



DET KONGELIGE
FINANSDEPARTEMENT

MOTTATT

12 APR 2010

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep

0030 OSLO

Deres ref
09/585-hk

Vår ref
10/182 VH/GFE

Dato
09.04.2010

Høring om datalagring

Vi viser til brev fra Samferdselsdepartementet av 8. januar 2010 om ovennevnte. Høringsnotatet er utarbeidet av Samferdselsdepartementet, Justisdepartementet og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (heretter omtalt som departementene) i fellesskap.

Punkt 4.13 Andre myndigheters tilgang til data

I høringsnotatet pkt. 4.13 redegjøres det for at Kredittilsynet (nå Finanstilsynet) har hjemmel til å innhente trafikkdata i verdipapirhandeloven § 15-3. I høringsnotatet foreslås det at kun politiet skal ha adgang til å kreve utlevert trafikkdata som ledd i etterforskning av visse straffbare forhold. Det stilles videre *"spørsmål ved hvordan Kredittilsynets tilgang til trafikkdata passer inn i det regime som vil gjelde for politiets tilgang ved innføring av regler som foreslått i dette høringsnotatet."*

Innledningsvis vil Finansdepartementet nevne at Finanstilsynet fører tilsyn med overholdelsen av reglene i verdipapirhandeloven, herunder blant annet reglene om innsidehandel og markedsmissbruk, jf. verdipapirhandeloven § 15-1 annet ledd. Innsyn i trafikkdata har vist seg å ha stor bevismessig betydning i slike saker.

Finanstilsynets hjemmel til å innhente trafikkdata har vært lovfestet i norsk rett siden 2005, jf. verdipapirhandeloven 1997 (lov 19. juni 1997 nr. 79) § 12-2a og gjeldende verdipapirhandellov § 15-3. Finanstilsynets hjemmel til å innhente trafikkdata er vedtatt av Stortinget og gjennomfører EØS-forpliktelser, jf. nedenfor. Finansdepartementet finner det uheldig at det i høringsnotatet åpnes for å revurdere hjemmelen. Finansdepartementet kan heller ikke se at spørsmålet om en eventuell implementering av datalagringsdirektivet i norsk rett gjør dette nødvendig eller ønskelig.

Det følger av EØS-forpliktelser som tilsvarer både markedsmisbruksdirektivet (direktiv 2003/6/EF) art. 12 nr. 2 bokstav d og verdipapirmarkedsdirektivet "MiFID" (direktiv 2004/39/EF) art. 50 nr. 2 bokstav d, at kompetent myndighet skal ha tilgang til trafikkdata etter de to direktivene. Finanstilsynet er kompetent myndighet i Norge i henhold til de to nevnte direktivene. Det er derfor etter Finansdepartementets syn ikke grunn til å stille "*spørsmål ved hvordan Kredittilsynets (Finanstilsynets) tilgang til trafikkdata passer inn i det regime som vil gjelde for politiets tilgang ved innføring av regler som foreslått i dette høringsnotatet*", slik departementene gjør i høringsnotatet. Det kan synes som at man i høringsnotatet ikke tar hensyn til EØS-forpliktelsene nevnt over, i og med at disse forpliktelsene ikke er nevnt eller drøftet nærmere i høringsnotatet. Etter Finansdepartementets syn vil en innskrenkning eller oppheving av Finanstilsynets tilgang til trafikkdata etter verdipapirhandelloven innebære brudd på EØS-forpliktelser som tilsvarer markedsmisbruksdirektivet og MiFID.

