tilgang som dommerne. Advokaters og dommeres tilgang til rettspraksis er en sentral rettssikkerhetsgaranti og er den eneste måten å bygge en enhetlig og konsistent rettspraksis på. Det bør vurderes om det kan rettes opp i dette i denne omgangen uten en høringsrunde.

Økonomiske og administrative konsekvenser

Det er viktig av hensyn til den rettssikkerheten som ønskes oppnådd ved å overlate flere avgjørelser til domstolene, at dommere og advokater som behandler denne type saker besitter tilstrekkelig kompetanse, både etterretningsfaglig, forståelse av trusselbildene, og også en viss teknisk kunnskap. Det vil også kreve ressurser å behandle disse sakene. Det synes derfor noe enkelt når det heter at dette kan skje innen gjeldende budsjettammer.

Dommerforeningens menneskerettighetsutvalg

v/Thom Arne Hellerslia (leder)