



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Etterretningstjenestens adgang til å foreta tilrettelagt innhenting

Reglene om tilrettelagt innhenting etter forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, i lys av EMK artikkel 8

Maria Christiane Næss Skog

Liten masteroppgave i master i rettsvitenskap vår 2019



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Aktualitet	3
1.3	Fremgangsmåte og avgrensninger	4
1.4	Metodiske spørsmål.....	5
2	Lovforslaget	8
2.1	Etterretningstjenestens virksomhet.....	8
2.2	Tilrettelagt innhenting	9
2.3	Materielle krav.....	12
2.4	Kontrollmekanismer	13
2.5	Oppsummering	14
3	Rettslige skranker for tilrettelagt innhenting.....	15
3.1	Innledning.....	15
3.2	Grunnloven § 102	15
3.3	EMK artikkel 8	16
3.4	Forholdet mellom Grunnloven og EMK	16
3.5	Oppsummering og videre disposisjon	17
4	Inngrep	17
4.1	Inngrepsbegrepet i EMK artikkel 8	17
4.2	Vurdering.....	18
5	Legitimt formål	22
5.1	Hva regnes som legitime formål?.....	22
5.2	Vurdering.....	22
6	Lovkrav	24
6.1	Innledning.....	24
6.2	Lovkravets innhold.....	24

6.3	Vurdering.....	27
6.3.1	Omstendighetene for tilrettelagt innhenting.....	30
6.3.2	Kategorien av mennesker som blir omfattet	34
6.3.3	Grunnvilkåret "grunn til å undersøke"	37
6.4	Oppsummering	41
7	Nødvendighetskravet.....	42
7.1	Innledning.....	42
7.2	Nødvendighetskravets innhold	42
7.3	Vurdering.....	44
7.3.1	Er tilrettelagt innhenting egnet og nødvendig i et demokratisk samfunn?.....	44
7.3.2	Prosedyren for å undersøke, bruke og lagre data	46
7.4	Oppsummering	51
8	Er tilrettelagt innhenting i tråd med EMK artikkel 8?	52
8.1	Konklusjon.....	52
	Kildeliste	55
	Lovregister	55
	Lovforarbeider og andre offentlige dokumenter	57
	Domsregister	59
	Litteraturliste	61

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er hvorvidt Etterretningstjenestens foreslåtte adgang til å benytte overvåkningsmetoden "tilrettelagt innhenting", er i tråd med de menneskerettslige kravene etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 8.

Moderne demokratiske samfunn blir i økende grad konfrontert med to interesser som er vanskelig å forene: beskyttelse mot et økende antall trusler, og retten til privatliv. Et åpent og årvåkent demokrati kan likevel bare delvis oppfylle begge interessene.¹

Vanskeligheten med å forene de to interessene kan illustreres med Edward Snowden avsløringene i 2013, der det kom frem at flere nasjonale myndigheter drev med masseovervåkning av borgerne. Avsløringene førte til en global åpenbaring av myndigheters teknologiske kapasitet, og skapte stor debatt. Avsløringene har ikke forandret det faktum at flere stater tillater at deres nasjonale etterretningstjenester overvåker kommunikasjonsdata i stort omfang.² I januar 2018 rapporterte NRK at den norske Etterretningstjenesten har samlet inn persondata fra telefonsamtaler og sosiale medier fra norske borgere siden 2014.³

Den økte bruken av teknologi som en del av Etterretningstjenestens metode er imidlertid omdiskutert. Særlig fra et menneskerettslig perspektiv frykter mange at økt bruk av informasjonsteknologi kan åpne for alvorlige inngrep i privatlivet.

Forsvarsdepartementet sendte ut forslag til ny lov om Etterretningstjenesten den 12. november 2018.⁴ I lovforslaget foreslås det å gi Etterretningstjenesten adgang til "tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende kommunikasjon" (heretter tilrettelagt innhenting). Tilrettelagt innhenting representerer en ny overvåkningsmetode, som tar sikte på å oppdage, varsle om og håndtere utenlandske trusler som terror, spionasje og digitale angrep.⁵ Tilrettelagt innhenting er et teknisk middel som på ulike måter gir Etterretningstjenesten adgang til å overvåke elektronisk kommunikasjon som passerer landegrensen. Lovforslagets

¹ Wetzling og Vieth (2018) s. 6.

² Eksempler på land som har lovgivning som tillater skjult overvåkning utført av etterretningstjenesten: Sverige, Sveits, Nederland, USA og Storbritannia.

³ Skille mfl. (2018).

⁴ Høringsnotat 12. november 2018: Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten. (Heretter Høringsnotat).

⁵ Høringsnotat punkt 11.2.1 s. 185.

og metodens innhold redegjøres for i avhandlingens kapittel 2.2. Innledningsvis kan det vises til at tilrettelagt innhenting gir Etterretningstjenesten mulighet til å samle inn, lagre og utføre søk i kommunikasjonsdata for å ivareta Etterretningstjenestens oppgaver. Tilrettelagt innhenting vil skje i det skjulte, både ovenfor enkeltindivider som berøres, og offentligheten som sådan.⁶ Metoden regnes derfor som en *skjult overvåkningsmetode*.

Høringsnotatet og lovforslaget har medført store diskusjoner i det norske samfunnet. Flere hevder at forslaget ikke oppfyller de menneskerettslige kravene som EMK oppstiller, og at lovforslaget i realiteten innebærer en masseovervåkning av norske borgere.⁷ Lovens metoder er også kritisert, da de er vagt formulert og åpner for omfattende overvåkning. Videre er det stor usikkerhet knyttet til hvem som faktisk berøres og hva slags opplysninger som vil bli innhentet.⁸

Det rettslige utgangspunktet er at enhver har rett til respekt for sitt privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse, jf. EMK artikkel 8 nr. 1. Kjernen i de beskyttede rettighetene er at man har rett til en privat "sfære", hvor man kan motsette seg at andre private eller offentlige myndigheter griper inn uten samtykke.⁹ Dersom lovforslaget om tilrettelagt innhenting blir vedtatt i sin nåværende form, vil Etterretningstjenesten ha hjemmel til å samle inn og lagre nærmest all elektronisk kommunikasjon fra norske borgere. Dette fordi kommunikasjon mellom norske borgere også vil være grenseoverskridende, da internettserverne stort sett befinner seg i utlandet.

For at Etterretningstjenestens inngrep skal være i tråd med EMK artikkel 8, må vilkårene etter EMK artikkel 8 nr. 2 være oppfylt. Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) viser at det stilles strenge krav til klarhet og forutberegnelighet til lovgivning som åpner for skjulte inngrep i retten til privatliv. Skjulte inngrep kjennetegnes ved at det gjøres inngrep ovenfor enkeltindivid, uten at vedkommende er, eller gjøres kjent med inngrepet.¹⁰

For å ivareta borgerens rettsikkerhet ved skjulte inngrep, har domstolen utviklet en rekke sikkerhetsmekanismer som loven må oppfylle for å være i tråd med konvensjonen.¹¹

⁶ Høringsnotat punkt 11.11.4.4 s. 242.

⁷ Kolsrud (2019) og NTB/TV 2 (2019).

⁸ Høringssvar fra Riksadvokaten (12.01.19) og Høringssvar fra Datatilsynet (06.03.19).

⁹ Aall (2018) s. 215.

¹⁰ Dokument 16 (2015-2016) s. 213.

¹¹ EMDs dom 29. juni 2006 *Weber og Saravia mot Tyskland* avsnitt 95.

Sikkerhetsmekanismene utgjør en del av den overordnede vurderingsnormen etter EMK artikkel 8.

På bakgrunn av det overstående, er avhandlingens problemstilling som følgende: *Er reglene om tilrettelagt innhenting etter forslag til ny lov om Etterretningstjenesten i tråd EMK artikkel 8?*

1.2 Aktualitet

Norge har blitt ett av de mest digitaliserte landene i verden, og internett er blitt en hovedform for kommunikasjon.¹² En undersøkelse fra statistisk sentralbyrå viser at 90% av nordmenn benytter internett daglig, og at to av tre bruker sosiale medier hver dag.¹³

I takt med den teknologiske utviklingen, og særlig endringene innen kommunikasjon og informasjonsflyt, har det oppstått et behov for en *moderne* Etterretningstjeneste med adgang til å innhente informasjon der den befinner seg – også i det digitale rom.¹⁴

I 2016 overleverte Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, -overvåknings- og sikkerhetstjenestene (heretter EOS-utvalget) en særskilt melding til Stortinget vedrørende Etterretningstjenestens rettsgrunnlag for overvåkningsvirksomhet.¹⁵ Utvalget påpekte at Etterretningstjenestens søk i lagrede metadata knyttet til norske rettssubjekter var problematisk på bakgrunn av manglende lovhjemmel. EOS-utvalget konkluderte med at "*E-tjenestens søk etter selektorer tilhørende norske rettssubjekter for utenlandsetterretningsformål står i en slik rettslig uavklart stilling at Stortinget med dette orienteres*".¹⁶ Dagens Etterretningstjenestelov har ikke lovfestet hvilke overvåkningsmetoder Etterretningstjenesten kan benytte.

Etterretningstjenesteloven ble vedtatt i 1998.¹⁷ Etter at loven ble vedtatt, har samfunnet gjennomgått betydelige endringer. På bakgrunn av utvikling i trusselbildet og styrking av

¹² Norsk sikkerhetsmyndighet (2015).

¹³ Statistisk Sentralbyrå (2017).

¹⁴ Høringsnotat punkt 11.6.1 s. 193

¹⁵ EOS-utvalget 17.06.2016 (Dokument 7:2): Særskilt melding til Stortinget om rettsgrunnlaget for Etterretningstjenestens overvåkningsvirksomhet.

¹⁶ Dokument 7:2 punkt 5.3.3. side 21.

¹⁷ Lov 20.mars 1998 nr. 11 om Etterretningstjenesten.

menneskerettighetenes stilling i norsk rett, mener Forsvarsdepartementet at tiden er moden for en revisjon av rettsgrunnlaget for Etterretningstjenesten.¹⁸

Mens debatten rundt etterretningstjenesters metodebruk har pågått for fullt, har det blitt avsagt to avgjørelser i EMD som omhandler innsamling av kommunikasjonsdata for etterretningsformål. Dommene vurderte bulkinnsamling¹⁹ som lovlig metode for etterretning opp mot retten til privatliv etter EMK artikkel 8.²⁰ Dommene tyder på at metoden er kommet for å bli – spørsmålet som aktualiseres er hvordan retten til privatliv skal balanseres mot rikets og innbyggernes sikkerhet.

1.3 Fremgangsmåte og avgrensninger

Gjennom avhandlingen søker jeg å redegjøre for, og vurdere reglene om tilrettelagt innhenting i lys av EMK artikkel 8. Etterretningstjenestens adgang til å innhente elektronisk kommunikasjon er en del av nyvinningen "tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende kommunikasjon". Metoden er nærmere behandlet i avhandlingens kapittel 2.2.

Det er tre spørsmål som må avklares for at problemstillingen skal kunne belyses. Det *første* spørsmålet er hva lovforslaget om tilrettelagt innhenting gir Etterretningstjenesten hjemmel til. Det *andre* spørsmålet er hvilke krav EMK oppstiller til lovgivning som omhandler denne typen inngrep. For det *tredje* må det vurderes om lovforslaget er i samsvar med disse kravene.

I avhandlingen behandler jeg tre av de seks minstekravene som er utviklet av EMD til hva lovverk som hjemler skjulte inngrep må inneholde for å være i tråd med EMK. Årsaken til at de utvalgte kravene behandles, er at jeg anser disse som mest problematisk i lys av lovforslaget. Sikkerhetsmekanismene som analyseres er: 1) *omstendighetene for overvåkingen*, 2) *kategorien av mennesker som blir omfattet* og 3) *samt prosedyren for søk, lagring og bruk av innsamlet data*.²¹ I den sistnevnte sikkerhetsmekanismen skal jeg vurdere hvem som er gitt kompetansen til å beslutte at tilrettelagt innhenting skal iverksettes, og hvilke ordninger som er etablert for en uavhengig kontroll av hvordan overvåkningsmetoden

¹⁸ Høringsnotat punkt 1.1. s. 15.

¹⁹ Bulkinnsamling er en form for "masseinnsamling" av kommunikasjonsdata, der man ikke vet om informasjonen som innsamles er relevant eller ikke.

²⁰ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* og EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige*.

²¹ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 231.

brukes. De to første sikkerhetsmekanismene analyseres i kapittel 6, deretter behandles den tredje mekanismen i kapittel 7.

Lovforslaget aktualiserer flere juridiske problemstillinger, og inneholder flere tiltak som lovfester ulike overvåkningsmetoder for å innhente etterretningsrelevant informasjon.²²

Lovforslagets kapittel 6 inneholder regler om "metodebruk for innhenting av informasjon som medfører inngrep overfor den enkelte". Fremstillingen videre avgrensers mot lovforslagets kapittel 6.

1.4 Metodiske spørsmål

Ved tolkning av innholdet i EMK, er utgangspunktet de alminnelige reglene for traktatolking, som er kodifisert i Wien-konvensjonen artikkel 31-33.²³ Wien-konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, likevel representerer konvensjonen en kodifisering av folkerettslig sedvane. Hovedregelen følger av artikkel 31 første ledd som kodifiserer den alminnelige regelen om at den naturlige forståelsen av teksten er utgangspunktet ved tolkningen.²⁴ Ved tolkning av flerspråklige traktater skal de offisielle språkversjonene legges til grunn for ordlydstolkningen, jf. wien-konvensjonen artikkel 33.²⁵ Den europeiske menneskerettskonvensjonens offisielle språk er fransk og engelsk. I avhandlingen benyttes den offisielle engelske teksten.

I motsetning til de fleste traktater, overvåkes EMK av en egen domstol som har kompetanse til å avsi bindende avgjørelser for traktatstatene. Videre gir konvensjonen enkeltindivid klagerett. EMD har i flere dommer understreket at EMK skal ses på som et "livlig instrument" som må tilpasses endrede samfunnsforhold og nye utfordringer.²⁶ Gjennom en dynamisk tolkning er det i første rekke EMD som har til oppgave å utvikle konvensjonen, og innholdet i EMK fastlegges i stor grad gjennom EMDs fortolkende praksis.²⁷

²² Se eksempelvis lovforslagets regler om innhenting av kommunikasjonsdata via kabel eller satellitt. I lovforslaget er dette omtalt som "innhenting av rådata".

²³ Vienna Convention on the law of the treaties 23. Mai 1969.

²⁴ Hovedregelen i Wien-konvensjonen art 31 (1) slår fast "A treaty shall be interpreted in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the lights of its objects and purpose".

²⁵ Müller (2017) punkt 6.

²⁶ Se f.eks. EMDs dom 4. april 1978 *Tyrer mot Storbritannia* avsnitt 31.

²⁷ Aall (2018) s. 48.

Dommene *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia*²⁸ og *Centrum for Rättvisa mot Sverige*²⁹ brukes i avhandlingen. Dommene gir grunnleggende premisser for drøftelsen av hvordan bulkinnsamling av kommunikasjon står seg i lys av EMK. Avgjørelsene er påanket og fremmet til behandling i storkammer, og er ikke rettskraftige når avhandlingen skrives. Dette gjør de rettslige premissene for analysen av overvåkning ved bulkssystem mot menneskerettighetene mer uklare. Likevel er dommene de mest sentrale avgjørelsene per i dag, og gir best uttrykk for hvordan EMD behandler og vurderer lovgivning som åpner for innsamling og lagring av elektronisk kommunikasjon. De to avgjørelsene er ikke behandlet i litteraturen, og analysen vil hovedsakelig bygge på en selvstendig gjennomgang av avgjørelsene, og tilhørende relevant praksis fra EMD.

Høringsnotatet er omfattende og det har vært utfordrende å kartlegge hva forslaget innebærer både rettslig og faktisk. Lovforslaget reiser mange tekniske og juridiske kompliserte spørsmål, og i avhandlingen forsøkes det å redegjøre for den tekniske gjennomføringen av lovforslaget, samt knytte denne til de juridiske spørsmålene som oppstår.

En annen faktor er at Etterretningstjenesten som institutt tidligere har operert i det skjulte. Når det i lovforslaget blir fremhevet at utkastet er en kodifisering av Etterretningstjenestens praksis, er det ingen måte å overprøve dette på, siden praksisen også har utviklet seg i hemmelighet. Lovforslaget har den spesielle siden ved seg, at selve lovreguleringen er åpen, mens praktiseringen vil være skjult. I Høringsnotatet er det forsøkt beskrevet så åpent som mulig hvilke tilganger Etterretningstjenesten skal benytte seg av, samtidig som metoder, kapasitet og kilder skjermes.³⁰ En full oversikt over forslagets virkning er derfor ikke mulig å kartlegge innenfor rammene av denne avhandlingen.

Lovforslaget er enda ikke vedtatt av Stortinget. Det finnes derfor ingen rettspraksis eller rapporter som beskriver hvordan reglene fungerer i praksis. Avhandlingens primære rettskilde er Høringsnotatet, som suppleres med ulike hørings svar og Lysne-II utvalgets utredning om digitalt grenseforsvar.³¹ I mangel på øvrige offentlige utredninger og fravær av juridisk litteratur, finnes ikke andre autorative kilder med nevneverdig vekt. Vedrørende hørings svarene, har flere fremhevet at Høringsnotatet var for omfattende til at forslaget kunne

²⁸ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia*.