Finanstilsynets hjemmel til å innhente trafikkdata har beklageligvis ikke kunnet få fungere etter sin hensikt, blant annet som følge av diskusjoner om hvilke saksbehandlingsregler som gjelder. Finansdepartementet sendte derfor 18. desember 2007 på høring et utkast til forskriftsbestemmelser i verdipapirforskriften med nærmere saksbehandlingsregler om Finanstilsynets adgang til trafikkdata. Forskriftsbestemmelser er foreløpig ikke fastsatt. Prinsipielt mener Finansdepartementet at saksbehandlingsregler for Finanstilsynets tilgang til trafikkdata i så stor utstrekning som mulig bør være tilsvarende reglene som gjelder for politiets innhenting av trafikkdata. Både markedsmisbruksdirektivet og MiFID åpner for at tilsynsorganets kompetanse til å innhente trafikkdata kan være betinget av at en domstol treffer en rettslig avgjørelse. Finansdepartementet antar at det vil gi best sammenheng i regelverket dersom krav om avgjørelse fra en domstol også blir et vilkår for Finanstilsynets adgang til trafikkdata, noe det vil kunne legges opp til i forskrift om saksbehandlingsregler fastsatt i medhold av verdipapirhandelloven § 15-3. Imidlertid må hjemmelsgrunnlaget i verdipapirhandelloven § 15-3 og forskriftsreglene fastsatt i medhold av bestemmelsen være i samsvar med de særlige forpliktelser som følger av markedsmisbruksdirektivet og MiFID. Det vises i den sammenheng til at disse to direktivene forutsetter at tilsynsmyndigheten har tilgang til trafikkdata også i forbindelse med mistanke om lovbrudd med lavere strafferamme enn tre år. Ved fastsettelsen av forskriftsbestemmelser i medhold av verdipapirhandelloven må personvern hensyn og rettssikkerhetshensyn stå sentralt. Dette er hensyn Finansdepartementet vil ivareta ved fastsettelsen av forskriftsbestemmelser.

For øvrig viser Finansdepartementet til vedlagte høringsuttalelse av 22. mars 2010 fra Finanstilsynet, som Finansdepartementet i hovedsak slutter seg til. Det er der gitt en mer utførlig redegjørelse for problemstillingene og vurderingene knyttet til Finanstilsynets tilgang til trafikkdata.

Punkt 6. Administrative og økonomiske konsekvenser

I omtalen av administrative og økonomiske konsekvenser redegjøres det kort for dagens regelverk for dekning av kostnader knyttet til lovbestemt tilgang til informasjon. Det vises til at § 2-8 i Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) fastslår at tilbyders driftskostnader knyttet til oppfyllelse av tilretteleggingsplikten dekkes av staten for de merkostnader som følger av disse tjenestene. Departementene foreslår at dersom datalagringsdirektivet innføres i norsk rett, skal det fortsatt være en delingsmodell hvor ekomtilbyderne har en tilretteleggingsplikt og dekker kostnadene til denne plikten, mens drifts/uthentingskostnader dekkes av politiet i henhold til avtaler.

Finansdepartementet merker seg at kostnadsbildet ved innføring av en lagringsplikt ifølge høringsnotatet vil kunne bli noe annerledes enn i dag. Det vises i høringsnotatet til at Teleplan har vurdert kostnader for alle tilbydere av elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester ved en eventuell innføring av datalagringsdirektivet. Analysen fra 2007/2008 viser at det totalt vil koste mellom 207 og 261 mill. kroner over en femårsperiode dersom man legger til grunn seks måneders lagring.

Det framgår videre av høringsnotatet at det er departementenes oppfatning at tallene i Teleplans analyse ikke gir et tilstrekkelig godt grunnlag for beregning av de økonomiske og administrative konsekvensene, og at det derfor vil være nødvendig å foreta ytterligere vurderinger av dette.

Finansdepartementet avventer disse ytterligere vurderingene. Finansdepartementet påpeker at man i et ev. videre arbeid med saken må vise til alle statlige aktører som har hjemmel til å be om tilgang på trafikkdata.

Det framgår at departementene mener at det må forventes at både Post- og teletilsynet og Datatilsynet vil få økte administrative kostnader dersom datalagringsdirektivet gjennomføres i norsk rett. Finansdepartementet forutsetter at eventuelle økte utgifter knyttet til datalagringsdirektivet i Datatilsynet dekkes innenfor tilsynets gjeldende budsjetttrammer, og at de økonomiske konsekvensene for Post- og teletilsynet håndteres gjennom kostnadsriktige justeringer av tilsynets gebyrer.

Med hilsen


Lars-Erik Østby e.f.
avdelingsdirektør


Rita Rix
underdirektør

2 vedlegg

Vedlegg til Finanstilsynets høringsuttalelse om datalagring - nærmere kommentarer til høringsnotatets punkt 4.13 "Andre myndigheters tilgang til trafikkdata"

1 Innledning

Finanstilsynet har etter dagens regelverk en lovfestet kompetanse til å innhente trafikkdata i verdipapirhandelloven § 15-3 annet ledd nr 3. Med trafikkdata menes her trafikkdata som definert i ekomforskriften § 7-1. Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2006/6/EF om markedsmissbruk ("markedsmissbruksdirektivet") og direktiv 2004/39/EF om markeder for finansielle instrumenter ("MiFID"). Direktivene forutsetter at Finanstilsynet i egenskap av å være "competent authority" skal ha tilgang til trafikkdata. Tilgangen til trafikkdata inngår som ett av flere sett med virkemidler som skal sikre en effektiv og harmonisert håndhevelse av direktivbestemmelsene.

