

Til

Forsvarsdepartementet
postmottak@fd.dep.no

Oslo, 2017-01-05

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

Høring – rapport avgitt av Lysne II-utvalget om digitalt grenseforsvar

Norsk Presseforbund (NP) er fellesorganet for norske medier i etiske og redaksjonelt faglige spørsmål. Norsk Redaktørforening (NR) er en landsomfattende sammenslutning av redaktører i alle typer medier. Norsk Journalistlag (NJ) er organisasjonen for redaksjonelle medarbeidere, herunder ledere og frilansere som har journalistikk som yrke.

Vi viser til høringsbrev av 5. oktober 2016 og rapporten fra Lysne II-utvalget. Vi vil gjerne kommentere spørsmål knyttet til det som er våre respektive organisasjoners kjernearbeidsområder; ytringsfrihet og kildevern.

1. Generelt

Medienes kildevern er bredt anerkjent som en helt vesentlig del av ytrings- og pressefriheten og et sentralt prinsipp i ethvert velfungerende demokrati. Det foreligger omfattende internasjonal og nasjonal rettspraksis på dette området, og vi går innledningsvis ikke ytterligere inn på dette.

Rent faktisk har kildevernet i Norge, de siste årene, utviklet seg langs to ulike spor. Kildevernets materielle innhold og kjerne er styrket gjennom flere høyesterettsavgjørelser. Det vises blant annet til Lekkasjesaken Rt-2004-1400, Runesteinsaken Rt-2010-1381, 22. juli-kildesaken Rt-2013-1290 og Rolfsensaken Rt-2015-1286. Dette har sin bakgrunn i at de norske kildevernbestemmelsene må tolkes innskrenkende for å være i tråd med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 10 om ytringsfrihet.

I Lekkasjesaken heter det i Høyesteretts premisser (førstevoterende) at «Reportasjene var slik sett i ytringsfrihetens kjerneområde, hvor kildevernet er nær absolutt.» Til tross for dette har kilden fortsatt ikke – juridisk sett – noen *garanti* for anonymitet, selv om dette er gitt som løfte av den gjeldende redaksjon. Det er fortsatt den medieetiske leveregel og entydige praksis som gir kilden denne tryggheten.

I 22. juli-kildesaken drøfter førstevoterende spørsmålet om hvorvidt et pålegg om å oppgi identiteten til en kilde hvis tilbud NRK valgte ikke å benytte, kunne ha en «chilling effect» og som sådan innebære et problem. Høyesterett konkluderte slik:

Det kan spørres om de hensyn som ligger bak kildevernet, gjør seg fullt ut gjeldende når pressen selv ikke vil bruke kilden. For min del vegrer jeg meg for å gå inn på en slik grensedragnings. Det kan ikke legges til grunn at potensielle kilder vil ha kjennskap til eller forstå slike distinksjoner. Dersom det gjøres unntak fra kildevernet i slike situasjoner, er jeg redd for at det – uansett om det isolert sett skulle være gode grunner for det – vil avleire seg et generelt inntrykk hos potensielle kilder om at de løper en risiko ved å henvende seg til pressen. Som det fremheves i Rt. 2010 side 1381 avsnitt 62, må det ses hen til «den mer langsiktige effekten av å skulle gjøre unntak – den såkalte «chilling effect», og at det i det lange løp er ... en risiko for at en mer utstrakt bruk av vitneplikt vil kunne medføre at viktige kilder blir borte.»

I Rolfsensaken slår Høyesterett blant annet fast at kildevernet som utgangspunkt også vil omfatte upublisert materiale, en konklusjon som er fulgt opp i forslaget til ny straffeprosesslov (NOU 2016:24 s. 279).

Parallelt med denne utviklingen blir kildevernet utsatt for et stadig sterkere press. Det skjer dels gjennom en teknologisk utvikling som – uavhengig av lovgivning og rettslige rammer – gjør det stadig vanskeligere for journalistiske medier rent faktisk og praktisk å gi kildene et sterkt og reelt vern. Dels skjer det gjennom lovgivning som i stadig større grad åpner for at myndighetene, på ulike premisser, kan ta i bruk metoder som gjør det mulig å utøve kommunikasjonskontroll og annen form for overvåking. Omfanget av denne typen lovgivning har økt voldsomt de siste 15 årene, primært begrunnet i behovet for effektive overvåkings- og etterforskningsmetoder med sikte på å forebygge og forhindre terrorangrep og annen alvorlig kriminalitet.