²⁹ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige*.

³⁰ Høringsnotat punkt 11.5. s. 192.

³¹ Utredning om Digitalt Grenseforsvar (DGF) fra Lysne II-utvalget (26.08.16). (Heretter Lysne II-utvalget).

behandles grundig innen den ordinære høringsfristen på tre måneder.³² Blant annet Advokatforeningen og Norges institusjon for menneskerettigheter påpekte at forslaget reiser flere krevende rettslige og faktiske problemstillinger, og at fristen var for kort til å besvare alle spørsmål.³³ Det må derfor antas at flere av høringsvarene inneholder mangler, eller er ufullstendige.

³² Høringsuttalelse fra Datatilsynet (06.02.19), ICJ (12.02.2019) og NRK (12.02.19).

³³ Høringsuttalelse Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (12.02.2019) og Advokatforeningen (12.02.2019).

2 Lovforslaget

Begrepet "tilrettelagt innhenting" er ikke et selvforklarende eller entydig teknologisk begrep. Metoden er ny i Norge, og det kan fremstå som uklart hva forslaget egentlig innebærer. I dette kapitlet skal jeg først redegjøre for Etterretningstjenestens virksomhet. Det har lenge vært knyttet hemmelighold til Etterretningstjenestens metoder og arbeidsområde. I lys av dette anser jeg det som hensiktsmessig å redegjøre for tjenesten. Deretter presenteres tilrettelagt innhenting nærmere. Videre beskriver jeg de materielle vilkårene for at overvåkningsmetoden iverksettes. Avslutningsvis presenterer jeg kontrollmekanismene som er foreslått innført.

2.1 Etterretningstjenestens virksomhet

Etterretningstjenesten er Norges eneste utenlandsetterretningstjeneste, og har ansvar for sivil og militær utenlandsetterretning.³⁴ Utenlandsetterretning har ingen entydig definisjon, men i forsvarssjefens etterretningsdoktrine av mai 2013 er utenlandsetterretning definert som følger:

"Etterretning er systematisk innhenting og bearbeiding av informasjon som angår utenlandske forhold ervervet med åpne og fordekte metoder i en statlig legal ramme (...)".³⁵

Etterretningstjenesten utgjør en del av et tredelt system: Politiets sikkerhetstjeneste (PST), Etterretningstjenesten, og alminnelig politivirksomhet. PST har ansvar for innenlandsetterretning og er underlagt Justis- og beredskapsdepartement, mens Etterretningstjenesten har ansvar for utenlandsetterretning, og er underlagt forsvaret. En særlig forskjell er at PST og politiet driver straffeforfølgning og har et påtaleansvar. Etterretningstjenesten har ikke et pønalt formål med sin virksomhet.³⁶

Formålet med Etterretningstjenestens virksomhet er å bidra til å kartlegge og motvirke ytre trusler mot rikets selvstendighet, sikkerhet og andre viktige nasjonale interesser jf. Etterretningstjenesteloven §1.³⁷ Etterretningstjenesten samler inn informasjon om omverden, og da særlig informasjon om kapasiteter og intensjoner som forsøkes holdt skjult. Om nødvendig må slik informasjon tilegnes ved skjulte metoder som ellers ikke er tillatt i samfunnet.³⁸

³⁴ Høringsnotat punkt 7.4.1 s. 94.

³⁵ Høringsnotat punkt 3.1.1 s. 22.

³⁶ Høringsnotat punkt. 7.4.1 s. 94.

³⁷ Lov 20. mars 1998 nr. 11 om Etterretningstjenesten.

³⁸ Høringsnotat punkt 3.1.2 s. 23.

2.2 Tilrettelagt innhenting

For å vurdere lovutkastet, er det nødvendig å ha forståelse for de tekniske begrepene som benyttes. Begrepene er i hovedsak definert i lovforslagets § 1-4, men ytterligere definisjoner finnes også i flere andre bestemmelser.

Lovutkastet foreslår at Etterretningstjenesten på nærmere vilkår gis hjemmel til å lagre data fra elektronisk kommunikasjon som passerer landegrensen. Denne spesielle formen for innhenting omtales som "*tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon*".³⁹

Hovedformålet med tilrettelagt innhenting er at Etterretningstjenesten skal kunne gjøre søk i de lagrede data som er innhentet, og bruke informasjonen til utenlandsetterretning.⁴⁰ Etterretningstjenesten skal i hovedsak innsamle det som betegnes som metadata og innholdsdata. Begge formene er en del av kommunikasjon i den vide forstand, og kan betegnes som underkategorier av kommunikasjon.

Metadata defineres som "*data som beskriver annen data eller som inneholder ekstra informasjon knyttet til data, herunder data som beskriver typen eller formatet på innholdet, hvem som er avsender og mottaker, størrelse, tidspunkt og varighet for kommunikasjonen*", jf. § 7-7 annet ledd. Innholdsdata defineres som "*innholdsdata er data som ikke er metadata*", jf. § 7-9 annet ledd. Innholdsdata vil være selve innholdet i en SMS, e-post, dokument e.l. I Lysne-II utvalgets utredning er forskjellen mellom metadata og innholdsdata illustrert med en konvolutt som skal sendes. Selve utsiden av konvolutt vil inneholde metadata i form av mottaker, avsender og datostempel, mens innholdet i brevet anses som innholdsdata.⁴¹

Innsamlingen ved tilrettelagt innhenting gjøres via såkalt *bulkinnsamling*. Bulkinnsamling defineres som "*informasjonssamlinger og datasett hvorav vesentlig andel av informasjonen antas å være irrelevant for etterretningsformål*" jf. § 1-4 nr. 2. Hva som menes med en "vesentlig andel" vil i utgangspunktet bero på skjønn. Departementet legger til grunn at det normalt kreves at minimum 40% av datamengden må være irrelevant for etterretningsformål før det er tale om innhenting i bulk.⁴²

³⁹ Høringsnotat punkt. 11.3 s. 187.

⁴⁰ Høringsnotat punkt 11.7.5 s. 208.

⁴¹ Lysne II-utvalget s. 25.

⁴² Høringsnotat punkt 9.5.6 s. 157.

Ved bulkinnsamling samler etterretningstjenester inn store mengder informasjon i form av metadata, før de eventuelt søker etter informasjonen som er relevant for utenlandsetterretningsformål.

Motsetningen til bulkinnsamling vil være målrettet innhenting. Målrettet innhenting er "*systematisk arbeid for å identifisere nye etterretningsmål*" jf. § 1-4 nr. 8. Mens bulkinnsamling innhenter en rekke data som ikke nødvendigvis er etterretningsrelevant, vil målrettet innsamling basere seg på konkrete holdepunkter som tilsier at det er grunn til å undersøke vedkommende.

Ved innhenting gjennom bulk får Etterretningstjenesten adgang til å samle inn store mengder data, som *kan* være relevant for etterretningsformål, men *før* man vet om dataene kan komme til nytte. Departementet hevder at det er helt nødvendig med bulkinnsamling for kunne oppdage og velge ut etterretningsmål.⁴³ Samtidig erkjennes det at bulkinnsamling i enkelte tilfeller kan innebære et større inngrep enn målrettet innhenting, fordi Etterretningstjenesten faktisk vil få lagre en mengde data knyttet til personer og forhold som ikke er relevante for Etterretningstjenesten.⁴⁴

Årsaken til at mengden ikke-relevant data er stor, er at det er teknisk ikke mulig å filtrere bort overskuddsinformasjon av dataene mens de er i transitt.⁴⁵ For at Etterretningstjenesten skal kunne finne den relevante informasjonen, må kommunikasjonsdataene lastes ned og lagres.⁴⁶ Dette eksemplifiseres i Høringsnotatet som "nålen i høystakken", noe som tilsier at man må ha tilgang til relevante deler av høystakken for å finne nålen.⁴⁷

Forslaget innebærer at Etterretningstjenesten får adgang til å innhente "grenseoverskridende kommunikasjon" i bulk. Etterretningstjenesten skal kun være rettet mot utenlandske forhold, jf. etterretningsloven § 3. En utfordring som oppstår med innhenting av grenseoverskridende kommunikasjon i internettkabler, er at mesteparten av norsk kommunikasjon går inn og ut landet gjennom kabler som krysser landegrensen. Dette fordi de fleste serverne til ulike tjenester er plassert i utlandet. Et eksempel på dette er at dersom en bruker av Telenors tilbud "Min Sky", som laster opp dokumenter i skyen. Denne informasjonen vil passere den norske

⁴³ Høringsnotat punkt. 9.5.6 s. 161.

⁴⁴ Høringsnotat punkt. 9.5.6 s. 161-162.

⁴⁵ Rådata er definert som "*ubearbeidet eller automatisk bearbeidet informasjon i enhver form hvis etterretningsverdi ikke er vurdert*", jf. lovforslaget § 4-1 nr. 13.

⁴⁶ Høringsnotat punkt 9.5.6 s. 159.

⁴⁷ Høringsnotat punkt 8.3.2 s. 118-119.

landegrensen, og dermed bli kategorisert som "grenseoverskridende", selv om den stammer fra norsk territorium og inneholder norsk kommunikasjon.

Begrepet "grenseoverskridende" utelukker dermed ikke at kommunikasjon som har forbindelse til norske forhold omfattes av metoden. Videre er det slik at "kommunikasjon" ikke krever at det dreier seg om kommunikasjon mellom to eller flere parter. Også ensidig overføring av lyd, tekst, bilder eller annen data omfattes.⁴⁸

Det som skiller tilrettelagt innhenting fra ordinær bulkinnsamling, er at tilbyderne av elektronisk kommunikasjon pålegges en tilretteleggingsplikt. Denne tilretteleggingsplikten fører til at Etterretningstjenesten får tilgang til flere og større datastrømmer.

Tilretteleggingsplikten er foreslått lovfestet i utkastet § 7-2. Plikten omfatter alle som omfattes av ekomloven § 1-5 nr. 16.⁴⁹ Dette vil for eksempel være teleoperatører som Telia og Telenor. I tillegg omfatter tilretteleggingsplikten "*tilbydere av internettbaserte kommunikasjons -eller meldingstjenester som er tilgjengelige for allmennheten*". Dette vil typisk være det som regnes som "over the top-tjeneste" (OTT-tjenester). OTT-tjenester er tjenester som kan brukes til overføring av tekst, lyd og bilder.⁵⁰ Eksempler på dette er Facebook, Instagram, Skype, Netflix og ulike eposttjenester.

En utfordring er at det vil være umulig å filtrere bort all metadata som ligger utenfor Etterretningstjenestens samfunnsoppdrag.⁵¹ Filtreringen av innholdsdata er teknologisk overkommelig, i motsetning til fullstendig filtrering av metadata. Innsamlingen vil medføre store mengder overskuddsinformasjon.⁵² Overskuddsinformasjon er "*informasjon uten selvstendig interesse for etterretningsformål*", jf. § 1-4 nr. 10. I Høringsnotatet det dette nærmere forklart som informasjon om forhold som ligger utenfor tjenestens ansvarsområde, men som Etterretningstjenesten *likevel* kommer i besittelse av som følge av sin lovlige innhentingsaktivitet.⁵³

⁴⁸ Høringsnotat punkt 11.3 s. 187.

⁴⁹ Lov 07 april 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).

⁵⁰ Høringsnotat punkt. 11.15 s. 288.

⁵¹ Lysne II-utvalget s. 54.

⁵² Høringsnotat punkt 11.7.5 s. 207.

⁵³ Høringsnotat punkt 8.2 s. 115.

2.3 Materielle krav

I dette avsnittet skal jeg redegjøre kort for de materielle vilkårene som må være oppfylt for at metoden kan iverksettes. En mer utførlig analyse av bestemmelsene foretas i avhandlingens kapittel 6. Hvilke materielle vilkår som er innført får betydning for den senere analysen av lovforslaget i lys av EMK artikkel 8.

De materielle vilkårene for at Etterretningstjenesten skal kunne benytte tilrettelagt innhenting er spredt i flere kapitler i lovforslaget. Metoden tilrettelagt innhenting er foreslått regulert i lovens kapittel 7 "*særregler for tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende kommunikasjon*". Departementet har fremhevet at bestemmelsene i kapitlet må leses i sammenheng med lovutkastet for øvrig, som blant annet inneholder regler om Etterretningstjenestens oppgaver, styring og kontroll, grunnvilkår for innhenting og særskilte innhentingsforbud.⁵⁴

Etter §7-1 kan Etterretningstjenesten for etterretningsformål "*innhente elektronisk kommunikasjon som transporteres over den norske landegrense når grunnvilkårene etter kapittel 5 er oppfylt, særreglene i kapitel 7 og 8 følges, og innhentingene ikke strider med øvrige bestemmelser i loven her*".

For det første må innhentingene kunne bidra til at Etterretningstjenesten oppfyller de lovpålagte oppgavene i kapittel 3, jf. vilkåret Etterretningstjenesten kan for "*etterretningsformål*" innhente elektronisk kommunikasjon. Hva som regnes som etterretningsformål er foreslått uttømmende opplistet i lovutkastets kapittel 3 om Etterretningstjenestens oppgaver. Kapitlet regulerer hvilke kategorier av saksfelt som Etterretningstjenesten kan innhente informasjon om. Et vilkår for innhentingene er at informasjonen "*kan bidra til*" en eller flere av de angitte oppgavene jf. kapittel 3.

Det neste vilkåret er at innhentingene ikke strider med territorialbegrensningen i § 4-1. Paragrafen tar sikte på å videreføre dagens prinsipielle utgangspunkt og hovedregel om at Etterretningstjenesten ikke skal rette innhentingsvirksomhet mot personer og virksomheter som befinner seg i Norge jf. gjeldende lov § 4.⁵⁵ Dersom vedkommende er i Norge, vil innhentingsforbudet medføre at tilrettelagt innhenting ikke kan iverksettes.

⁵⁴ Høringsnotat punkt 11.14.1 s. 277.

⁵⁵ Høringsnotat punkt 8.4.3.4 s. 125.

Dersom innhenting er i tråd med de øvrige bestemmelsene, må grunnvilkårene etter kapittel 5 være oppfylt. De sentrale bestemmelsene for tilrettelagt innhenting er §§ 5-1, 5-2 og 5-4. Etter § 5-1 og §5-2 må det foreligge "*grunn til å undersøke*" den aktuelle kommunikasjonen. I bestemmelsene §§ 5-1 og 5-2 sondres det mellom de to hovedformene for innhenting: målsøking⁵⁶ og målrettet innhenting.⁵⁷

Avslutningsvis må det foretas en forholdsmessighetsvurdering etter § 5-4. Bestemmelsen fastslår at innhenting av informasjon "*skal ikke gjennomføres dersom det vil være et uforholdsmessig inngrep overfor den enkelte*".

Når alle de øvrige vilkårene er oppfylt, kan Etterretningstjenesten etter kjennelse fra domstolen iverksette tilrettelagt innhenting.

2.4 Kontrollmekanismer

Det skal i dette avsnittet gis en presentasjon av de sentrale kontrollmekanismer som er foreslått innført i lovforslaget. Hvilke kontrollmekanismer som er innført vil få en betydning for den senere analysen av hvorvidt lovforslaget er i tråd med EMK artikkel 8. En mer utførlig analyse av bestemmelsene foretas i avhandlingens kapittel 7.

Domstolskontrollen med tilrettelagt innhenting er foreslått regulert i lovforslagets kapittel 8. Utgangspunktet er at retten ved kjennelse gir tillatelse til bruk av tilrettelagt innhenting jf. 8-1. I kjennelsen kan det gis tillatelse til søk jf. § 7-8, og/eller innhenting og lagring av kommunikasjon jf. § 7-9.

Det ligger i sakens natur at skjulte inngrep holdes hemmelig ovenfor borgeren som blir gjenstand for metoden. Det følger av § 8-1 fjerde ledd at "*avgjørelsen treffes uten at den som avgjørelsen rettet seg mot eller ellers rammer gis adgang til å uttale seg. Kjennelsen blir ikke medelt dem*".

I det opprinnelige forslaget som var utarbeidet av Lysne-II utvalget var det foreslått at det skulle opprettes en særdomstol for begjæringer etter Etterretningstjenesten. I Høringsnotatet er det besluttet at Oslo tingrett skal være domstolen, og fremkommer av § 8-2.

⁵⁶ Målsøking er definert "*systematisk arbeid for å identifisere etterretningsmål*" jf. § 4-1 nr. 9.

⁵⁷ Målrettet innhenting er definert som "*systematisk arbeid for å identifisere nye etterretningsmål*", jf. § 4-1 nr. 8.

En annen sentral kontrollmekanisme er EOS-utvalget, som skal føre løpende- og etterkontroll med Etterretningstjenestens virksomhet. EOS-utvalget er et oppnevnt organ som på vegne av Stortinget skal utføre selvstendig kontroll, jf. EOS-kontrolloven § 1.⁵⁸

EOS-utvalget kan ikke treffe bindende vedtak, men har "rett til å uttale sin mening" jf. EOS-kontrolloven § 14.