Trafikkdata som nevnt, herunder lister over inngående og utgående telefonsamtaler på spesifiserte telefonabonnenter, har vist seg å ha svært stor bevismessig betydning i straffesaker vedrørende markedsmissbruk. Dette gjelder særlig i tilknytning til saker som involverer mistanke om misbruk av innsideinformasjon hvor det vil være behov for å kartlegge hvem som har videreformidlet kurssensitiv informasjon til hvem. Finanstilsynets kompetanse til innhenting av trafikkdata anses å være av stor betydning for arbeidet med å avdekke og bekjempe slik verdipapirkriminalitet. Finanstilsynets undersøkelser av mistenkelige transaksjoner bereder grunnen for eventuell videre politietterforskning og irettesettelse av saker. En gjennomgang av trafikkdata vil ofte gi indikasjoner på om det er grunnlag for å bringe saken inn for politiet.

Etter datalagringsdirektivet er det bare "kompetente" nasjonale myndigheter som skal ha tilgang til datatrafikk. Hvilke myndigheter dette omfatter må vurderes av den enkelte stat i lys av formålet med direktivet. I høringsnotatet går Samferdselsdepartementet, Justisdepartementet og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet ("departementene") inn for at det kun er politi som skal ha tilgang til trafikkdata. Som det fremgår i det følgende er det Finanstilsynets oppfatning at datalagringsdirektivets formål om kriminalitetsbekjempelse innebærer at Finanstilsynet bør ha tilgang til datatrafikk all den tid dette er et nødvendig virkemiddel i arbeidet med å bekjempe og forebygge alvorlig verdipapirkriminalitet. Videre er det Finanstilsynets syn at en innskrenkning av Finanstilsynets tilgang til trafikkdata vil innebære et brudd på Norges forpliktelser etter markedsmissbruksdirektivet og MiFID. Sett hen til Finanstilsynets oppgaver i lys av formålet med datalagringsdirektivet og de særlige EØS-rettslige forpliktelser på verdipapirirområdet kan ikke Finanstilsynet se at en eventuell avskjæring av Finanstilsynets tilgang til trafikkdata er tilstrekkelig begrunnet i høringsnotatet.

2 Gjeldende rett

Finanstilsynets tilgang trafikkdata er nærmere regulert i vphl § 15-3 annet ledd. Vphl § 15-3 om opplysningsplikt ved mistanke om innsidehandel mv. lyder:

(1) Dersom Finanstilsynet har mistanke om overtredelse av kapittel 3, 4, 5, 8, 9, 10 eller 11, eller forskrifter gitt i medhold av disse bestemmelsene, kan enhver pålegges å gi de opplysninger Finanstilsynet krever, herunder fremlegge dokumenter, teknisk lagret informasjon og utskrift fra lagringsmedium.

(2) Opplysningsplikten i første ledd gjelder ikke opplysninger som vedkommende ville vært forhindret fra å gi i straffesak. Opplysningsplikten gjelder likevel uten hinder av:

- 1. lovbestemt taushetsplikt som ellers påhviler ligningsmyndigheter, andre skatte- og avgiftsmyndigheter og myndigheter som har til oppgave å overvåke offentlig regulering av ervervsvirksomhet,*
- 2. taushetsplikt som nevnt i lov om elektronisk kommunikasjon § 2-9 for så vidt gjelder opplysninger om avtalebasert hemmelig telefonnummer eller andre abonnementsopplysninger og elektronisk kommunikasjonsadresse, og*
- 3. taushetsplikt som nevnt i lov om elektronisk kommunikasjon § 2-9 for så vidt gjelder opplysninger om trafikkdata, dersom det er gitt fritak fra slik taushetsplikt. Departementet kan etter anmodning fra Finanstilsynet gi slikt fritak. Ved vurderingen av om fritak skal gis skal det blant annet legges vekt på hensynet til taushetsplikten og sakens opplysning. Departementet kan i forskrift gi nærmere regler om Finanstilsynets og departementets saksbehandling, klage og underretning til mistenkte og andre som rammes av pålegget og beslutningen om fritak fra taushetsplikt, herunder regler om utsatt underretning i unntakstilfelle.*

(3) Opplysningene innhentet i medhold av denne bestemmelsen kan bare brukes i den sak de er innhentet for. Opplysningene kan kreves gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist og kan nedtegnes eller lagres som lydopptak. Den som innkalles til avhør, har rett til å la seg bistå av advokat.