Vi anerkjenner selvsagt samfunnets behov for å beskytte seg mot krefter som truer liv, helse og vitale samfunnsinteresser. Samtidig mener vi, som utvalget også nokså overfladisk er inne på, at dette er forhold som ikke må gå på bekostning av de demokratiske prinsipper som de samme metodene strengt tatt skal beskytte. På dette punktet mener vi utvalgets rapport faller gjennom. Vi vil derfor sterkt fraråde utvalgets anbefalinger, i det minste før det er foretatt en langt mer grundig vurdering av forholdet mellom de tiltak utvalget foreslår og de sentrale demokratiske verdier som vil utfordres av de samme tiltakene. Blant annet mener vi forholdet til kildevernet bør utredes langt mer grundig, og særlig i lys av EMK artikkel 10. Rettssikkerhetsgarantier for at kildevernet skal respekteres må på plass, før forslaget eventuelt kan vedtas.

2. Forslagene i rapporten

Slik vi leser Lysne II-utvalgets rapport vil de forslag som fremmes der innebære en massiv overvåking og innsamling av så vel metadata som innholdsdata fra digital kommunikasjon til og fra norske borgere, organisasjoner, bedrifter osv.

- Store mengder ufiltrert kommunikasjon vil samles i et *korttidslager*, uten noen form for forhåndsvurdering eller godkjenning. Etterretningspersonell vil ha tilgang til dataen i to uker, selv om dette hevdes å være kun til tekniske formål.
- I et *metadatalager* skal det samles data fra «utvalgte protokoller», primært etter at data «som ikke er relevant for E-tjenestens samfunnsoppdrag» er filtrert ut. Dette er for et første ikke betryggende hva gjelder filtreringsmekanismer. Samtidig er det all grunn til å stille spørsmål ved hva som vil havne i kategorien «relevant for E-tjenestens samfunnsoppdrag». Dataene kan lagres i hele 18 måneder og premissene for domstolsgodkjenning legger opp til svært vid adgang til søk.
- *Innholdsdatlageret* er, ifølge utvalget, «det minst problematiske sett fra et personvern- og menneskerettighetsståsted». Dette fordi lageret kun skal romme innhold fra strømmer som er forhåndsgodkjent av en domstol.

I sum er det etter vårt syn helt åpenbart at dette innebærer en dramatisk utvidelse av myndighetenes fullmakter og faktiske adgang til overvåking av ikke bare klart kriminell og samfunnstruende virksomhet, men også av helt legitim kommunikasjon mellom norske borgere. Det at det er den militære etterretningen, som i utgangspunktet slett ikke skal ha norske borgere i Norge som objekter, som er tiltenkt bruk av dette verktøyet, gjør oss ikke mindre urolige.

Det gjør heller ikke den mangelen på forståelse for ytringsfrihet og kildevern som Lysne II-utvalget tilsynelatende preges av. Når utvalget karakteriserer innsamling av innholdsdata som «det minst problematiske» av forslagene, er det et signal om resten av forslagene er svært problematiske eller at man ikke ser det problematiske i å samle inn innholdsdata fra digital kommunikasjon fra norske borgere.

De kontrollmekanismene som utvalget lanserer er til dels åpenbart etterfølgende – hvilket er helt utilstrekkelig dersom det er et mål å unngå en nedkjølende effekt på kildefang og ytringsfrihet (se mer om dette under punkt 3) – og dels gir de alt for vide fullmakter til å kunne fungere som effektive barrierer mot muligheten for urettmessig utnyttelse. Vi viser for øvrig her til NRKs høringsuttalelse og deres gjennomgang av de samme kontrollmekanismene.

3. Nærmere om kildevernet

Vi konstaterer med stor skuffelse at forholdet til kildevernet nesten ikke er nevnt i rapporten. Problemstillingen er indirekte nevnt under *punkt 6.3 Nedkjølingseffekt*, men da mer i generelle vendinger, og uten å trekke frem kildevernet spesielt. Utvalget er likevel tilsynelatende oppmerksomme på de mer overgripende utfordringene hva gjelder det som blant andre Den europeiske menneskerettsdomstolen i en rekke kildevernsaker omtaler som «a chilling effect»:

I denne sammenhengen er også Jeremy Benthams teori om Panoptikon relevant. Fengslene som ble bygget etter Panoptikon-modellen gikk ut på at fangers oppførsel endres når de vet at fengselsbetjenten har mulighet for å overvåke dem på ethvert tidspunkt, selv om fangene vet at overvåkingen ikke er konstant. Poenget er at fangene da til enhver tid oppfører seg som om de var overvåket. Det er grunn til å tro at prinsippet også vil gjelde for digital overvåking. I DGF-sammenheng vil dette bety at selv om innsamlingen ikke er konstant, så kan det medføre at borgernes oppførsel endres.