2.5 Oppsummering

Noe av det problematiske med lovforslaget er at Etterretningstjenesten får adgang til å lagre store mengder overskuddsinformasjon. Det er her det første problemet med metoden oppstår. Denne informasjonen stammer ikke fra personer det er "grunn til å undersøke", og faller i utgangspunktet utenfor Etterretningstjenestens formål. Overskuddsinformasjonen som lagres, er nærmest som en "utilsiktet konsekvens" av tilrettelagt innhenting. I lys av retten til privatliv, vil dette kunne være problematisk.

Mesteparten av kommunikasjonen går inn og ut av Norge i fiberoptiske kabler. Ved tilrettelagt innhenting får Etterretningstjenesten tilgang til kommunikasjonen som går gjennom disse kablene. Ved at kommunikasjonen krysser grensen, fremstår den isolert sett slik at innhenting og lagringen er i tråd med Etterretningstjenestens formål om å drive med utenlandsetterretning. Tilrettelagt innhenting vil imidlertid ramme norsk kommunikasjon på samme måte som utenlandsk kommunikasjon, som følge av de tekniske begrensingene. I et menneskerettslig perspektiv er heller ikke et slikt system uproblematisk, særlig i lys av retten til privatliv og korrespondanse. Selv om de ulike filtreringssystemene som er innført tar sikte på å begrense kommunikasjonen som mellom norske borgere, vil en fullstendig filtrering ikke være mulig.

Lovteknisk er lovforslaget omfattende. Både fordi vilkårene for overvåkningsmetoden er spredt utover flere kapitler, og på grunn av at vilkårene inneholder flere ukjente begreper. For å kunne forstå lovforslagets innhold er det nødvendig å ha forståelse for etterretningstekniske begrep.

⁵⁸ Lov 3. februar 1996 nr. 7 om kontroll med etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste (EOS-kontrolloven).

3 Rettslige skranker for tilrettelagt innhenting

3.1 Innledning

I dette kapittelet gis det en oversikt over de rettslige skranker for å kunne innføre "tilrettelagt innhenting". Retten til privatliv fungerer som skranke for myndighetenes adgang til innhenting av borgernes kommunikasjon, og fremgår av Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

Retten til privatliv er et viktig prinsipp i en rettstat, og en grunnleggende forutsetning for et fritt demokratisk samfunn. Utgangspunktet for privatlivet er at alle individer har en privat sfære, hvor de kan være seg selv, handle og kommunisere fritt, uten innblanding fra staten eller andre individer.⁵⁹

Retten til privatliv er ikke absolutt, idet det på nærmere vilkår kan gjøres inngrep i rettighetene. Vilkårene for lovlig inngrep er at inngrepet må ha et legitimt formål, være proporsjonalt og forutberegnelig.⁶⁰ Hensynet bak inngrepsadgangen er at det i noen tilfeller er ønskelig og nødvendig at staten kan gripe inn av hensyn til samfunnet.⁶¹ Hensynet til samfunnet som sådan, vil i disse tilfellene veie tyngre enn enkeltindividets rett til privatliv.

3.2 Grunnloven § 102

I Norge er retten til privatliv gjort til en konstitusjonell rettighet gjennom Grunnloven § 102.⁶² Bestemmelsen lyder som følger: *"Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller. Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet."*

Grunnloven § 102 etablerer et generelt grunnlovsvern for privatlivets fred og personlig integritet. I 2014 ble en rekke menneskerettighetsbestemmelser inntatt i et nytt kapittel E i Grunnloven. I forarbeidene til grunnlovsrevisjonen fremkommer det at reglene var inspirert av og i stor grad utformet etter mønster fra internasjonale menneskerettighetstraktater, særlig EMK.⁶³

⁵⁹ Kjølbros (2010) s. 605.

⁶⁰ Skoghøy (2018) s. 191.

⁶¹ Høringsuttalelse fra Datatilsynet (06.02.19) punkt 5. s. 24.

⁶² Jf. lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven).

⁶³ Dok. 16 (2011–2012) s. 90.

Grunnloven § 102 inneholder ingen regulering av adgangen til å gjøre inngrep i rettighetene som er vernet etter bestemmelsen, men det følger av høyesterettspraksis at det vil være tillat å gripe inn i rettighetene etter første ledd dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig.⁶⁴

3.3 EMK artikkel 8

I tillegg til grunnlovsvernet, er retten til privatliv forankret i EMK artikkel 8. EMK er inkorporert som norsk rett gjennom menneskerettsloven.⁶⁵ EMK har status som norsk lov, jf. § 2 nr. 1, og vil i tilfelle motstrid gå foran annen norsk lovgivning jf. § 3. EMK artikkel 8 lyder som følger:

- 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*
- 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*

Artikkelens første ledd oppstiller et generelt vern av retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse, tilsvarende det man finner i GrL § 102. Retten til privatliv oppfattes som bestemmelsens hovedbegrep, da det er vidt nok til å konsumere de øvrige.⁶⁶ I praksis har EMD i liten grad sondret mellom de ulike rettighetene. Artikkelens annet ledd angir vilkårene for å gjøre inngrep i rettighetene etter nr. 1. Vilråene for lovlig inngrep etter EMK artikkel 8 er at inngrepet må "in accordance with the law", forfølge ett eller flere av de legitime formålene, og være "necessary in a democratic society".

3.4 Forholdet mellom Grunnloven og EMK

Når det gjelder forholdet mellom Grunnloven og EMK, følger det av forarbeidene til menneskerettsloven at "*det overordnede mål er at norsk rettspraksis i størst mulig grad samsvar med den til enhver tid gjeldende internasjonale tolkningspraksis*".⁶⁷

⁶⁴ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60, jf. HR-2016-2554-P avsnitt 81.

⁶⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

⁶⁶ Aall (2018) s. 228.

⁶⁷ Innst. O. nr. 51 (1998-1999) s. 6.

Høyesterett vil ved tolkning av grunnlovsbestemmelser som er utformet etter mønster fra EMK, normalt ta utgangspunkt i praksis fra EMD.⁶⁸ I plenumsdom Rt. 2008 s. 833 uttalte Høyesterett at domstolen skal foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen, og "*Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMD's avgjørelser*".⁶⁹

Det foreligger per dags dato ingen avgjørelser fra Høyesterett som omhandler adgangen til innhenting av kommunikasjonsdata i bulk. EMD har nylig avsagt to dommer om forholdet mellom bulkinnstilling og retten til privatliv etter EMK artikkel 8.⁷⁰ Selv om avgjørelsene ikke er rettskraftige, gir avgjørelsene føringer på hvilke momenter som vektlegges ved vurderingen av lovgivning som åpner for overvåking utført av etterretningstjenester. Sett i lys av at Høyesterett gjennom sin praksis har lagt vurderingen av Grl. § 102 nært opp til EMDs vurdering av EMK artikkel 8, antas det at sistnevnte bestemmelse vil være avgjørende i fastsettelsen av innholdet i Grl. § 102. På denne bakgrunn tas det i det videre utgangspunkt i EMK.

3.5 Oppsummering og videre disposisjon

I det følgende skal jeg undersøke forholdet mellom Etterretningstjenestens adgang til tilrettelagt innhenting under forslaget til ny etterretningstjenestelov og EMK artikkel 8.

Analysen krever for det første en vurdering av om tilrettelagt innhenting utgjør et "inngrep" i privatlivet, hvilket behandles i kapittel 4. Deretter undersøkes om inngrepet oppfyller vilkårene i artikkel 8 nr. 2. I kapittel 5 er spørsmålet hvorvidt tilrettelagt innhenting ivaretar et "legitimt formål". I kapittel 6 er spørsmålet hvorvidt lovkravet er oppfylt, før det i kapittel 7 undersøkes hvorvidt inngrepet er "nødvendig i et demokratisk samfunn".

4 Inngrep

4.1 Inngrepsbegrepet i EMK artikkel 8

EMK artikkel 8 nr. 1 oppstiller et generelt vern av retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. Det er i utgangspunktet inngrep som er forbudt etter bestemmelsen, og som

⁶⁸ Skoghøy (2018) s. 121.

⁶⁹ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

⁷⁰ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* og EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia*.

må legitimeres etter annet ledd, jf. ordlyden " there shall be no *interference* by a public authority with the exercise of this right (...)".

Det er særlig retten til respekt for privatliv og korrespondanse som berøres av tilrettelagt innhenting som avhandlingen vil fokusere på.

4.2 Vurdering

Det første spørsmålet som må besvares er om tilrettelagt innhenting vil utgjøre et inngrep "interference" i retten til privatliv og korrespondanse etter EMK artikkel 8.

Det følger av fast praksis fra EMD at Etterretningstjenestens adgang til hemmelig overvåkning av borgerne utgjør et inngrep i retten til privatliv.⁷¹ Ved skjulte metoder er det vanskelig for borgerne å dokumentere reelle inngrep i rettighetene. For å sikre at rettighetsvernet ikke blir illusorisk, har EMD konkludert med at det er tilstrekkelig at det foreligger en *potensiell mulighet* for at man blir utsatt for overvåkningen.⁷² I sakene Szabó og Vissy mot Ungarn og Klass mfl. mot Tyskland ble det påpekt at selve eksistensen av et system som åpner for innsamling av kommunikasjon i seg selv kan utgjøre et inngrep i retten til privatliv.⁷³ Inngrepet ligger i den latente overvåkningstrusselen ved at den aktuelle lovgivningen i det hele tatt eksisterer.

Det er klart at metoden tilrettelagt innhenting vil utgjøre et inngrep i retten til privatliv. Eksistensen av hjemmelen for innhenting kan være tilstrekkelig til at det foreligger en "interference" etter EMK artikkel 8. Det er altså ikke nødvendig at innhenting faktisk foretas for at vernet etter EMK kommer til anvendelse.

Videre vil inngrepets karakter være av betydning i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 2. Ved *sterke inngrep* i rettighetene etter EMK artikkel 8, har EMD uttalt at det avgjørende er hvorvidt lovgivningen oppstiller tilstrekkelige prosessuelle garantier som sikrer borgerne fra myndighetsmisbruk.⁷⁴ Inngrepets karakter får dermed betydning for den videre vurderingen

⁷¹ EMDs dom 29. juni 2006 *Weber og Saravia mot Tyskland* avsnitt 78-79, EMDs dom 4. mai 2000 *Rotaru mot Romania* avsnitt 43, EMDs dom 1. juli 2008 *Liberty og andre mot Storbritannia* avsnitt 56.

⁷² EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 170-179.

⁷³ EMDs dom 12. januar 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 53, og EMDs dom 6. september 1978 *Klass mfl. mot Tyskland* avsnitt 232.

⁷⁴ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 232.

av tilrettelagt innhenting opp mot lovkravet og nødvendighetsvurderingen. Spørsmålet er i hvilken grad tilrettelagt innhenting utgjør et *sterkt inngrep* i retten til privatliv.

Praksis fra EMD viser at domstolen har lagt til grunn at skjult overvåkning utgjør et *sterkt inngrep* i rettighetene etter EMK artikkel 8.⁷⁵ I Høringsnotatet fremhever departementet at metadata anses som mindre inngripende enn innholdsdata, ettersom *hva* noen har kommunisert er mer avslørende enn at de *har* kommunisert.⁷⁶ Et sentralt spørsmål er dermed om det kan differensieres mellom de prosessuelle kravene som stilles for innhenting av metadata, og kravene for innhenting av innholdsdata.

Basert på definisjonene er det vanskelig å trekke en presis linje mellom hvor skillet mellom metadata og innholdsdata ligger. Både Lysne II utvalget og Høringsnotatet benytter analogien om et postkort for å beskrive hva metadata og innholdsdata er.⁷⁷ I avgjørelsen Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia har ulike organisasjoner uttalt at skillet mellom metadata og innholdsdata er udatert.⁷⁸ Organisasjonene⁷⁹ hevder at det ikke kan gjøres forskjell på vilkårene som stilles, og det avgjørende burde være hva som kan trekkes ut av dataene.⁸⁰ Ved EMDs videre vurdering er det ikke stilt lavere krav til lovhjemler som åpner for metadata, enn innholdsdata. Dette tyder på at EMD anser både innhenting av innholdsdata og metadata som å representere *sterke inngrep* i retten til privatliv.

I saken Digital Rights Ireland som omhandlet Datalagringsdirektivet⁸¹ uttalte EU-domstolen følgende om metadata: "*may allow very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of the persons whose data has been retained, such as the habits of everyday life, permanent or temporary places of residence, daily or other movements, the activities carried out, the social relationships of those persons and the social environments frequented by them*".⁸² Den nevnte avgjørelsen omhandlet brudd på retten til privatliv og personvern etter EU-charteret artikkel 7 og 8.⁸³ Personvernreglene i EU-charteret er sammenlignbare med

⁷⁵ EMDs dom 24. april 1990 *Kruslin mot Frankrike* avsnitt 33 og EMDs dom 24. april 1990 *Hudvig mot Frankrike* avsnitt 32.

⁷⁶ Høringsnotat punkt 11.7.2.2 s. 199.

⁷⁷ Lysne II-utvalget s. 25.

⁷⁸ Blant annet ICJ, European digital Rights and other organisations active in the field of human rights in the information society.

⁷⁹ Organisasjonene er *The International Commission of Jurists ("ICJ")* og *European Digital Rights ("EDRi")* and other organisations active in the field of human rights in the information society.

⁸⁰ EMDs dom 13. september 2018 *BigBrother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 299 og 301.

⁸¹ EU-direktiv 2006/24/EF.

⁸² Sak C-293/12, avsnitt 26 (*Digital Rights Ireland Ltd.*)

⁸³ Charter of Fundamental Rights of the European Union.

reglene i EMK, og uttalelser i EU-domstolen gir "uttrykk for gjeldende europeiske standarder for personvern og håndtering av personopplysninger".⁸⁴ EMD har i flere av sine avgjørelser om EMK artikkel 8 tatt i bruk argumentasjon fra relaterte spørsmål i EU-domstolen

Amnesty Internasjonal påpekte i sin høringsuttalelse til lovforslaget at den raske teknologiske utviklingen, slik som kunstig intelligens, vil gjøre det stadig enklere å trekke konklusjoner om kommunikasjonsinnhold gjennom analyse av metadata.⁸⁵ Datatilsynet trekker frem at det ikke er en prinsipiell eller rettslig forskjell på innholdsdata og metadata, og at Høringsnotatet nedtoner inngrepet slik at det fremstår som mindre viktig enn det faktisk er.⁸⁶

På den ene siden vil metadata kunne være mindre sensitiv data enn innholdsdata, selv om også slike data er å anse som personopplysninger.⁸⁷ Et skille mellom de ulike dataformene er at metadata sier noe om omstendighetene rundt kommunikasjonen, mens innholdsdata avslører selve innholdet. Rent objektivt fremstår det som om metadata i seg selv vil kunne utgjøre et mindre alvorlig inngrep i privatlivet.

På den andre siden er det problematisk å legge denne oppfatningen til grunn uten å ta hensyn til den tekniske muligheten sammenstilling av metadata gir. Som fremhevet i Høringsnotatet, skal metadata samles inn i storskala ved bulkinnstilling. Når ulike metadata sammenfattes vil metadatagrunnlaget ha potensiale til å male et intimt detaljert portrett av en persons privatliv og oppførsel.⁸⁸

Basert på hvilken informasjon metadata kan sammenstille og avsløre, finner jeg det slik at innsamling og bruk av metadata må anses som et *sterkt inngrep* i retten til privatliv. EMD har i flere dommer fremhevet at inngrepet i privatlivet oppstår allerede ved innhentingen, og er uavhengig av om dataene brukes.⁸⁹ Siden metadata har potensiale til å avdekke inngående detaljer fra ens kommunikasjon, må den anses å kunne utgjøre sterke inngrep i retten til privatliv. Høringsnotatets påstand om at metadata anses som mindre inngripende enn innholdsdata, vektlegges derfor ikke i den videre vurderingen. I det følgende legges det til grunn at det stilles samme krav til hjemlene vedrørende metadata og innholdsdata.

⁸⁴ Lysne II-utvalget s. 62.

⁸⁵ Høringsuttalelse fra Amnesty International (12.02.19) s. 2.

⁸⁶ Høringsuttalelse fra Datatilsynet (06.02.19) punkt 2.3 s. 29.

⁸⁷ Lysne II-utvalget s. 25.

⁸⁸ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 316.

⁸⁹ EMDs dom 12. januar 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 53, og EMDs dom 6. september 1978 *Klass mfl. mot Tyskland* avsnitt 232.

5 Legitimt formål

5.1 Hva regnes som legitime formål?

I det overstående kapitelet konkluderte jeg med at tilrettelagt innhenting utgjør et sterkt inngrep i retten til privatlivet. For at inngrepet skal være rettmessig etter EMK artikkel 8 nr. 2, må tilrettelagt innhenting være i tråd med ett av de legitime formålene som er listet opp i artikkelen.