- (4) Denne bestemmelsen gjelder selv om det er besluttet bevissikring etter § 15-5 og gis tilsvarende anvendelse der Finanstilsynet anmodes av annen stats myndighet som fører tilsyn som nevnt i finanstilsynsloven, om å innhente opplysninger på bakgrunn av mistanke om tilsvarende overtredelse av vedkommende stats lovgivning.
- (5) Enhver har rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for straff eller straffelignende sanksjon. Finanstilsynet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten.
- (6) Departementet kan i forskrift fastsette nærmere regler om innholdet av opplysningsplikten og krav til behandling av overskuddsinformasjon.

Bestemmelsen viderefører i all hovedsak verdipapirhandelloven av 1997 § 12-2a. Verdipapirhandelloven § 12-2a gjennomførte markedsmisbruksdirektivet. Gjeldende § 15-3 i ny verdipapirhandellov gjennomfører i tillegg MiFID. Det er et krav i begge direktivene at "the competent authority" i det enkelte land skal ha kompetanse til å innhente trafikkdata. Finanstilsynet er "the competent authority" i Norge.

Finanstilsynets hjemmel for å innhente trafikkdata i gjeldende verdipapirhandellov § 15-3 og § 12-2a i tidligere verdipapirhandellov, har av flere grunner ikke vært operasjonelle, og Finanstilsynet har i praksis ikke fått tilgang til nødvendige trafikkdata ved mistanke om misbruk av innsidehandel og annen markedsmisbruk. Den gjeldende situasjonen er nærmere beskrevet i forarbeidene til verdipapirhandelloven av 2007. Fra ot.prp. nr 34 (2006-2007) side 259-260 hitsettes:

"Gjeldende vphl. § 12-2a ble, som det fremgår ovenfor, vedtatt av Stortinget i forbindelse med lovendringene som gjennomførte markedsmisbruksdirektivet, og bestemmelsen trådte i kraft 1. september 2005. Bestemmelsen har imidlertid ikke fungert etter sin hensikt, og Kredittilsynet har i praksis ikke fått tilgang til nødvendige trafikkdata i saker med mistanke om innsidehandel og markedsmisbruk. Årsaken til disse problemene skyldes bl.a. noe tvil om hvilke saksbehandlingsregler som gjelder ved Kredittilsynets anmodninger i medhold av vphl. § 12-2a annet ledd nr. 3 til departementet (Samferdselsdepartementet, delegert til Post- og teletilsynet) om opphevelse av taushetsplikt etter lov om elektronisk kommunikasjon § 2-9. Disse problemene har vanskeliggjort Kredittilsynets arbeid med å avdekke mulig alvorlig økonomisk kriminalitet. Departementet ser det som avgjørende at Kredittilsynet får tilgang til informasjon som er nødvendig for å etterforske kriminalitet på verdipapiriområdet. I lys av dette foreslo departementet i brev av 11. januar 2007 endringer i gjeldende § 12-2a, jf. ny § 15-3. Forslaget har ikke vært gjenstand for alminnelig høring, men departementet inviterte berørte parter til høringsmøte 25. januar 2007. Forslaget i departementets brev av 11. januar 2007 gikk i hovedtrekk ut på at kravet om samtykke fra departementet (Samferdselsdepartementet, delegert til Post- og Teletilsynet) i hver enkelt sak for opphevelse av teletilbyderens taushetsplikt skulle tas ut fra § 12-2a annet ledd nr. 3, slik at Kredittilsynet alene skulle foreta helhetsvurderingen av sakens opplysning opp mot personvern hensyn mv. i det enkelte tilfelle. Det ble samtidig foreslått å ta inn rettssikkerhetsgarantier i loven av hensyn til dem som trafikkdataene berører, herunder regler om klage, underretning, mulighet for utsatt underretning av hensyn til sakens opplysning mv.

I innspill på høringsmøtet tok en rekke av høringsinstansene bl.a. til orde for at forslaget bør ses i sammenheng med gjennomføringen av datalagringsdirektivet (direktiv 2004/39/EF).