Reelt demokrati og debatt forutsetter ytringsfrihet. Ytringsfrihet forutsetter tilgang til kommunikasjonskanaler. Når ytringsfriheten er avhengig av digitale løsninger, har myndighetene et ansvar for å innrette disse slik at ytringsfriheten og mulighet for meningsbrytning ivaretas. På denne bakgrunn foreligger det et klart spenningsforhold mellom ønsket om å innføre DGF og de prinsipielle konsekvensene av DGF.

Etter vårt syn er det helt åpenbart at innføring av et system som det Lysne II-utvalget legger opp til, vil ha en betydelig «nedkjølende» effekt på potensielle kilders ønske om å ta og ha kontakt med journalistiske medier. Vi vet av erfaring, blant annet i kjølvannet av den såkalte Rolfsensaken at kilder «tørker ut» dersom den reelle muligheten for å bli overvåket øker – til tross for de mekanismer som er utarbeidet for å sikre mot urettmessig bruk (domstolsgodkjenning, etterhåndskontroll osv).

Et system som det DGF legger opp til, vil samtidig medføre at mediene (og en del kilder) vil bruke mer ressurser på tekniske og metodiske løsninger som omgår de samme systemene. Det er åpenbart – og utvalget er også inne på dette – at myndighetene i så fall vil måtte vurdere mottiltak. DGF inviterer med andre ord til et enormt ressursløseri, hvor myndighetene tar i bruk store ressurser for potensielt å kunne få tak i informasjon som de strengt ikke har et legitimt behov for, samtidig som mange instanser (deriblant mediene) brukes store ressurser på å sikre den samme informasjonen.

Det eneste stedet i rapporten (så langt vi kan se) hvor utvalget spesifikt nevner mediernes kildevern er under punkt 9.5.1. Etter vårt syn er utvalgets drøfting av dette punktet svært lettvtint, og preget av mangel på vilje til å ta inn over seg de utfordringer utvalgets forslag har opp mot nasjonal lovgivning og – ikke minst – internasjonale konvensjoner.

DGF går lengre enn Datalagringsdirektivet, fordi det også inneholder innholdsdata. EUs datalagringsdirektiv skulle som kjent regulere lagring av data fra telefon, Internett og epost. Dataen skulle gi informasjon om hvem man har hatt kontakt med, samt når og hvor man har hatt den. Formålet var å kunne benytte dette for å bekjempe kriminalitet. I 2014 konkluderte EU-domstolen i Luxembourg med at direktivet var «ugyldig», fordi det ville innebære et for omfattende inngrep i respekten for personvernet. EU-direktivet krenket altså menneskerettighetene, ifølge EUs egen domstol.

Like etter gjorde regjeringen det klart at den ville komme med egne forslag om lagring av trafikkdata. Regjeringen nedsatte et ekspertutvalg som skulle utrede hvilke tilpasninger i norske regler som var nødvendig for at Norge ikke skulle krenke menneskerettigheter. At arbeidet med en eventuell norsk lagringslov ble stoppet av våre lovgivere, har blant annet bakgrunn i at ekspertutvalget i 2015 tok kildevernet på alvor, og i usedvanlig klar juridisk tale trakk den slutningen at det tvilsomt om regler vedrørende datalagring vil la seg forene med menneskerettighetene, jf. «Datalagring og menneskerettigheter» utarbeidet av Hans Petter Graver og Henning Harborg på oppdrag fra Justis- og Samferdselsdepartementet avlevert 1. oktober 2015.

Vi finner det i så måte oppsiktsvekkende at DGF ikke er vurdert i lys av Graver og Harborgs ekspertutredning. Vi viser her til side 87 i utredningen, der det heter:

«For kommunikasjonsdata kommer for pressen det særlige hensyn inn at det er kildens identitet som nyter vern, like mye som innholdet av den kommunikasjonen som har foregått mellom kilden og en journalist. Rene kommunikasjonsdata er derfor uten videre mer inngripende i pressens kildevern enn i for eksempel kommunikasjon mellom advokater og leger, hvor det i hovedsak er innholdet i kommunikasjonen som er beskyttet. Det er neppe teknisk mulig å utforme en lagringsplikt som unntar data om kommunikasjon som kan røpe privilegert informasjon fra lagring.»

Med tanke på at konklusjonen i ekspertenes utredning var til hinder for norsk lagringslov, er det for oss ubegripelig at DGF kan vedtas uten ytterligere rettssikkerhetsgarantier for kildevernet. Dette vil etter vår mening aldri kunne stå seg i forhold til «forholdsmessighetsvurderingen» etter EMK artikkel 10.

En av de største misforståelsene i den allmenne debatt om kildevernet, er at kildevernet primært eksisterer som en eksklusiv rettighet for redaktører og journalister. Det skyldes trolig både den språklige utformingen av dagens kildevernbestemmelser, men også hvordan regelverket i stor grad har blitt tolket og fremstilt. Like fullt blir det feil.