De legitime formålene som kan begrunne et inngrep er blant annet "*interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, (...)*", jf. EMK artikkel 8 nr. 2. Formålene som kan begrunne inngrep i rettighetene skaper sjeldent problemer i EMD-praksis, da de opplistede formålene er vidt formulert og dekker de fleste tilfeller hvor myndighetene har behov for å foreta inngrep.⁹⁰

5.2 Vurdering

Departementet har i Høringsnotatet uttalt at etterretningsvirksomhet rettet mot utenlandske forhold i form av å innhente, bearbeide og analysere informasjon som har betydning for Norges suverenitet, sikkerhet og viktige nasjonale interesser, vil falle inn under formålene "national security" og "public safety" jf. EMK artikkel 8 nr. 2.⁹¹ Hensynet til nasjonal sikkerhet og offentlig sikkerhet er uttrykkelig nevnt i EMK artikkel 8 nr. 2, og er i utgangspunktet legitime formål. EMD overprøver sjeldent om lovgivningen er i tråd med de legitime formålene, og domstolen vil som regel bare sette lovgivers vurdering av de legitime formål til side, dersom det er åpenbart at inngrepet ikke oppfyller kravet. EMDs praksis har slått fast at bulkinnstilling av kommunikasjon er legitimt etter artikkelen for å beskytte "national security".⁹² Jeg legger derfor til grunn at tilrettelagt innhenting oppfyller kravet til legitimt formål.

Kravet om et legitimt formål henger tett sammen med nødvendighetsvurderingen. Inngrepet som foretas må være egnet til å oppnå de formål som den er ment på å fremme, det må således foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom inngrepets nødvendighet og de formål

⁹⁰ Bruce og Sunde (2018) s. 43.

⁹¹ Høringsnotat punkt 4.2.5.3 s. 48.

⁹² EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 314 og EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 112.

inngrepet skal ivareta. Problemstillingen problematiseres ikke ytterligere her, men vil redegjøres for i avhandlingens kapittel 7.

6 Lovkrav

6.1 Innledning

I kapittelet ovenfor ble det konstatert at tilrettelagt innhenting vil utgjøre et sterkt inngrep i retten til privatliv, og forfølger et legitimt formål etter EMK artikkel 8 nr. 2. Det neste som vurderes er om inngrepet er i samsvar med loven ("*in accordance with the law*"), jf. EMK artikkel 8. nr. 2

I det følgende skal jeg redegjøre for lovkravets innhold i 6.2. Der lovforslaget klart samsvarer med lovkravet, vil dette kommenteres fortløpende. Deretter undersøkes det om de norske lovhjemlene er i samsvar med kravet, i kapittel 6.3. I hoveddelen konsentreres analysen opp mot de materielle hjemlene som ble presentert i avhandlingens kapittel 2.3.

6.2 Lovkravets innhold

Lovkravet fremkommer uttrykkelig av ordlyden "in accordance with the law" jf. EMK artikkel 8 nr. 2. Lovkravets nærmere innhold er utviklet gjennom fast og langvarig praksis fra EMD. Tradisjonelt har lovkravet blitt inndelt i to komponenter. For det første kreves det at inngrepet har et rettslig grunnlag i nasjonal rett. Videre må rettsgrunnlaget tilfredsstillende visse kvalitetskrav: rettsgrunnlaget må være *tilgjengelig* og *forutsigbart* for vedkommende som blir rammet av inngrepet.⁹³ Overordnet må de ulike komponentene oppfylle kravet til "the rule of law". Dette er grunnleggende rettsstatsprinsipper som er uttrykkelig nevnt i fortalen til konvensjonen. Formålet bak lovkravet er å verne borgerne fra vilkårlige myndighetsinngrep.⁹⁴

Den første komponenten i lovkravet krever at inngrepet har et rettslig grunnlag i nasjonal rett. I *Big Brother Watch mot Storbritannia* uttalte EMD at "*the impugned measure must have some basic in domestic law*".⁹⁵ Det kreves ikke at inngrepet er hjemlet i formell lov, så lenge det har hjemmel etter den nasjonale retten i det aktuelle landet. Formell lov, forskrift, uskrevne rett og rettspraksis vil således alle oppfylle kravet til "law" etter bestemmelsen. Til sammenligning går Grunnlovens § 113 hjemmelskrav lengre enn lovkravet i EMK, ettersom det kreves at inngrepet har hjemmel i formell lov.⁹⁶ Hjemlene om tilrettelagt innhenting vil bli

⁹³ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 228.

⁹⁴ Bertelsen (2011) s. 268.

⁹⁵ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 305.

⁹⁶ Aall (2018) s. 115.

regulert i formell norsk lov, forutsatt at lovforslaget blir vedtatt av Stortinget. Forslaget vil således oppfylle kravet om at inngrepet må ha rettslig grunnlag i nasjonal rett.

Den kvalitative siden av lovkravet retter seg mot lovens kvalitet, slik at rettsgrunnlaget må være i tråd med "the rule of law".⁹⁷ I dette ligger det er krav om at rettsgrunnlaget er tilgjengelig og gir tilstrekkelig forutberegnelighet for borgerne. Det følger av praksis fra EMD at "*with regard to the quality of the law at issue, it must be accessible to the person concerned and have foreseeable consequences*".⁹⁸

Kravet om tilgjengelighet innebærer at borgerne må ha en faktisk mulighet til å sette seg inn i rettstilstanden på et konkret område. I praksis innebærer dette at rettsregler som har betydning for konvensjonsrettighetene må være gjort kjent, eller publisert, slik at borgerne har adgang til reglene og kan gjøre seg kjent med dem.⁹⁹ Interne instruksjoner, som vil være utilgjengelig for borgeren, vil ikke være tilstrekkelig.¹⁰⁰ I dette tilfellet vil lovforslaget, forutsatt at det blir vedtatt, bli publisert i Norsk Lovtidend, og dermed oppfylle kravet til tilgjengelighet.¹⁰¹

Forutberegnelighetskravet innebærer at rettsgrunnlaget skal være så tilstrekkelig klart og presist at borgeren kan forutse sin rettsstilling, og innrette sin handlemåte deretter.¹⁰² I relasjon til skjult overvåkning av kommunikasjon har EMD uttalt at kravet til forutberegnelighet ("foreseeability") ikke er det samme som i andre forhold.¹⁰³ Det særlige forutberegnelighetskravet til lovverk, som åpner for skjult overvåkning av kommunikasjon, er utviklet gjennom en rekke dommer i EMD.¹⁰⁴

Ved inngrep som følger av skjult overvåkning av kommunikasjon vil forutberegnelighetskravet stå i en særstilling ved at kravet er noe lavere enn ellers. Årsaken er at det ikke er ønskelig at alle detaljer rundt lovgivingen blir offentliggjort, ettersom dette kan føre til at overvåkningsmetodene blir avslørt og at aktuelle etterretningsmål kan tilpasse sin atferd deretter. Formålet med skjult overvåkning er at vedkommende ikke skal vite at de blir

⁹⁷ Kjølbros (2010) s. 591.

⁹⁸ Europarådet (2013) avsnitt 13.

⁹⁹ Bertelsen (2011) s. 268.

¹⁰⁰ EMDs dom 26. april 1976 *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 47

¹⁰¹ Lov 19. juni 1969 nr. 53 om Norsk Lovtidend § 1.

¹⁰² Kjølbros (2010) s. 592.

¹⁰³ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 229.

¹⁰⁴ EMDs dom 6. september 1978 *Klass mfl. mot Tyskland*, EMDs dom 29. juni 2006 *Weber og Saravia mot Tyskland*, EMDs dom 1. juli 2008 *Liberty mfl. mot Storbritannia* og EMDs dom 4. mai 2000 *Rotaru mot Romania*.

overvåket. Et for detaljert lovverk vil dermed undergrave formålet med informasjonsinnhenting.¹⁰⁵ EMD har imidlertid fastslått at ved skjulte inngrep er risikoen for vilkårlighet større, da overvåkningsmetodene i liten grad kan kontrolleres av personen som rammes eller samfunnet for øvrig.¹⁰⁶

EMD anerkjenner at overvåkning kan "(...) *undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it*".¹⁰⁷ For å motvirke den latente misbruksfaren ved systemer som åpner for skjult overvåkning, og for å ivareta kravet om forutberegnelighet, har EMD som nevnt utviklet minstekrav som må fremgå av nasjonal lovgivning. Minstekravene skal sikre at lovgivningen er tilstrekkelig presis og at det foreligger tilstrekkelige rettsikkerhetsgarantier for å unngå myndighetsmisbruk. De nasjonale reglene må (1) angi omstendighetene som kan føre til overvåkning, (2) definere kategorien av mennesker som kan blir omfattet, (3) en grense for varigheten av overvåkningen, (4) prosedyren som skal følges for å undersøke, bruke og lagre dataene som er innhentet, (5) forholdsregler som må følges ved overleveringen av dataene til andre, og (6) under hvilke omstendigheter dataene kan eller må bli slettet eller ødelagt.¹⁰⁸ Som nevnt tidligere skal jeg i det videre drøfte krav nr. 1, 2 og 4.

I avhandlingen fokuseres det på de tre sikkerhetsmekanismene som fremstår som mest problematisk i lys av lovkravet. Det norske lovutkastet inneholder relativt klare regler for grensen av varigheten av overvåkningen (§ 8-6), forholdsregler som må følges ved overleveringen av dataene til andre (§ 7-11), og under hvilke omstendigheter dataene kan eller må slettes (§ 9-9). Disse sikkerhetsmekanismene behandles ikke i det videre.

Ved vurderingen av om overvåkningssystemer er i tråd med lovkravet i EMK artikkel 8, foretar EMD en inngående prøving av lovgivningen ved å undersøke om den ivaretar minstekravene. Det avgjørende for retten er at "(...) *The Court must be satisfied that there are adequate and effective guarantees against abuse.*"¹⁰⁹

EMD presiserer også at minstekravene er nært knyttet til vurderingen av om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn "(...) *the lawfulness of the interference is closely related*

¹⁰⁵ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 229.

¹⁰⁶ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 306.

¹⁰⁷ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 104.

¹⁰⁸ Eksempelvis EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 231, EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 103, EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 307.

¹⁰⁹ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 308.

to the question whether the "necessity" test has been complied with and it is therefore appropriate for the Court to address jointly the "in accordance with the law" and "necessity" requirements."¹¹⁰ Det vil dermed ikke bare være tilstrekkelig at minstekravene er oppfylt. Lovgivningen må også sørge for at inngrepet begrenses til det som er nødvendig i et demokratisk samfunn. Vurderingen er i praksis derfor noe sammenfallende.

Problemstillingen, vedrørende nødvendigheten av inngrepet, redegjøres for i avhandlingens kapittel 7. Den fjerde sikkerhetsmekanismen som omhandler prosedyren for å undersøke, bruke og lagre dataene som er innhentet, behandles i samme kapittel. Dette fordi denne sikkerhetsmekanismen er nært knyttet til hvorvidt kontrollmekanismene er egnet til å begrense inngrepet til det som er "necessary".

Oppsummeringsvis inneholder lovkravet en rekke komponenter som i stor grad retter seg mot å forhindre misbruk og vilkårlighet fra myndighetene. Minstekravene skal ivareta kravet om forutberegnelighet, og samtidig sørge for at lovgivningen begrenser overvåkingen til det som er "necessary". Som en overordnet norm stiller EMD krav til "the quality of the law" ved vurderingen av lovverk som hjemler skjult overvåking.¹¹¹

6.3 Vurdering

Spørsmålet som må besvares er om lovforslaget er i tråd med kravene som følger av praksis fra EMD. En essensiell del av vurderingen er om lovgivningen har "clear, detailed rules" for når overvåkingen kan skje.¹¹²

Hva angår statlig overvåking har EMD uttalt at loven som en del av minstekravene må angi "(...)The circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures".¹¹³ Lovgivningen må dermed angi virkeområdet som kan føre til at myndighetene har rett til å anvende den skjulte overvåkningsmetoden.¹¹⁴

Virkeområdet for overvåkingen skal fremkomme av loven, for å gi borgerne en viss grad av forutberegnelighet i forhold til når overvåkingen kan iverksettes. Det særlige kravet til forutberegnelighet ved statlig overvåking fører til at lovgivningen *ikke* må gi en detaljert

¹¹⁰ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 308.

¹¹¹ EMDs dom 4. mai 2000 *Rotaru mot Romania* avsnitt 52.

¹¹² EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 229.

¹¹³ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 306.

¹¹⁴ Kjølbros (2010) s. 596.

beskrivelse om alle forhold som kan føre til at vedkommende kan bli gjenstand for hemmelig overvåkning.¹¹⁵ Likevel må inngrep som gjør innhugg i fundamentale rettigheter oppfylle det overordnede kravet om at lovgivningen er i samsvar med "the rule of law" og gir "*the individual adequate protection against arbitrary interference*".¹¹⁶

Ved at lovgivingen må angi når myndighetene kan anvende den skjulte overvåkningsmetoden, stilles det videre krav til at hjemlene angir "*the scope of any such discretion conferred on the competent authorities*".¹¹⁷ Virkeområdet for overvåkingen er derfor en sentral del for å begrense at den diskresjonære kompetansen til å bruke overvåkningssystem blir for omfattende. EMD har uttalt at "*the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference*".¹¹⁸ Overvåkningssystemer vil bære preg av noe etterretningsfaglig skjønn, likevel må loven begrense skjønnsutøvelsen og, med en viss nøyaktighet, fastsette hvordan skjønnet skal utøves. Dette er for å sikre at overvåkingen er forholdsmessig, i lys av det legitime formålet den skal ivareta, herunder "national security".

Det stilles dermed strenge krav til hvordan rettsgrunnlag må være utformet for å sikre at skjønnsutøvelsen er begrenset. Loven må inneholde angivelsen av virkeområdet, inkludert særlige terskelangivelser for i hvilke tilfeller og hvordan overvåkingen kan brukes, samt hva overvåkingen kan gå ut på.

Særlig et spørsmål som oppstår i relasjon til systemer som benytter bulkinnsamling av kommunikasjon, er at EMD ikke har avklart hvordan minstekravene skal anvendes. Kravene som er utviklet er i stor grad tilpasset overvåking utført av politiet, hvor tilfellet vil være en mer målrettet og begrenset innsamling av kommunikasjon. I disse sakene har ett av minstekravene for lovgivningen vært "*the nature of offences which may give rise to an interception order*", og et krav om "reasonable suspicion" for overvåkingen.¹¹⁹ Et av spørsmålene som oppstod i sakene Big Brother Watch mfl. og Centrum for Rättvisa var

¹¹⁵ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 119.

¹¹⁶ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 170.

¹¹⁷ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 119.

¹¹⁸ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 119.

¹¹⁹ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 231.

hvordan sikkerhetsmekanismene skulle tilpasses overvåkning ved bulkinnsamling av kommunikasjon.

Avgjørelsen Centrum for Rättvisa gjaldt om den svenske etterretningstjenestens adgang til bulkinnsamling av kommunikasjon i fiberkabler var forenelig med retten til privatliv etter EMK artikkel 8. EMD benyttet vurderingsnormen som er nevnt ovenfor. Selv om EMD påpekte flere svakheter ved lovgivningen, herunder adgangen til effektivt rettsmiddel, kom EMD enstemmig til at det samlet sett forelå tilstrekkelig rettsikkerhetsmekanismer til at det ikke forelå en krenkelse av EMK.

I saken Big Brother Watch mfl. tok EMD stilling til om det britiske systemet for bulkinnsamling var i lovlig etter EMK artikkel 8 og 13. Med utgangspunkt i samme vurderingsnorm som i den svenske saken, oppfylte ikke det britiske systemet minstekravene. Et avgjørende moment var at prosessen for å innhente kommunikasjonsdata ikke var underlagt tilstrekkelig kontroll, og at det ikke forelå tilstrekkelig sikkerhetsmekanismer for utvelgelse og analyse av metadata.¹²⁰

I begge avgjørelsene ble det slått fast at sikkerhetsmekanismene måtte tilpasses til bulksystem, i stedet for å skape nye krav.¹²¹ Forskjellen ved bulkovervåkning ble fremhevet av EMD i Big Brother Watch mfl.:

"In a targeted interception regime, the nature of the communications to be intercepted should be tightly defined, (...) the opposite will normally be true of a bulk interception regime, where the discretion to intercept is broader, but stricter controls will be applied at the selection for examination stage".¹²²

EMD benytter dette som utgangspunkt, og viser til at ved vurdering av overvåkningssystemer må grunnlaget for å gi til tillatelse til bulkinnsamling vurderes først. Deretter må det ses på om hjemlene gir adekvat forutberegnelighet for borgerne vedrørende hvilken kommunikasjon som kan innhentes og utvelges for analyse.¹²³ Tilnærmingen i Big Brother Watch mfl. skiller seg noe fra avgjørelsen Centrum for Rättvisa. I denne saken var vurderingen fra EMD mer overordnet, og i mindre grad tilknyttet til de enkelte ledd i overvåkningsprosessen.

¹²⁰ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 387-388.

¹²¹ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 320.

¹²² EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 329.

¹²³ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 330.

Jeg mener de nevnte avgjørelsene representerer et skifte i hvordan EMD vurderer lover som åpner for hemmelig overvåking, og avgjørelsene kan tyde på at EMD har utviklet en ny vurderingsnorm. Det er likevel ikke gitt at samme tilnærming anvendes når avgjørelsene skal behandles i storkammer.