Etter en helhetsvurdering ønsker departementet ikke å fremme forslag i tråd med høringsbrevet av 11. januar 2007 nå. Departementet viser til det pågående arbeidet med datalagringsdirektivet, som kan resultere i mer generelle lovendringer mht. innsyn i trafikkdata, lagringstid med videre. Departementet mener at man bør avvente den mer generelle utredningen av de prinsipielle spørsmålene dette reiser.

Samtidig mener departementet at det er viktig å raskt få operasjonalisert gjeldende § 12-2a, jf. ny § 15-3, for å følge opp Stortingets vedtak i forbindelse med gjennomføringen av markedsmisbruksdirektivet, og for å ivareta Kredittilsynets behov for innsyn i trafikkdata i deres arbeid med avdekking av verdipapirkriminalitet. På denne bakgrunn fremmer departementet forslag om en ny forskriftshjemmel i verdipapirhandelloven § 15-3 annet ledd nr. 3. Forskriftshjemmelen skal legge til rette for å få på plass et system som inneholder nødvendige operasjonelle regler for å ivareta Kredittilsynets behov, og samtidig legge til rette for at det gis utfyllende saksbehandlingsregler som vil ivareta rettssikkerhetshensyn mv. Det er nødvendig å gi forskriftsregler om saksbehandlingen både hos Kredittilsynet og departementet (delegert til Post- og teletilsynet), herunder blant annet bestemmelser om underretning til mistenkte og andre som trafikkdataene berører, samt adgang til utsatt underretning i unntakstilfelle der dette er viktig for etterforskningen mv. Utkast til slik forskrift vil bli sendt på alminnelig høring. I lys av eventuelle lovendringer som blir fremmet som oppfølging av datalagringsdirektivet, kan det bli vurdert å foreta tilpasninger i vphl. § 15-3 og i forskriftene som gis i medhold av bestemmelsen. Eventuelle tilpasninger må imidlertid ta høyde for de særskilte EØS-forpliktelsene på verdipapiriområdet, som krever at Kredittilsynet skal ha tilgang til eksisterende trafikkdata, og hensynet til effektiv etterforskning av verdipapirkriminalitet."

Finansdepartementet påpeker i forarbeidene behovet for å operasjonalisere Finanstilsynets tilgang til trafikkdata i lys av hensynet til effektiv etterforskning av verdipapirkriminalitet og særlige EOS-forpliktelser på verdipapiriområdet. Det presiseres også at eventuelle tilpasninger i regelverket som følge av en gjennomføring av datalagringsdirektivet må ta høyde for de nevnte hensyn og forpliktelser.

Finansdepartementet har fulgt opp uttalelsene i forarbeidene ved å utarbeide et forskriftsutkast med nærmere saksbehandlingsregler for Finanstilsynets innhenting av trafikkdata. Forskriftsutkastet med tilhørende høringsnotat ble sendt på høring 18. desember 2007. Forskriften skal gjennom nærmere angitte saksbehandlingsregler ivareta rettsikkerhetshensyn og samtidig imøtekomme Finanstilsynets behov for operasjonelle regler i arbeidet med å avdekke verdipapirkriminalitet. Forskriftsutkastets saksbehandlingsregler er i stor grad basert på det straffeprosessuelle system for politiets innhenting av data og regulerer blant annet overprøving av avslag på Finanstilsynets begjæring om fritak fra taushetsplikt, sikring av trafikkdata hos teletilbyder, partsinnsyn og offentlighet samt underretning til den som berøres. Forskriftsutkastet har ikke trådt i kraft, og situasjonen er således fortsatt at Finanstilsynet mangler reell tilgang til trafikkdata ved mistanke om verdipapirkriminalitet.

3 Finanstilsynets oppgaver og behov for tilgang til trafikkdata i arbeidet med å avdekke verdipapirkriminalitet

Under høringsnotatets punkt 4.13 "Andre myndigheters tilgang til data" begrunner departementene en eventuell avskjæring av Finanstilsynets tilgang til trafikkdata med at en gjennomføring av datalagringsdirektivet i norsk rett vil innebære at Finanstilsynet med dagens hjemmel vil få en utvidet tilgang til slik data. Det stilles spørsmål ved "hvor hensiktsmessig dette er". Finanstilsynet ønsker på denne bakgrunn i det følgende å nærmere belyse Finanstilsynets oppgaver og behov for trafikkdata i arbeidet med bekjempelse av verdipapirkriminalitet.