Kildevernet – som anonymitetsretten – har ikke redaktører eller journalister som mål. *Anonymitetsretten* har samfunnet som mål. Det er erkjennelsen av det samfunnsnyttige i en anonymitetsrett som begrunner denne. *Kildevernet* har det enkelte menneske som mål. Det er kilden som trenger beskyttelse, ikke redaktører og journalister. Og fra et samfunnsnytte-perspektiv er kildevernet altså nødvendig for å kunne oppfylle målet om å få frem viktig informasjon som ellers ikke ville komme frem. Dette perspektivet synes tidvis å ha blitt delvis borte i debatten om overvåkingens mulige konsekvenser for kildevernet. I det minste har det blitt borte i Lysne II-utvalgets rapport.

En implementering av utvalgets forslag vil utvilsomt kunne gi mediene vanskeligere arbeidsvilkår. Det har imidlertid mer begrenset interesse. Det viktige spørsmålet er hvilke konsekvenser en slik svekkelse

av kildevernet vil få for alle dem sitter på viktig informasjon de mener bør ut, men ikke lenger vil tørre å ta kontakt med en journalist eller redaktør, fordi selv ikke forsikringer om anonymitet fra journalist eller redaktør vil representere noen garanti for at kontakten mellom dem forblir fortrolig.

For fullt ut å kunne forstå betydningen av de endringer DGF vil kunne føre med seg, er det altså helt nødvendig å erkjenne kildevernet som nettopp det det er: et vern av kilden, ikke av mediernes representanter. Det er alle de potensielle informanter og varslere som skal beskyttes, og ikke bare av hensyn til dem, men av hensyn til at det er det beste for et demokratisk samfunn.

Med dette som utgangspunkt stiller vi spørsmål ved om at system som det utvalget foreslår overhodet kan stå seg overfor de internasjonale konvensjoner Norge er forpliktet på.

Det såkalte Metodekontrollutvalget (NOU 2009:15, se særlig kapittel 28) – hvis forslag bare delvis ble fulgt opp – viste blant annet til EMDs dom i saken Weber og Saravia mot Tyskland (saksnummer 94934/00), og oppsummerte dommen slik:

«Dette viser at bruk av etterforskningsmetoder som rammer kommunikasjonen mellom journalist og kilde på en slik måte at kilders identitet kan avsløres eller som kan medføre at kilder blir mer tilbakeholdne med å formidle informasjon til pressen må anses som et inngrep i yttringsfriheten etter EMK artikkel 10. Dette må klart gjelde der journalisters og/eller redaksjoners kommunikasjonskanaler er avlyttet, men antakelig også der samtaler mellom journalist og kilde fanges opp som utilsiktet konsekvens av kommunikasjonskontroll rettet mot en mistenkt.»

Vi nevner også – fra den siste tids rettsutvikling – en prejudisiell dom fra EU-domstolen¹ fra 21. desember 2016 som gjaldt datalagringslover i henholdsvis Sverige og Storbritannia, og hvor domstolen blant annet konkluderte med at «EU law precludes national legislation that prescribes general and indiscriminate retention of data» (EU-domstolens pressemelding), og videre fra selve dommen (dansk versjon):

For at opfylde de krav, der er anført i denne doms foregående præmis, skal en sådan national lovgivning for det første fastsætte klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af en sådan foranstaltning om lagring af data, og som opstiller en række mindstekrav, således at de personer, hvis data er blevet lagret, råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte deres personlige oplysninger mod risikoen for misbrug. Lovgivningen skal navnlig angive, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser der i forebyggende øjemed kan vedtages en foranstaltning om lagring af data, hvorved det sikres, at en sådan foranstaltning begrænses til det strengt nødvendige (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

Etter vårt syn viser dette at Lysne II-utvalget ikke i tilstrekkelig grad har vurdert sine forslag opp mot grunnleggende menneskerettigheter, herunder kildevernet.

1

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186492&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=573235>

4. Konklusjon

Etter vårt syn må Lysne II-utvalgets forslag avvises, så lenge det er i strid med kildevernet. Alternativt må den videre behandling av utvalgets forslag utsettes, i påvente av en grundig utredning av konsekvensene for kildevernet. Før forslaget eventuelt kan vedtas, må det etableres ytterligere tilpasninger i regelverket for at kildevernet i tilstrekkelig grad skal sikres og respekteres.

Med vennlig hilsen

Norsk Presseforbund



Nils E. Øy
generalsekretær (kst)

Norsk Journalistlag



Ina Lindahl Nyrud
advokat

Norsk Redaktørforening



Arne Jensen
generalsekretær