Uavhengig av hvilken tilnæringsmetode som benyttes er essensen at lovverket må tilpasses de særlige utfordringene ved bulkovervåking, ved at loven begrenser virkeområdet, gir forutberegnelighet for borgerne og hindrer myndighetsmisbruk ved å begrense myndighetenes diskresjonære kompetanse.

For å vurdere om tilrettelagt innhenting kan tillates, må de materielle vilkårene undersøkes. For det første må innhenting kunne bidra til at Etterretningstjenesten oppfyller de lovpålagte oppgavene i kapittel 3, jf. vilkåret Etterretningstjenesten kan for "*etterretningsformål*" innhente elektronisk kommunikasjon. Vilkaeret vurderes i avsnitt 6.3.1 Det neste vilkaeret som må oppfylles er at innhenting ikke strider med territorialbegrensningen i § 4-1 og § 4-2. Vilkaeret drøftes i avsnitt 6.3.2. Deretter må det foreligge "grunn til å undersøke" den aktuelle kommunikasjonen etter §§ 5-1 og §5-2. Vilkaeret gjennomgås i avsnitt 6.3.3

Samlet sett vil alle de øvrige vilkårene danne virkeområdet for tilrettelagt innhenting. For at yttergrensen skal være tilstrekkelig klart angitt, må bestemmelsene være utformet slik at borgerens forutberegnelighet er ivaretatt, og Etterretningstjenestens diskresjonære kompetanse er begrenset.

6.3.1 Omstendighetene for tilrettelagt innhenting

Det naturlige utgangspunktet for drøftelsen er hjemmelen for innhenting og virkeområde som fremkommer av forslaget § 7-1.

"Etterretningstjenesten kan for etterretningsformål innhente elektronisk kommunikasjon som transporteres over den norske landegrense når grunnvilkårene etter kapittel 5 er oppfylt, særreglene i kapittel 7 og 8 følges og innhenting ikke strider mot øvrige bestemmelser i loven her."

Etter grunnvilkårene i kapittel 5, §§ 5-1 og 5-2, følger det at bulkinnsamling av elektronisk kommunikasjon kun kan skje dersom det skal frembringe informasjon som er relevant for

"etterrettningsformål". Hva som regnes som etterrettningsformål er foreslått opplistet i lovutkastet kapittel 3 om Etterretningstjenestens oppgaver.

I lovutkastet er det totalt opplistet nitten ulike formål, fordelt på fem paragrafer. Formålene for Etterretningstjenesten er uttømmende opplistet, og vil danne yttergrensen for hvilke omstendigheter som kan medføre at tilrettelagt innhenting iverksettes. Ved at oppstillingen er uttømmende, begrenses faren for *formålsutglidning*. Faren for formålsutglidning er fremhevet som et moment som har betydning for om loven oppfyller lovkravet etter EMK.

Ved at lovutkastet uttømmende opplister alle formål som beskriver hvilke formål som kan lede til at borgerne blir berørt av tilrettelagt innhenting, taler for at forslaget oppfyller kravet om at det må foreligge en tilstrekkelig beskrivelse av omstendighetene til overvåkingen.

Deretter må det undersøkes om formålene setter rammer for myndighetenes "discretionary powers". Jeg skal peke på noen av formålene som jeg anser som mest interessante i lys av kravet. En fullstendig gjennomgang av alle formålene for innhenting er, innenfor rammene av avhandlingen, ikke mulig.

Etter § 3-1 første ledd skal Etterretningstjenesten innhente og analysere informasjon om "utenlandske militære og sivile forhold". At bulkinnsamling brukes for å innhente utenlandsetterretning er i utgangspunktet et avgrenset virkeområde, som bidrar til å overholde EMDs krav om tilstrekkelig klart angitt anvendelsesområde.

Det følger av § 3-2 bokstav a at Etterretningstjenesten kan innhente og analysere informasjon om utenlandske, militære og sivile formål som kan bidra til "*ivaretagelse av prioriterte utenriks-, forsvars- og sikkerhetspolitiske interesser*". Det fremkommer av Høringsnotatet at "*prioriterte*" skal fungere som et kvalifiserende vilkår, og viser til de interesser som til enhver tid er prioritert av oppdragsgiveren, som i dette tilfellet er norske myndigheter.¹²⁴ Samtidig fremheves det at ordlyden ikke er til hinder for at Etterretningstjenesten selv kan forslå at bestemte temaer prioriteres innenfor de aktuelle saksfeltene utenriks- forsvars- og sikkerhetspolitiske interesser.¹²⁵ Hva som ligger i ordlyden "utenriks- forsvars- og

¹²⁴ Høringsnotat punkt 7.6.1.3 s. 108.

¹²⁵ Høringsnotat punkt 7.6.1.3 s. 108.

sikkerhetspolitiske interesser", er ikke ytterligere presisert i Høringsnotatet, men det uttales at det i mange tilfeller er vanskelig å skille mellom de ulike begrepene.¹²⁶

Jeg mener formuleringen "*ivaretagelse av prioriterte utenriks-, forsvars- og sikkerhetspolitiske interesser*" er upresis i sin ordlyd. Ved at Etterretningstjenesten selv kan avgjøre hvilke temaer som skal prioriteres, gir bestemmelsen en stor grad av skjønn til Etterretningstjenesten. Videre gir ikke forarbeidene noen utdypende forklaring for hva som ligger i formålet, og det er ikke klart hvilke vurderingsnormer som skal ligge til grunn for at noe skal anses som "prioriterte" saksområder. Når EMD har fremhevet at lovgivningen må angi omstendighetene som kan føre til at myndighetene har rett til å anvende den skjulte metoden, er de noe tvil om § 3-2 a oppfyller kravet.¹²⁷

I EMDs avgjørelse *Centrum for Rättvisa mot Sverige*, påpekte domstolen at formålene for den svenske signaletterretningstjenestens bulkinnsamling av metadata var svært vage. Den svenske lovgivningen opplistet til sammen åtte formål som kunne begrunne innhenting av kommunikasjonsdata.¹²⁸ EMD kom frem til at formålene var tilstrekkelig klart utformet, under henvisning til at det i forarbeidene til loven var ytterligere beskrevet hva som mentes med formålene.¹²⁹ Avgjørelsen tyder på at manglende tilstrekkelig klar lovtekst kan avhjelpes ved at forarbeidene gir tilstrekkelig utfyllende forklaring på hva som omfattes, og dermed setter grenser for myndighetenes skjønnsutøvelse.

I det norske lovutkastet er det nitten formål som kan begrunne Etterretningstjenestens bulkinnsamling av elektronisk kommunikasjon. I Høringsnotatet er formålene nærmere beskrevet på side 97 til 112. Sammenlignet med faktumet i *Centrum for Rättvisa*, vil ikke det norske forslagetets vage ordlyd avhjelpes ved henvisning til forarbeidene.

Departementet skriver i Høringsnotatet at det "*verken er hensiktsmessig eller mulig å gi en detaljert beskrivelse i loven hvilke handlinger som kan lede til at enkeltpersoner blir berørt av Etterretningstjenestens innhentingsvirksomhet eller at de havner i tjenestens søkelys*".¹³⁰

Etter min vurdering er ikke departementets argumentasjon overbevisende. Etter uttalelsen forstår jeg det slik at departementet bevisst har valgt å holde lovgivningen åpen når det

¹²⁶ Høringsnotat punkt 7.6.1.3 s. 108.

¹²⁷ Kjølbro (2010) s. 596.

¹²⁸ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 120.

¹²⁹ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 124.

¹³⁰ Høringsnotat punkt 7.4.2 s. 95.

gjelder hvilke omstendigheter som kan føre til at Etterretningstjenesten kan iverksette innhenting. Uttalelsen fra departementet, står i kontrast til EMDs uttalelse i Centrum mot Rättvisa, hvor det fremgår at "*the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.*".¹³¹ Jeg finner det derfor uheldig at departementet velger å holde lovgivningen relativt åpen på dette punktet.

Departementet har videre uttalt at de vurderer avgrensingen i kapittel 3 slik at Etterretningstjenestens virksomhet blir *klar og forutsigbar*, og egnet for reell prøving av domstolen.¹³² Denne uttalelsen står i kontrast til uttalelsen ovenfor, og jeg mener departementet ikke lykkes i å utforme formålene på en tilstrekkelig klar måte. Selv om formålene er uttømmende opplistet, vil ikke dette være tilstrekkelig når ordlyden er utformet slik at nesten all informasjon kan tenkes å være "etterretningsrelevant" i den rette kontekst. Det er forståelig at formålene vil endres i takt med samfunnsutviklingen, og at hensynet til en dynamisk lovgivning taler for en åpen lov, likevel virker formålene bevist utformet slik at Etterretningstjenesten selv kan "tilpasse" formålene ut fra hvilke interesser de selv ønsker å ivareta. En slik lovgivning vil klart ikke oppfylle lovkravet etter EMK.

I lys av at det er et vesentlig krav at lovreglene skal angi "*circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures*", mener jeg det er betenkelig at formålene i kapittel 3 i stor grad er skjønnsmessig formulert. I praksis er det fremhevet at det ikke skal overlates for mye diskresjonær kompetanse til myndigheten som iverksetter overvåkingen. Sett i lys av at overvåkningsmetoden utgjør et sterkt inngrep i rettighetene, er det essensielt at det norske lovforslaget har "clear, detailed rules" for når overvåkingen kan skje.¹³³ Det er dermed uklart om det norske lovforslaget er i samsvar med kravene, herunder sikkerhetsmekanismen som krever at lovgivningen må angi *omstendighetene* for når den skjulte metoden kan iverksettes.

¹³¹ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 119.

¹³² Høringsnotat punkt 11.13.4.2 s. 269.

¹³³ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 229.

6.3.2 Kategorien av mennesker som blir omfattet

Etterretningstjenesten skal som hovedregel drive med *utenlandsetterretning*.

Etterretningstjenesten skal dermed ikke overvåke norske borgere på norsk territorium. Den territorielle begrensningen er regulert i lovutkastets kapittel 4. Lovteknisk er dette gjort ved å presentere hovedregelen for hvem tilrettelagt innhenting *ikke kan rettes mot* i § 4-1. Deretter er *unntakene* fra forbudet regulert i §4-2.

Paragraf 4-1 omhandler forbud mot innhenting rettet mot personer som befinner seg i Norge. Bestemmelsen første og annet ledd lyder følgende:

"Det er forbudt for Etterretningstjenesten å rette innhenting av informasjon mot en fysisk person som oppholder seg i Norge.

Det er forbudt for Etterretningstjenesten å rette innhenting av informasjon mot virksomhet i Norge som utøves av en juridisk person".

En naturlig språklig forståelse av § 4-1 tilsier at Etterretningstjenesten er avskåret fra å innhente kommunikasjonsdata fra enhver fysisk og juridisk person som befinner seg på norsk territorium. En slik forståelse vil føre til at tilrettelagt innhenting ikke kan rettes mot norske borgeres kommunikasjon eller kommunikasjon mellom to norske borgere. Bestemmelsens avgrensede virkeområde taler for at lovutkastet gir tilstrekkelig definisjon på kategorien av mennesker som kan bli gjenstand for tilrettelagt innhenting.

Det fremkommer imidlertid av Høringsnotatet at ordlyden "rette mot" viser til en forutsetning om *overvåkningshensikt* fra Etterretningstjenestens side.¹³⁴ I det nye forslaget er det bare "informasjonsinnhenting med *overvåkningshensikt* som rammes av innhentingsforbudet".¹³⁵ I lovteksten er dette formulert som et forbud *rettet mot* personer som oppholder seg i Norge.

Tolkningen av "rette mot" som et vilkår om overvåkningshensikt har vært gjenstand for stor debatt. EOS-utvalget og Etterretningstjenesten har tidligere diskutert forståelsen av territorialbegrensningen, og uenigheten var en sentral faktor for at EOS-utvalget sendte en særskilt melding til Stortinget om manglende rettsgrunnlag for Etterretningstjenestens overvåkningsvirksomhet. En av oppgavene til EOS-utvalget er å kontrollere at det territorielle

¹³⁴ Høringsnotat punkt 8.4.3.3 s. 124.

¹³⁵ Høringsnotat punkt 1.3.2 s. 17.

innhentingsforbudet overholdes, og er som nevnt en del av de innførte kontrollmekanismene i lovforslaget.

Departementet mener at "overvåket" må tolkes slik at vedkommende må bli utsatt for gjentatt eller systematisk overvåkning, eller i det minste tilsiktet informasjonsinnhenting.¹³⁶

Departementet mener at bestemmelsen relaterer seg til selve *innhentingmetoden* og *fokuset for innsamlingen*, og ikke til den etterfølgende lagringen og sammenstillingen av kommunikasjonsdata.¹³⁷

Departementet forutsetter at forbudet i § 4-1 bare gjelder der det foreligger overvåkningshensikt fra Etterretningstjenestens side. Ved departementets forståelse til grunn, vil Etterretningstjenestens arbeid med å identifisere nye etterretningsmål falle utenfor forbudet, selv om kommunikasjon fra norske borgere "utilsiktet vil følge med på lasset ved slik innsamling, fordi denne aktiviteten ikke vil bli innhentet med "*overvåkningshensikt*".¹³⁸ Departementet mener at det er nødvendig å operere med et krav om overvåkningshensikt for at Etterretningstjenesten skal kunne løse sine lovpålagte oppgaver på en hensiktsmessig og effektiv måte.

Etter min vurdering står uttalelsene fra departementet i et motsetningsforhold til EMD. Praksis fra domstolen har fastslått at inngrepet allerede foreligger ved selve innhenting, og er særlig inngripende ved bruken og lagringen. Følgende eksempel kan illustrere problemstillingen: Etterretningstjenesten samler inn metadata fra et utenlandsk telefonnummer som er relevant for tjenestens oppgaver. Under innsamlingen foreligger det ingen "overvåkningshensikt" mot norske borgere, selv om innsamlingen utilsiktet inneholder norsk kommunikasjon. Innhenting vil dermed ikke rammes av innhentingsforbudet i § 4-1. Etterpå benyttes dataene fra norske borgere til sammenstilling og lagring. Innsamlingen må i utgangspunktet stoppes, men fordi det ikke foreligger noen overvåkningshensikt er den ikke "*rettet mot*" norske borgere, men "*rettet mot forhold eller personer i utlandet*".

EOS-utvalget er ikke enig i at "rette mot" relaterer seg til selve innhentingmetoden og fokuset for innsamlingen. Utvalget fremhever at ved en slik forståelse vil lovgivningen ikke

¹³⁶ Høringsnotat punkt 8.4.3.1 s. 123.

¹³⁷ Høringsnotat punkt 8.2.2.5 s. 117.

¹³⁸ Høringsnotat punkt 8.4.3.3 s. 124.

gi anvisningen hvor grensen går. Videre at tolkningen reiser spørsmål om når "overvåkningshensikten" må inntre, og hvor inngripende tiltaket er i privatlivet.¹³⁹

I norsk lovgivning er det ikke uvanlig at det brukes vage ord og uttrykk. Departementet fremhever at det grunnleggende poeng er å søke og formulere forbudet på en så presis og dekkende måte som mulig, med ytterlige redegjørelse i lovens forarbeider. Ved den nye formuleringen "rette mot" mener de videre at lovregelen er tilstrekkelig utformet og bedre tilpasset de utfordringer som Etterretningstjenesten står ovenfor.¹⁴⁰ Hvilke hensyn som taler for tolkningen er det i Høringsnotatet ikke nærmere redegjort for.

Etter mitt syn er formuleringen "rette mot" i forslaget § 4-1 problematisk. Ved tolkning av lover er hovedregelen at de enkelte ord antas å ha samme mening som i alminnelig språklig forståelse. Ved den valgte formuleringen, vil den naturlige språklige forståelsen avvike fra lovttekstens reelle innhold. Selv om ordlydens betydning vil fremgå av forarbeidene til lovforslaget, er det uheldig at departementet bevisst utformer en lovttekst som en alminnelig borger, uten juridisk bakgrunn, ikke vil ha forutsetninger for å forstå. Ved å lese bestemmelsen alene, uten tilgang til andre kilder, forstås bestemmelsen slik at norsk kommunikasjon ikke er gjenstand for tilrettelagt innhenting. Bestemmelsen gir dermed uttrykk for uriktige detaljer for hvem som kan få sin kommunikasjon overvåket.

Videre mener jeg det vil stride med den alminnelige rettsforståelsen dersom Etterretningstjenestens "overvåkningshensikt" skal være det avgjørende. For vedkommende som berøres av innhenting vil det være uvesentlig om det foreligger en "overvåkningshensikt" eller om innhenting i realiteten var rettet mot en annen person enn den som berøres. Faktum vil likevel være at Etterretningstjenesten kan innhente og lagre kommunikasjonsdata om personer som befinner seg i Norge og kommuniserer innenfor landegrensene. En slik adgang kommer ikke klart frem av loven, noe som gjøre det problematisk i lys av kravet om forutberegnelighet og kravet om at lovgivingen må angi kategorien av mennesker som kan bli utsatt for overvåkning. Kriteriet "overvåkningshensikt" åpner i prinsippet for at tilrettelagt innhenting kan benyttes opp mot kommunikasjonen til alle som oppholder seg i Norge, så lenge innsamlingen kan anses "rettet mot forhold eller personer i utlandet".

¹³⁹ Høringsuttalelse fra EOS-utvalget (12.02.19) punkt 5.2 side 4-5.

¹⁴⁰ Høringsnotat punkt 8.4.3.4 s. 125.

Dersom departementet mener at "overvåkningshensikt" skal være vilkåret for innhentingsforbudet, må dette fremgå uttrykkelig av lovteksten for å sikre at lovhjemmelen er i tråd med lovkravet i EMK artikkel 8.

6.3.3 Grunnvilkåret "grunn til å undersøke"

Grunnvilkårene for innhenting har en parallell til kravet som følger av sikkerhetsmekanismene. Etter sikkerhetsmekanismene må lovgivningen angi kategorien av mennesker som kan omfattes. Kravet skal ivareta borgerens forutberegnelighet, ved at de vet hvilken norm som legges til grunn for vurderingen av det konkrete inngrepet. I saker som har omhandlet innhenting av kommunikasjon er vilkåret formulert som "*the categories of persons who, in practice, may have their communications intercepted*"¹⁴¹ og "*to identify the nature of the offences which could give rise to an interception order*".¹⁴²

Ved systemer for bulkinnsamling er kravet vurdert slik at lovgivingen totalt sett må angi virkeområdet. Et sentralt moment er at vilkåret, når overvåkingen kan iverksettes, er tilstrekkelig klart.

Grunnvilkårene for tilrettelagt innhenting er foreslått regulert i lovforslagets kapittel 5. Etter lovforslaget kan tilrettelagt innhenting iverksettes når alle grunnvilkårene i kapittel 5 er oppfylt. I kapitlet sondres det mellom de to hovedformene for innhenting; målsøking og målrettet innhenting.

Vilkåret "grunn til å undersøke" taler for at det må foreligge objektive holdepunkter som tilsier at vedkommende besitter informasjon som er relevant for å løse Etterretningstjenestens oppgaver i kapittel 3. Ordlyden "grunn til å undersøke" er tilsvarende terskel som benyttes i straffeprosessloven kapittel 16 om tvangsmidler, som fastslår at overvåking kan skje når det er "grunn til å tro" at noen planlegger alvorlige straffbare handlinger.¹⁴³ Ved en slik forståelse til grunn, er innhenting og søk i metadata betinget av at det foreligger objektivt målbare holdepunkter for at vedkommende besitter etterretningsrelevant informasjon.

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden "*kan bidra til*", kreves det ikke sannsynlighetsovervekt for at innhenting skal frembringe relevant informasjon. Likevel forstås det slik at det må være noe sannsynlig at det foreligger relevant informasjon.

¹⁴¹ EMDs dom 12. januar 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 66.

¹⁴² EMDs dom 18. mai 2010 *Kennedy mot Storbritannia* avsnitt 135.

¹⁴³ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) §§ 222 a, 222c og 222 d.

Departementet fremhever i Høringsnotatet at vilkåret "grunn til å undersøke" sikter til at målsøkingen må bygge på enkelte ledetråder, slik som erfaringsbaserte hypoteser eller holdepunkt.¹⁴⁴ Med erfaringsbaserte hypoteser menes hypoteser som er begrunnet med holdepunkter basert på ervervet kunnskap. For målrettet innhenting kreves det "konkrete holdepunkter" som gir "grunn til å undersøke". Sannsynlighetskravet skal dermed være noe strengere for målrettet innhenting enn for målsøking.¹⁴⁵ Departementet har uttalt at sannsynlighetskravet ligger i området 10 til 40 prosent sannsynlighet. Dette medfører at innhenting av metadata også kan skje dersom sannsynligheten for å frembringe relevant informasjon er lav.¹⁴⁶

Verken ordlyden eller forarbeidene gir holdepunkter for å forstå hva som gjør at det er en "grunn til å undersøke". EMD har uttalt at den kriminelle handling ikke må fremgå eksplisitt i en oppregning i lovgivningen, men at "sufficient detail should be provided on the nature of the offence in question".¹⁴⁷ Avgjørende er at lovgivningen totalt sett gir en indikasjon på hvilke handlinger som må begås for at den aktuelle metoden kan anvendes. Vilkåret "grunn til å undersøke" fremstår dermed som en tilstrekkelig avgrenset vurderingsnorm som begrenser Etterretningstjenestens skjønn for når målsøking og målrettet innhenting foretas.

Det følger imidlertid av Høringsnotatet at "*innhenting for etterretningsformål aldri vil være basert på mistanke eller lignende individualbaserte terskler for innhenting og behandling av informasjon etter analogi fra justissektoren og straffeprosessen*" og "*Etterretningstjenestens oppgave er å vurdere trender og fremtidige handlinger hos fremmede stater, organisasjoner og personer, uavhengig av om disse har gjort eller vil gjøre noe straffbart*".¹⁴⁸ Videre fremhever departementet at vilkåret "grunn til å undersøke" ikke skal ha noen sammenheng med tilsvarende begreper som brukes i politiloven eller straffeprosessloven, og at den lignende ordlyden ikke innebærer lik tolkning eller anvendelse.¹⁴⁹

Vilkåret "grunn til å undersøke" åpner for at Etterretningstjenesten kan bruke skjulte metoder og samle inn informasjon, uten at det foreligger krav om mistanke eller holdepunkter som tilsier at vedkommende har begått kriminelle handlinger. Begrunnelsen for den strenge

¹⁴⁴ Høringsnotat punkt 9.5.4.2 s. 155.

¹⁴⁵ Høringsnotat punkt 9.5.4.2 s.155.

¹⁴⁶ Høringsnotat punkt 9.5.4.3 s.156.

¹⁴⁷ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 143.

¹⁴⁸ Høringsnotat punkt 9.2.2.2 s. 147.

¹⁴⁹ Høringsnotat punkt 9.5.4.4 s. 156.

reguleringen i straffeprosessloven er at inngrep i privatlivet anses som sterke inngrep, og bør ikke forekomme dersom det ikke er klart at vedkommende har begått alvorlige kriminelle handlinger. Innhenting og søk i innholds- og metadata utfordrer dermed et sentralt prinsipp i rettstaten, nemlig at det må foreligge skjellig grunn til mistanke mot noen dersom myndighetene skal kunne anvende et tvangsmiddel.

Saken Szabó og Vissy mot Ungarn omhandlet skjult overvåkning utført for anti-terrorisme. Den ungarske loven åpnet for hemmelig overvåkning, under henvisning til formålet "national security" i EMK artikkel 8. EMD kom til at lovgivningen var i strid med EMK artikkel 8 og uttalte "*the category is overly broad, because there is no requirement of any kind for the authorities to demonstrate the actual or presumed relation between the persons or range of persons "concerned" and the prevention of any terrorist threat*".¹⁵⁰ Omfanget av overvåkningen var ikke tilstrekkelig avgrenset, og kunne i realiteten omfatte nesten alle borgerne i Ungarn.

Departementet uttaler i Høringsnotatet at "*Innhenting kan også skje mot personer som ikke utgjør noen trussel eller som ikke er involvert i noe klanderverdig, men som følge av at personene besitter, kommuniserer eller vil kunne motta informasjon som er relevant for formål som ligger innenfor oppgavebeskrivelsen*".¹⁵¹

På den andre siden har Etterretningstjenesten et annet formål med sin informasjonsinnhenting, og departementet har fremhevet at Etterretningstjenesten må gå bredt ut for å innhente informasjon om individer for å løse sitt oppdrag, selv om det ikke foreligger konkret mistanke. Ved bulkinnsamling av kommunikasjonsdata vil det være utfordrende å oppstille klare krav til hvilke handlinger som må begås. Departementet uttaler "*Standarden for en utenlandsetterretningstjeneste må vurderes i lys av at ukjente trusler knyttet til fremmede stater, organisasjoner og personer ikke er mulig å avdekke uten å innhente, sammenstille og analyse små informasjonsbiter over lang tid som hver og en ikke i seg selv sannsynliggjør trusselen*".¹⁵²

Det har som nevnt i avsnitt 6.3, tidligere vært et krav i EMDs praksis, at det måtte foreligge "*reasonable suspicion*" for at overvåkningen skulle oppfylle sikkerhetsmekanismene. I

¹⁵⁰ Høringsnotat punkt 7.2 s. 95.

¹⁵¹ Høringsnotat punkt 7.2 s. 95.

¹⁵² Høringsnotat punkt 9.5.4.4 s. 157.

avgjørelsen Roman Zakharov mot Russland uttaler EMD "*The Court reiterates that it must be capable of verifying the existence of a reasonable suspicion against the person concerned, in particular, whether there are factual indications for suspecting that person of planning, committing or having committed criminal acts or other acts that may give rise to secret surveillance measures, such as, for example, acts endangering national security.*"¹⁵³ I avgjørelsen Centrum for Rättvisa er kravet ikke nevnt, mens EMD uttalte i Big Brother Watch mfl. at bulkinnsamling, per definisjon, innebærer at innsamlingen ikke er målrettet, og et krav om rimelig mistanke ville gjøre driften av en slik ordning umulig.¹⁵⁴ På bakgrunn av dette konkluderte domstolen med at kravet om "reasonable suspicion" ikke kan oppfylles fullt ut, og at minstekravet om "kategorien av mennesker som blir omfattet" må tilpasses overvåkning ved bulkinnsamling.¹⁵⁵

Jeg mener at de to siste avgjørelsene fra EMD enten må forstås slik at kravene som ble etablert i storkammeravgjørelsen Roman Zakharov skal fravikes, eller at domstolen ikke har etablert et skille mellom overvåkningssystem som operer med individualisert innhenting og bulkovervåkning. Dersom avgjørelsene skal legges til grunn, vil vilkåret "grunn til å undersøke" være tilstrekkelig for at kravet er oppfylt. Samtidig er det grunn til å stille seg kritisk til avgjørelsene. Begge sakene er påanket til storkammer, og i avgjørelsen Big Brother var det to dissenterende dommere, som delvis var enig/uenig i at sikkerhetsmekanismene skulle tilpasses bulkinnsamling.

Den delvis dissenterende dommeren Koskelo uttalte i Big Brother Watch mfl. at bulksystem muliggjør en enorm fare for misbruk ved at den åpner for innsamling uten krav om rimelig mistanke. Hun uttaler videre at "*I am not convinced, in the light of present-day circumstances, that reliance on the Court's existing case-law provides an adequate approach to the kind of surveillance regimes like the one we are dealing with here. A more thorough reconsideration would be called for. I acknowledge that this would be a task for the Court's Grand Chamber*".¹⁵⁶ Jeg mener uttalelsen, og det faktum at begge avgjørelsene er tatt inn til storkammerbehandling, antyder at vilkåret vil være gjenstand for utførlig gjennomgåelse av EMD. Det er derfor usikkert hvilke krav som vil bli gjort gjeldende for bulkinnsamling, men

¹⁵³ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 260.

¹⁵⁴ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 212.

¹⁵⁵ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 316.

¹⁵⁶ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia*, dommer Koskelo og Turković avsnitt 3.

dersom kravet om "reasonable suspicion" blir opprettholdt, vil det norske lovverket ikke oppfylle kravet.

6.4 Oppsummering

Tilrettelagt innhenting oppfyller det formelle lovkravet, og vil være tilgjengelig for borgeren. Når det gjelder kravet til lovens kvalitet, har forslaget flere svakheter. Reglene om etterretningsformål, territorialbegrensningen og vilkåret "grunn til å undersøke", fremstår som uklart og delvis utilgjengelig ved at bestemmelsene må leses i sammenheng. Bestemmelsene lykkes ikke i å sikre forutberegnelighet for borgerne, noe som er problematisk i lys av lovkravet.

Når EMD har lagt til grunn et strengt presisjonskrav, er det betenkelig at departementet bevisst velger å holde lovgivningen åpen med hensyn til hvilke omstendigheter som kan føre til at overvåkningsmetoden iverksettes. Videre er det uheldig at vilkåret "rette mot" i § 4-1 ikke tydeliggjør at det i realiteten må foreligge "overvåkningshensikt".

Bestemmelsene inneholder dermed svakheter, og i lys av at overvåkningsmetoden utgjør et sterkt inngrep i privatlivet, må det kunne forventes at borgerne får en tilstrekkelig klar og detaljert beskrivelse av når man kan bli berørt av metoden.

7 Nødvendighetskravet

7.1 Innledning

Det tredje vilkåret som må være oppfylt for at inngrep skal være lovlig etter EMK artikkel 8 er nødvendighetskravet. For at inngrepet skal være lovlig må inngrepet være "necessary in a democratic society" for å oppnå det legitime formålet etter artikkelen. Vilkaåret må vurderes i lys av statenes skjønnsmargin ("margin of appreciation").

I dette kapittelet redegjøres det først for innholdet i nødvendighetskravet og statenes skjønnsmargin i avsnitt 7.2. Deretter foretas det en analyse av lovforslaget opp mot nødvendighetskravet. Fokuset for analysen er den fjerde sikkerhetsmekanismen: *prosedyren for søk, lagring og bruk av innsamlet data*.¹⁵⁷ I kravet skal jeg, som tidligere nevnt, vurdere hvem som er gitt kompetansen til å bestemme om tilrettelagt innhenting iverksettes, og hvilke ordninger som er etablert for en uavhengig kontroll med hvordan metoden brukes.

7.2 Nødvendighetskravets innhold

Vilkåret "necessary in a democratic society" innebærer at inngrepet må være nødvendig for å ivareta det legitime formålet. I dette ligger det en vurdering av at samfunnsinteressene som taler for inngrepet er mer tungtveiende enn de interessene som krenkes ved inngrepet.¹⁵⁸ Vurderingen omtales som artikkelens *forholdsmessighetsvurdering*.¹⁵⁹

Vurderingstemaet er tradisjonelt inndelt i tre komponenter: for det første må inngrepet være *egnet* til å oppnå det aktuelle formålet. Deretter må inngrepet være *nødvendig* av hensyn til samfunnsinteressene. Avslutningsvis må inngrepet være *forholdsmessig*. Samlet sett er det disse komponentene som avgjør om inngrepet kan regnes som "necessary in a democratic society".

Når det gjelder Etterretningstjenestens hemmelige overvåkning, må hensynet til "national security" og "public safety" veies opp mot hensynet til at borgerne skal kunne få ha sitt privatliv i fred, og kommunisere fritt med andre, uten at myndighetene griper inn.¹⁶⁰ Som

¹⁵⁷ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 231.

¹⁵⁸ Kjølbros (2010) s. 599.

¹⁵⁹ Sml. Aall (2018) s. 150, Kjølbros (2010) s. 601 og Berthelsen (2011) s. 276.

¹⁶⁰ Husabø (2015) s. 250.

tidligere nevnt har EMD uttalt at hemmelig overvåkning kan "*undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it*".¹⁶¹

På bakgrunn av den store misbruksfaren har EMD i noen avgjørelser uttalt at hemmelig overvåkning bare kan godtas dersom det er *strengt nødvendig* for å beskytte demokratiske institusjoner, og strengt nødvendig for å skaffe viktige opplysninger.¹⁶² I avgjørelsen Rotaru mot Romania ble det uttalt at inngrepet måtte være "*strictly necessary for safeguarding the democratic institutions*".¹⁶³ I avgjørelsene Roman Zakharov mot Russland, Centrum mot Rättvisa og Big Brother Watch mfl. ble det imidlertid lagt til grunn at det var tilstrekkelig at inngrepet var *nødvendig*.¹⁶⁴ Det ble i avgjørelsene ikke operert med et strengt nødvendighetskrav. Uavhengig av hvilken vurderingsnorm som legges til grunn, må vilkåret vurderes i lys av statenes skjønnsmargin.

Statenes skjønnsmargin innebærer at konvensjonstatene nyter en viss grad av frihet nå de skal velge hvilke midler som skal oppnå de legitime formålene.¹⁶⁵ Hvilken skjønnsmargin som statene er tilkjent på området, avgjør hvor intensivt EMD vil overprøve lovgivningen. Uavhengig om statene gis en vid eller snever skjønnsmargin, er det aldri tale om en ubegrenset frihet.¹⁶⁶ Det er domstolens oppgave å vurdere om et inngrep er nødvendig og forholdsmessig.

Selv om statene nyter en vid skjønnsmargin, overprøver retten om det finnes tilstrekkelige garantier mot misbruk.¹⁶⁷ På dette punktet oppstår det en kobling mellom nødvendighetskravet og lovkravet. For at inngrepet skal kunne anses som "necessary in a democratic society", må lovreglene oppfylle lovkravet slik at hjemlene er tilstrekkelig klar og forutberegnelig. EMD vil i vurderingen om forholdsmessighet ta utgangspunkt i sikkerhetsmekanismene. Domstolen har lagt vesentlig vekt på hvem som er gitt kompetanse til å bestemme om overvåkingen skal iverksettes, og hvilke ordninger som er etablert for en uavhengig, etterfølgende kontroll med hvordan metodene brukes i praksis.

¹⁶¹ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 104.

¹⁶² EMDs dom 12. januar 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 73 EMDs dom 6. september 1978 *Klass mfl. mot Tyskland* avsnitt 42 og EMDs dom 4. mai 2000 *Rotaru mot Romania* avsnitt 47.

¹⁶³ EMDs dom 4. mai 2000 *Rotaru mot Romania* avsnitt 47.

¹⁶⁴ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 304, EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 194 og EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 232.

¹⁶⁵ Eksempelvis EMDs dom 29. juni 2006 *Weber og Saravia* avsnitt 106.

¹⁶⁶ Kjølbros (2010) s. 600.

¹⁶⁷ EMDs dom 12. januar 2016 *Szabó og Vissy* avsnitt 57.

I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i vurderingsnormen som fremkommer av Big Brother Watch mfl. og Centrum for Rättvisa. Det avgjørende er om kontrollmekanismene for tilrettelagt innhenting sørger for at inngrepet begrenses til det som er "nødvendig i demokratisk samfunn".

Ved at EMD har gitt statene en vid skjønnsmargin i valg av overvåkningssystem, mener jeg at kravet "strictly necessary" havner i et motsetningsforhold. Dersom staten selv skal gis stor frihet i valg av system, samtidig som EMD operer med et krav om at inngrep må begrenses til det som er strengt nødvendig, vil overvåkning ved bulksystem vanskelig oppfylle kravet. Som nevnt ligger det i systemets natur at innhenting går bredt ut. Det er vil derfor være vanskelig å påvise at det er "strictly necessary" å frembringe informasjonen. Ved bulkinnsamling innhentes vesentlige mengder overskuddsinformasjon som ikke er relevant for etterretningstjenesten, og dermed naturligvis ikke "strictly necessary". Det at kravet ikke er benyttet i avgjørelsene Centrum for Rättvisa og Big Brother Watch mfl. kan ikke gis for stor vekt, da dommene ikke er rettskraftige. Hvilken vurderingsnorm som blir lagt til grunn etter behandling i storkammer er usikkert. I det følgende benytter jeg den mildere vurderingsnormen, men knyttet kommentarer der jeg anser at bestemmelsene ikke oppfyller kravet til "strictly necessary".

7.3 Vurdering

Nedenfor skal jeg først undersøke om tilrettelagt innhenting er *egnet* til å sikre "nasjonal sikkerhet", deretter om metoden er *nødvendig*. Avslutningsvis vurderer jeg om inngrepet er *forholdsmessig*.

7.3.1 Er tilrettelagt innhenting egnet og nødvendig i et demokratisk samfunn?

Tilrettelagt innhenting er i Høringsnotatet begrunnet som nødvendig på grunn av den teknologiske utviklingen. Digitaliseringen, nasjonalt og globalt, skaper nye sårbarheter og utfordringer som kan få alvorlige konsekvenser, og som myndighetene må være i stand til å håndtere.¹⁶⁸ Videre fremhever departementet at Etterretningstjenesten må være utrustet med nødvendige og effektive verktøy for å håndtere utfordringene på en god måte.¹⁶⁹ Det uttales også at "*Departementet vurderer at tilgang på grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon vil gi Etterretningstjenesten anledning til å selvstendig og formålsrettet*

¹⁶⁸ Høringsnotat punkt 11.6.2 s. 193.

¹⁶⁹ Høringsnotat punkt 11.6.3 s. 195.

innhente kritisk informasjon fra en helt sentral informasjonskilde som tjenesten i dag ikke har tilgang til".¹⁷⁰ Momentene som fremgår av Høringsnotatet peker på at metoden tilrettelagt innhenting er *egnet* til å beskytte nasjonal sikkerhet.

I sakene Big Brother Watch mfl. og Centrum for Rättvisa konkluderte EMD med at bulk-innsamling av elektronisk kommunikasjon for beskyttelse av nasjonal sikkerhet var et egnet tiltak, og kunne anses nødvendig i et demokratisk samfunn. Det ble uttalt at "*bulk interception is a valuable means to achieve the legitimate aims pursued, particularly given the current threat level from both global terrorism and serious crime*".¹⁷¹ Lovforslaget om tilrettelagt innhenting er dermed egnet til å beskytte "national security".

En del av nødvendighetsvurderingen er at det ikke kan finnes mindre inngripende tiltak som har samme effekt. Kravet har en side til "mildeste inngreps prinsipp". Det avgjørende for spørsmålet er hvorvidt det er påvist "relevant and sufficient reasons" for å innføre metoden.¹⁷² Det første som må vurderes er om det foreligger tilstrekkelige grunner til å innføre tilrettelagt innhenting.

I en stadig mer globalisert verden er grenseoverskridende trusler økende, og det digitale rom er blitt et forum som nærmest berører alle aspekter ved det moderne samfunnet. Norske rettssubjekter er i økende grad blitt relevant for den norske utenlandsetterretning som følge av rekruttering, planlegging og deltagelse i internasjonal terrorisme.¹⁷³

Samtidig har de fleste en forventning om at den digitale kommunikasjonen via internett er privat, og at myndighetene ikke kan gjøre seg kjent med innholdet i denne kommunikasjonen. På den andre siden har myndighetene et behov for å beskytte statens territorium og dens borgere fra utenlandske trusler. Problemstillingen ligger i skjæringspunktet mellom hensynet til personopplysningsvern, og rikets og innbyggernes sikkerhet. I Høringsnotatet har departementet foretatt en vurdering av "nullalternativet", altså at status quo fastholdes, og tilrettelagt innhenting ikke blir innført. I vurderingen er det trukket frem at "nullalternativet" vil medføre at ingen myndighet i Norge vil kunne oppdage utenlandske forhold og trusler som ikke er bundet til pågående eller fremtidige oppgaver, da dette faller utenfor PSTs

¹⁷⁰ Høringsnotat punkt 11.6.3 s. 194.

¹⁷¹ EMDs dom 13. september 2018 *Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia* avsnitt 386. Sml. EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 112.

¹⁷² EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 143.

¹⁷³ Dokument 7:2 punkt 5.3.3 s. 7.

virkeområde.¹⁷⁴ Departementet trekker frem at manglende utenlandsetterretning, paradoksalt vil føre til mer innenlandsetterretning, noe som fremheves som mer inngripende for borgerne enn hvis Etterretningstjenesten får tilgang til overvåkning.¹⁷⁵ Argumentasjonen og momentene som fremheves taler for at tilrettelagt innhenting er nødvendig, og mindre inngripende enn "nullalternativet".

Departementet har også vurdert ulike varianter av tilrettelagt innhenting, eksempelvis det som omtales som "lettversjonen". Konklusjonen til departementet er at etterretningstjenesten bør få anledning til å innhente metadata i bulk, samt målrettet innholdsdata.¹⁷⁶ Tilrettelagt innhenting fastslås som den metoden som vil gi størst etterretningsmessig verdi. Ved at det er gjort en utførlig vurdering av ulike alternativer, fremstår metoden som så godt begrunnet at den kan anses som *nødvendig* i et demokratisk samfunn.

7.3.2 Prosedyren for å undersøke, bruke og lagre data

I denne vurderingen må kontrollmekanismene som foreligger for innhenting, lagring og søk kunne begrense inngrepet til det som er "necessary in a democratic society".

For at EMD skal kunne ta stilling til om tilrettelagt innhenting er et forholdsmessig inngrep, må den ta utgangspunkt i hvordan tiltaket er regulert. Utgangspunktet for vurderingen er dermed de materielle vilkårene og kontrollmekanismene i forslaget.

Lovgivningen må inneholde kontrollmekanismer som sikrer at loven blir fulgt. Etter praksis fra EMD er det fremhevet at den beste rettsikkerhetsgarantien er om kontrollen er lagt til en uavhengig domstol.¹⁷⁷ Domstolen må være upartisk og uavhengig for at kontrollen skal være reell.

EMD har slått fast at kontrollen får betydning i tre ulike stadier. Forhåndskontroll, forløpende kontroll og etterkontroll.¹⁷⁸ Kontrollsystemet må ses i sammenheng og EMD foretar en samlet vurdering av kontrollen for å se om den oppfyller kravet etter EMK artikkel 8. I relasjon til de to første stadiene fremhever domstolen, at det følger av sakens natur, at både overvåkning og kontroll utføres uten den berørtes kjennskap. På bakgrunn av dette uttaler

¹⁷⁴ Høringsnotat punkt 11.7.4.2 s. 204.

¹⁷⁵ Høringsnotat punkt 11.7.4.2 s. 204.

¹⁷⁶ Høringsnotat punkt 11.7.6 s. 209.

¹⁷⁷ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 105.

¹⁷⁸ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 105.

EMD "*since the individual will necessarily be prevented from seeking an effective remedy of his or her own accord or from taking a direct part in any review proceedings, it is essential that the procedures established should themselves provide adequate and equivalent guarantees safeguarding his or her rights*".¹⁷⁹

Etter lovforslaget er forhåndskontrollen lagt til Oslo tingrett, jf. § 8-1. For at Etterretningstjenesten skal kunne foreta søk i metadata, eller innhente og lagre innholdsdata, må domstolen avsi kjennelse, jf. § 8-1. EMD har påpekt at det er ønskelig at kontrollen ligger til en uavhengig domstol, da "*judicial control normally offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure*".¹⁸⁰ Lovforslaget oppfylder dermed kravet til en uavhengig forhåndskontroll.

Forhåndskontroll ved en domstol er ikke et avgjørende moment for om det foreligger tilstrekkelig kontroll, men det er fremhevet som et viktig element som kan forhindre myndighetenes skjønnsutøvelse og forhindre misbruk.¹⁸¹ Forhåndskontroll ved domstolen, er dermed et viktig moment som kan bidra til "adequate and effective guarantees". Videre skal domstolen overprøve om vilkårene etter loven er oppfylt, jf. § 8-4. Dette innebærer at også domstolen skal ta en selvstendig overprøving av om inngrepet er forholdsmessig etter § 5-4.

EMD har fremhevet at det ikke er tilstrekkelig at det kun foreligger forhåndskontroll i domstolen. Domstolen må også kunne foreta en *reell* kontroll. I relasjon til dette kravet er det som nevnt usikkert hvorvidt kontrollen er reell på grunn av at de materielle vilkårene er uklare og vagt utformet. I Høringssvaret fra dommerne Julsrud mfl. og Borgarting lagmannsrett, problematiseres det hvorvidt domstolen vil kunne foreta en reell overprøving.¹⁸² Et moment som fremheves, er at Etterretningstjenesten selv kan medbringe fagkyndige dersom det er nødvendig for å opplyse saken, jf. § 8-3. Høringssvarene påpeker at domstolen kan bli "*etterretningstjenesten forlengende arm, eller at de er sandpåstrøere*".¹⁸³ Og at det derfor er behov for at domstolen skal kunne oppnevne uavhengige fagkyndige.

Domstolen skal som nevnt overprøve om inngrepet er forholdsmessig etter §5-4. I denne vurderingen skal det vurderes om det kan foretas mindre inngripende metoder. For at

¹⁷⁹ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 105.

¹⁸⁰ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 105.

¹⁸¹ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 133.

¹⁸² Høringssuttalelse fra Julsrud mfl. (12.02.19) og Borgarting lagmannsrett (07.02.19).

¹⁸³ Høringssuttalelse fra Julsrud mfl. (12.02.19).

domstolen skal kunne vurderer forholdsmessigheten fremhever dommerne at det er nødvendig med teknisk innsikt, om bl.a. søk og algoritmer, for å ta stilling til konsekvensene og forholdsmessigheten.¹⁸⁴ Denne kunnskapen vil en alminnelig dommer normalt sett ikke inneha.

Etter min vurdering reiser høringssvarene høyst relevante problemstillinger. Det er betenkelig at domstolsapparatet, som er innført som en av de sentrale kontrollmekanismene, er usikker på om overprøvingen blir reell. Ved at Etterretningstjenesten selv skal velge fagkyndige, mener jeg det kan stilles spørsmålsteget ved hvorvidt den fagkyndige vil kunne fremlegge nøytrale fakta. Dommerne som skal avgi kjennelsen vil ikke ha noen forutsetninger for å kontrollere den fagkyndiges vurderinger, noe som kan føre til at kontrollen ikke blir uavhengig. EMD har fremhevet at kontrollen må være "sufficiently independent from the executive".¹⁸⁵ Det kan stilles spørsmålsteget hvorvidt dette er oppfylt.

Vedrørende forhåndskontrollen fremkommer det av forslaget § 7-7 at Etterretningstjenestens innhenting og lagring av metadata ikke er underlagt forhåndskontroll ved domstolen. Hvorvidt metadata innsamles og lagres er opp til Etterretningstjenesten selv. Det fremkommer ikke i Høringsnotatet hvorfor lagringen av metadata ikke er underlagt kontroll, men jeg antar årsaken har sammenheng med at departementet anser metadata som mindre inngripende enn innholdsdata. Som vist i kapittel 4, anser EMD at inngrepet allerede foreligger ved innsamling og lagring, uavhengig av bruk. Det er derfor betenkelig at prosedyren for innsamling av metadata ikke er underlagt forhåndskontroll.

Det fremkommer av forslaget at Etterretningstjenesten skal opprette en liste over hvilke metadata som lagres for å forhindre at det lagres innholdsdata, jf. § 7-7 annet ledd. Listen skal være tilgjengelig for EOS-utvalget. Det er positivt at det foreligger en liste som er gjenstand for kontroll av EOS-utvalget. Likevel har EOS-utvalget ikke mulighet til å avsi "bindende" avgjørelser, og bidrar derfor ikke til en reell overprøving.

Et annet moment som er relevant i tilknytning til forholdsmessighetsvurderingen etter § 8-4 er at Etterretningstjenesten kan ved søk i metadata tilhørende en person, gjøre søk to ledd ut i personens kommunikasjonskjede, jf. § 7-8 første ledd annet punktum. I Datatilsynets høringsutkast er det vist til en studie fra Stanford universitet i USA, som anslår at

¹⁸⁴ Høringsuttalelse fra Julsrud mfl. (12.02.19).

¹⁸⁵ EMDs dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 258.

Etterretningstjenesten med utgangspunkt i ett telefonnummer vil få tilgang til metadata om ca. 25 000 personer, forutsatt adgang til søk to ledd ut i kommunikasjonskjeden.¹⁸⁶ Søk ved metadata i to ledd vil dermed ramme en stor mengde personer.

Departementet avviser høringsvaret fra Datatilsynet, og uttaler at studiet "*bygger den på et lite og ikke-representativt datasett, og funnene har ikke nødvendigvis gyldighet for norske forhold*".¹⁸⁷ Det redegjøres ikke for hvor mange som blir berørt av "to-ledd", og etter Høringsnotatet er søk med to ledd ut, kun begrunnet i etterretningsfaglige behov.

Videre vil slike søk i aller høyeste grad omfatte personer som ikke er relevante for Etterretningstjenestens oppgaver. En slik adgang mener jeg må anses som uproporsjonal.

Etter lovforslaget skal domstolen som *hovedregel* ved tillatelse til søk i metadata, gi tillatelse til søk to ledd ut, med mindre retten i *særskilte tilfeller* bestemmer noe annet, jf. § 7-8. Hovedregelen er dermed at slike søk *skal* tillates. Tatt i betraktning av inngrepets karakter, er det betenkelig at dette fremstår som en hovedregel, snarere enn et snevert unntak.

Sett i lys av fraværet av tungtveiende samfunnsinteresser for søk to ledd ut, og at innhenting slik den fremgår i dag vil omfatte svært mange personer, vil dette kunne bli ansett uforholdsmessig. Det er som nevnt staten som har begrunnelsesbyrden. Videre vil ordlyden "med mindre retten i særskilte tilfeller" ikke fritta domstolen fra å måtte foreta en vurdering av forholdsmessigheten av søk to ledd ut. Om hva som skal vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen er det uttalt i Høringsnotatet "*I en konkret helhetsvurdering vil det også være tillatt å ta i betraktning nødvendigheten av at Etterretningstjenesten i en målsøkningsfase må gå bredt ut. I disse tilfellene kan det ikke oppstilles en for høy terskel knyttet til sannsynligheten for at formålet med informasjonsinnhenting vil bli oppnådd*".¹⁸⁸ Uttalelsen i Høringsnotatet begrenser domstolens mulighet til å foreta en selvstendig og reell vurdering av forholdsmessigheten i forhold til hva ordlyden isolert sett tilsier, og vil være i direkte strid med kravet om en uavhengig og reell domstolskontroll. Det følger av EMD at "*the values of a democratic society must be followed as faithfully as possible in the*

¹⁸⁶ Høringsuttalelse fra Datatilsynet (06.02.19) punkt 6.4.1 s. 31-32.

¹⁸⁷ Høringsnotat punkt 11.14.6.2 s. 258.

¹⁸⁸ Høringsnotat punkt 9.5.3. s 153.

supervisory procedures if the bounds of necessity, within the meaning of Article 8 § 2, are not to be exceeded".¹⁸⁹

Dersom søk i to ledd skal tillates og anses forholdsmessig, bør det konkretiseres i forarbeidene i hvilke tilfeller det kan være forholdsmessig.¹⁹⁰

Et annet sentralt moment som jeg mener må tilegnes vesentlig vekt er at EOS-utvalget har påpekt at "overvåkningshensikt" vil være en vanskelig vurderingsnorm for utvalget og domstolen.¹⁹¹ Ved at vilkåret er vagt formulert, vil det være utfordrende for kontrollorganene å kunne bevise om Etterretningstjenesten hadde en objektivt målbar "overvåkningshensikt", da vilkåret fremstår som en subjektiv vurderingsnorm. Det fremkommer heller ikke klart av Høringsnotatet når "overvåkningshensikten" må foreligge, og eventuelt konsekvensene av at den opphører under innsamling. Hvilken hensikt Etterretningstjenesten har i de enkelte tilfeller, vil være vanskelig å overprøve.

Departementet hevder at territorialbegrensingen i § 4-1 sørger for at Etterretningstjenesten ikke kan gjennomføre søk i metadata rettet mot de norske kontaktene av et etterretningsmål. Som vist i vurderingen ovenfor i kapittel 6.3.2 vil denne begrensingen ha minimal betydning ettersom "rettet mot" krever at det foreligger en overvåkningshensikt fra Etterretningstjenestens side. Uttalelsen må derfor forstås slik at det med *overvåkningshensikt* ikke kan gjøres søk i metadata mot norske kontakter, men at det vil være tillatt dersom denne informasjonen utilsiktet blir gjenstand for søk.

Ved at lovforslaget i realitet åpner for at overvåkingen kan ramme norske borgere, er det større sannsynlighet for at EMD vil anse inngrepet som uforholdsmessig. Det skjerpede nødvendighetskravet stammer fra saker om overvåkningssystem rettet mot "the average citizen",¹⁹² ved at systemet åpner for lagring av egne borgeres kommunikasjon vil misbrukspotensiale øke betraktelig, og kravene til lovhjemlene ytterligere skjerpes. Det er derfor nærliggende at EMD vil kunne anse at hjemlene ikke begrenser inngrepet til det som er nødvendig i et demokratisk samfunn.

¹⁸⁹ Videre vil Grl. § 95 pålegge domstolen en plikt til å sette rammen for utøvelsen av tilrettelagt innhenting i samsvar med kravene etter EMD.

¹⁹⁰ EMDs dom 19. juni 2018 *Centrum for Rättvisa mot Sverige* avsnitt 105.

¹⁹¹ Høringsuttalelse fra EOS-utvalget (12.02.19) punkt 5.3 s. 5.

¹⁹² EMDs dom 12. januar 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 68.

7.4 Oppsummering

Tilrettelagt innhenting er helt klart egnet til å beskytte nasjonal sikkerhet, men rettsikkerhetsgarantiene er ikke tilstrekkelig "vanntett" til å kunne si at tilrettelagt innhenting er et forholdsmessig inngrep. Videre er det positivt at lovforslaget har innført flere kontrollmekanismer som skal sikre den prosessuelle gjennomføringen av tilrettelagt innhenting. Det at lovgivningen tar sikte på å regulere de overvåkningsmetodene som Etterretningstjenesten kan benytte er også et positivt grep for å sikre at kravene etter EMK artikkel 8 er oppfylt.

Et av hensynene bak sikkerhetsmekanismene er å sikre "*the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the "interference" to what is "necessary in a democratic society"*".¹⁹³ En gjennomgang av kontrollmekanismene tyder likevel på at hjemmelsgrunnlaget ikke er utformet tilstrekkelig, til at inngrepet begrenses til det som er nødvendig, i et demokratisk samfunn. Når vilkårene er vagt utformet, stiller jeg spørsmål til hvor reell kontrollen av tilrettelagt innhenting vil være.

Når forhåndskontrollen i seg selv ikke nødvendigvis betyr at inngrepet begrenses, må dette tillegges vekt. Videre mener jeg departementet bør ta høyde for at kravet "strictly necessary" kan bli gjeninnført etter storkammerbehandling, noe som vil få implikasjoner for det norske lovverket. I lys av at innsamlingen av metadata ikke er underlagt forhåndskontroll, selv om denne også utgjør et inngrep i privatlivet, anser jeg det slik at det foreligger svakhet ved reguleringen av tilrettelagt innhenting.

Etter det som er vurdert i det overstående, mener jeg totalt sett at prosedyren for å undersøke, bruke og lagre data, ved kontrollmekanismene *ikke* begrenser inngrepet til det som er nødvendig i et demokratisk samfunn. Følgelig vil tilrettelagt innhenting ikke være "necessary i et democratic society".

¹⁹³ EMDs dom 12. januar 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 57.

8 Er tilrettelagt innhenting i tråd med EMK artikkel 8?

8.1 Konklusjon

Etter en gjennomgang av forslagens hjemler for tilrettelagt innhenting, mener jeg at Etterretningstjenestens foreslåtte adgang til å benytte tilrettelagt innhenting, ikke er i tråd med de menneskerettslige kravene etter EMK artikkel 8.

Etter min mening, vil lovverket totalt sett, ikke oppfylle lovkravet eller nødvendighetskravet i artikkel 8. Sikkerhetsmekanismene som er analysert, er ikke tilstrekkelig regulert i forslaget til at de imøtegår kravet til "adequate and effective guarantees against abuse". Vurderingen baserer seg på, som analysen viser, en rekke faktorer.

For det første vil de materielle vilkårene for bruken av tilrettelagt innhenting, og de prosessuelle sikkerhetsmekanismene, ha avgjørende betydning. Kravene til vilkårene blir strengere dersom metoden anses som et alvorlig inngrep. Som jeg konkluderte med i avsnitt 4.2 anser jeg både metadata og innholdsdata som sterke inngrep i retten til privatliv.

Det er positivt at lovgivningen regulerer når tilrettelagt innhenting kan anvendes, ved både å ha listet opp formål i kapittel 3, innhentingsforbud i § 4-1 og grunnvilkår i kapittel 5. Videre er metoden underlagt domstolskontroll, som skal overprøve hvorvidt vilkårene er oppfylt, og kontrollere at inngrepet er forholdsmessig. Kontrollmekanismene er også ytterligere skjerpet ved at EOS-utvalget fører løpende- og etterhåndskontroll. Departementet har forsøkt å regulere metoden etter prinsippene som er utviklet i EMD. Videre er tilrettelagt innhenting potensielt godt egnet til å tjene de formål som søkes, og anses som en nødvendig metode i et demokratisk samfunn.

Selv om lovgivningen har tatt sikte på å innføre sikkerhetsmekanismene, finner jeg det betenkelig at lovforslaget inneholder flere svakheter vedrørende vilkårene i EMK. Svakheteene manifesterer seg i stor grad i hvordan hjemlene er utformet. Manglene ved hjemmelsgrunnlaget får ringvirkninger i nødvendighetsvurderingen, og fører til at kontrollmekanismene ikke klarer å begrense inngrepet til det som er "necessary in a democratic society".

For det andre er det betenkelig at individer som ikke mistenkes for å ha begått en kriminell handling, skal kunne bli utsatt for overvåkning. Innføringen av tilrettelagt innhenting utfordrer dermed prinsippet om mistankekrav ved inngrep. Videre er det ytterligere

problematisk at det kan gjøres søk to ledd ut i en personkrets. Borgere risikerer dermed å få sin kommunikasjon undersøkt av Etterretningstjenesten på det grunnlag av de har kontakt med et individ som det kan være "grunn til å undersøke". Terskelen for innhenting er meget lav og rammer uforholdsmessig mange personer.

For det tredje er det problematisk at Høringsnotatet dysser ned hvor alvorlig inngrepet er. Det fremheves at "tilrettelagt innhenting" ikke er masseovervåkning, uten at det tas høyde for at det nettopp er masseovervåkning tilrettelagt innhenting muliggjør, selv om dette ikke er intensjonen. Systemet har en slik alvorlig fare ved seg, at det bør undersøkes nærmere for hvilke konsekvenser metoden kan medføre. Departementet har avfeid nedkjølingseffekt og formålsutgliding som mulige konsekvenser, uten at det er tilstrekkelig begrunnet. Dette til tross for at forskning og EMD har lagt til grunn at dette er reelle konsekvenser

Departementet bør ta til seg kritikken som fremkommer av de ulike høringssvarene, og ikke undergrave kritikken med at høringsinstansene har misforstått forslaget.¹⁹⁴ I alle tilfeller, dersom dette skulle være tilfellet, sier dette noe om hvordan forslaget er utformet. Ved at flere institusjoner med høye faglige kvalifikasjoner ikke har de rette forutsetningene for å forstå lovens innhold, vil den alminnelige borgeren stå i en særdeles vanskelig posisjon.

DGF utvalget påpekte i sitt forslag at det ville være få friheter i hvordan tilrettelagt innhenting kunne innføres, og at selv små endringer kunne føre til at den juridiske holdbarhet tapes.¹⁹⁵ Det er tydelig at det er en utfordrende oppgave for lovgiver å lage et lovverk som er klart innenfor EMDs krav, samtidig som metoden skal ha høy verdi for Etterretningstjenesten.

Uavhengig om det er en krevende oppgave, må det kunne forventes at systemet prioriterer å ivareta borgerens rettssikkerhet gjennom tilstrekkelig kontrollmekanismer. Svakheter i lovverket kan avhjelpest ved at skjønnet som er tillagt Etterretningstjenesten strammes inn. Etter mitt syn har departementet lagt seg for nær minstelinjen for hvilke krav som må være oppfylt etter EMD. Uavhengig om systemet utgjør et konvensjonsbrudd bør Norge, som et demokratisk samfunn og rettstat, ha ambisjoner om å være godt innenfor menneskerettighetene som verner individets grunnleggende rettigheter. Ved

¹⁹⁴ Lunde (2019).

¹⁹⁵ Lysne-II utvalget s. 70.

overvåkningsmetoden tilrettelagt innhenting står den norske lovgivningen i et svært problematisk spenningsforhold med EMK.

Sett i lys av den uklare rettsstillingen som bulksystemer står ovenfor, ved at de to mest sentrale avgjørelsene er anket til storkammer, bør lovforslaget legges på is frem til det foreligger en avklaring fra EMD.

Den usikre balansen mellom behovet for sikkerhet, og retten til privatliv, vil fortsette å karakterisere "risikosamfunnet" i det 21. århundre.¹⁹⁶ Den økte globaliseringen vil trolig presse disse vanskelige problemene inn på et nytt territorium – enten det er trusler fra transnasjonal terrorisme, hybrid krigføring, eller nye teknologiske overvåkningsfunksjoner som digital ansiktsgjenkjenning og kunstig intelligens.

Som nevnt innledningsvis, står vi ovenfor et interessevalg. Hva er viktigst? Bulkovervåkning har flere positive sider ved seg, men dessverre veier ikke dette opp mot innhugget det gjør i privatlivet. Privatlivet er en helt grunnleggende verdi, og vi som samfunn bør etterstrebe at retten ivaretas og sikres fra myndighetene – ikke utfordres og tøyes.

¹⁹⁶ Risikosamfunnet: det moderne samfunn har blitt et risikosamfunn i den forstand at det i økende grad er opptatt av debatt, forebygging og styring av risiko som den selv har produsert jf. Beck (2006).

Kildeliste

Lovregister

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
	Lov 19. juni 1969 nr. 53 om Norsk Lovtidend
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
EOS-kontrollloven	Lov 3. februar 1995 nr. 7 om kontroll med etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste
Etterretningstjenesteloven	Lov 20. mars 1998 nr. 11 om Etterretningstjenesten
Menneskerettighetsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Ekomloven	Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon

Traktater

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950
EUs Charter	Charter of Fundamental Rights of the European Union, 26. september 2012
Wien-konvensjonen	Vienna convention on the law of treaties, 23. mai 1969

EU-direktiv

EU Directive 2006/24/EC of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC

Lovforarbeider og andre offentlige dokumenter

Forarbeid

Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett

Offentlige dokumenter

Dok. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Dok. 16 (2015-2016) En evaluering av EOS-utvalgets kontroll med etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste

Dokument 7:2 (2015-2016) Særskilt melding fra Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste (EOS-utvalget) om rettsgrunnlaget for Etterretningstjenestens overvåkingsevne

Digitalt grenseforsvar (DGF), 26. august 2016, Lysne II-utvalget

Høringsnotat: Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 12. november 2018

Høringsuttalelser

Høringsuttalelse fra Datatilsynet til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 6. februar 2019 (ref. 2016/2773-5/FD II/HVA)

Høringsuttalelse fra Borgarting lagmannsrett til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 7. februar 2019 (ref. 2016/2773-5/FD rr/HVA)

Høringsuttalelse fra Advokatforeningen til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 12. februar 2019 (ref. 2016/2773-5/fd II/HVA)

Høringsuttalelse fra Amnesty International til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 12. februar 2019

Høringsuttalelse fra Dommerne Åsne Julsrud, Erland Flaterud, Elizabeth Baumann, Anne Horn, Heidi Heggdal, Finn-Arne Selfors til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 12. februar 2019

Høringsuttalelse fra EOS-utvalget til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 12. februar 2019 (ref. 1016/2773-5/FD II 4/SIH)

Høringsuttalelse fra Den internasjonale juristkommisjon (ICJ) til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 12. februar 2019

Høringsuttalelse fra Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 12. februar 2019 (ref. 2016/2773-5/FD II 4/SIH)

Høringsuttalelse fra NRK til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 12. februar 2019 (ref. 2016/2773-5/FD I 1/HVA)

Høringsuttalelse fra Riksadvokaten til forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, 12. februar 2019 (ref. 2018/01611-002 SWO008 601)

Domsregister

Høyesterett

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2015 s. 93

HR-2016-2554-P

Den europeiske menneskerettighetsdomstol

Sunday Times mot Storbritannia 26. april 1976	(saksnummer 6538/74)
Klass mfl. mot Tyskland 6. september 1978	(saksnummer 5029/71)
Tyrer mot Storbritannia 4. april 1978	(saksnummer 5856/72)
Kruslin mot Frankrike 24. april 1990	(saksnummer 11801/85)
Hudvig mot Frankrike 24. april 1990	(saksnummer 11105/84)
Rotaru mot Romania 4. mai 2000	(saksnummer 28341/95)
Weber og Saravia mot Tyskland 29. juni 2006	(saksnummer 54934/00)
Liberty mfl. mot Storbritannia 1. juli 2008	(saksnummer 58243/00)
Kennedy mot Storbritannia 18. mai 2010	(saksnummer 26839/05)
Szabó og Vissy mot Ungarn 12. januar 2016	(saksnummer 37138/14)
Roman Zakharov mot Russland 4. desember 2015	(saksnummer 47143/06)
Centrum for Rättvisa mot Sverige 19. juni 2018	(saksnummer 35252/08)
Big Brother Watch mfl. mot Storbritannia 13. september 2018	(saksnummer 58170/13, 62322/14 og 24960/15)

Den europeiske unions domstol

Sak C-293/12

Digital Rights Ireland Ltd.

Litteraturliste

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlag, 2018.

Beck, Ulrich, *World Risk Society*, 4. utg., Polity Press, 2006.

Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK: Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal akademisk, 2011.

Bruce, Ingvild og Geir Sunde, *Skjulte tvangsmidler*, 2. utg., Universitetsforlaget, 2018.

Europarådet, *National security and European Case-law*, 2013.

Husabø, Erling Johannes, "Hvilke krav stiller Grunnloven og EMK til etterfølgende kontroll av sikkerhets- og etterretningstjenestens inngrep i menneskerettigheter?", *Vedlegg 4 til Dok.16 (2015–2016) Rapport til Stortinget fra Evalueringsutvalget for Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåknings- og sikkerhetstjenesten*, 2015.

Kolsrud, Kjetil, "Kraftig kritikk av den nye e-tjenesteloven", *Rettt24.no*, 2019.
<<https://rett24.no/articles/kraftig-kritikk-av-den-nye-e-tjenesteloven>> (Sjekk 20. mai 2019).

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: For praktikere*, 3. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.

Lunde, Morten Haga, "Å rope "ulv-ulv"", *NRK.no/ytring*, 2019.
<<https://www.nrk.no/ytring/datatilsynet-bommer-1.14429046>> (Sjekk 21. mai 2019)

Müller, Amrei Sophia, M, "En kort innføring i folkerettslig traktatolkning", *Jussens Venner*, 2017, s. 222-259

Norsk sikkerhetsmyndighet, *Rapport: Helhetlig IKT-risikobilde*, 2015.
<https://www.nsm.stat.no/globalassets/rapporter/nsm_helhetlig_ikt_risikobilde_2015_lr.pdf> (Sjekk 20. mai 2019).

NTB/TV 2, "PST sterkt kritisk til forslag til ny etterretningslov", *TV2*, 2019.
<<https://www.tv2.no/a/10411699/>> (Sjekk 20. mai 2019).

Skille, Øyvind Bye, Ståle Hansen, Olav Døvik og Henrik Lied, "Antennene som samler inn data om norske borgere, *NRK*, 2018.<<https://www.nrk.no/dokumentar/xl/antennene-som-samler-inn-data-om-norske-borgere-1.13881286#authors--expand>> (sjekket 20. mai 2019).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 2018.

Statistisk Sentralbyrå, *Ni av ti surfer på nettet hver dag*, 2017.

<<https://www.ssb.no/teknologi-og-innovasjon/artikler-og-publikasjoner/ni-av-ti-surfer-pa-nettet-hver-dag>> (Sjekket 20. mai 2019).

Wetzling, Thorsten og Kilian Vieth, *Upping the Ante on Bulk Surveillance: An International Compendium of Good Legal Safeguards and Oversight Innovations*, The Heinrich Böll Foundation, 2018.