Finanstilsynet fører tilsyn med verdipapirmarkedet og at aktorene følger virksomhetsreglene og de generelle atferdsreglene slik disse er nedfelt i verdipapirlovgivningen. Gjennom tilsyn og kontroll søker Finanstilsynet å avdekke og forfølge ulovlige forhold i verdipapirmarkedet, herunder markedsmissbruk i form av ulovlig innsidehandel og markedsmanipulasjon. Det overordnede målet er å bidra til å sikre det norske markedets omdømme og dermed dets funksjon som en effektiv og stabil finansieringskilde for næringslivet. En forutsetning for å nå dette samfunnsmessig viktige målet er at kriminaliteten i verdipapirmarkedet oppdages, og dernest at det reageres hurtig og adekvat. Dette er et felles mål for institusjonene som er satt til å verne om markedet.

Verdipapirkriminalitet omfatter lovbrudd som er komplisert å forstå og krevende å oppdage. Samtidig er det et klart mønster at kriminaliteten på verdipapiriområdet stadig blir mer sofistikert, og derfor mer ressurskrevende å bekjempe. Avdekking, undersøkelse og etterforskning av verdipapirkriminalitet krever normalt kvalifiserte ressurser med særlig kompetanse innenfor verdipapiriområdet og tilliggende rettsområder. Finanstilsynet arbeider tett med Oslo Børs og Økokrim i bekjempelsen av verdipapirkriminalitet. Alle de tre nevnte institusjonene har organisatoriske enheter som er oremerket til arbeidet og som inkluderer medarbeidere med spesialkompetanse på området.

Det er særlige bevismessige utfordringer knyttet til lovbrudd på verdipapiriområdet. Det at noen "har" innsideinformasjon vil for eksempel ikke være gjenstand for direkte iakttagelse, og misbruk vil derfor først kunne bevises etter grundige undersøkelser. I den forbindelse vil det være avgjørende å raskt kunne kartlegge hvem som har initiert handler og hvem som har hatt innsideinformasjon og i hvilken grad det har vært kommunikasjon mellom disse. Det foreligger sjelden konkrete bevis på hvilken informasjon som er blitt overført. I flere rettsaker har imidlertid telefonlogger som viser at det har vært kontakt mellom de involverte i forkant av transaksjoner og offentliggjøring av kurssensitiv informasjon vært svært viktige bevis for at innsideinformasjon er videreført og således bidratt til å danne grunnlag for fellende dom.¹

Finanstilsynets undersøkelser ved mistanke om markedsmissbruk initieres ofte av rapporter fra Oslo Børs som et resultat av børsens markedsovervåkning. Finanstilsynet oppretter også undersøkelsessaker på grunnlag av egne rutinemessige stikkprøvekontroller, særlig i forbindelse med selskapshendelser hvor det kan være potensial for misbruk av innsideinformasjon. I tillegg kan tips eller innspill fra publikum, markedsaktører, presseoppslag mv. bidra til at Finanstilsynet iverksetter undersøkelser.

¹ Se i den forbindelse "Birdstep-saken" TOSLO-2003-18037 (rettskraftig) avsagt 10. september 2004 og som var første tilfelle av at domstolene behandlet spørsmålet om det var begått straffbar tilskyndelse uten at det forela bevis for hva som var blitt sagt mellom de tiltalte, "Brynhildsen-saken" TOSLO-2006-105458, og 07-125227AS-BORG 02 (skyldspørsmål rettskraftig) samt i den forbindelse også 08-003105MED-NHER (rettskraftig) og "Guldbrandsen-saken" TOSLO- (ikke rettskraftig) (retten fant det bevisst utover rimelig tvil at den tiltalte i telefonsamtaler og tekstmeldinger som fremgikk av telefonlogger hadde formidlet informasjon til sin far, den tiltalte og dennes far ble imidlertid frikjent for innsidehandel og tilskyndelse til slik handel i den aktuelle aksjen fordi retten konkluderte med at informasjonen ikke utgjorde innsideinformasjon fordi den ikke var "egnet til å påvirke kursen merkbar").

Når Finanstilsynets undersøkelser i tilstrekkelig grad indikerer at straffesanksjonerte regler er brutt vil dette normalt avstedkomme anmeldelse til Økokrim eller lokal politimyndighet. Sakens art og alvorlighetsgrad avgjør hvor saken sendes. Saker som involverer mistanke om alvorlige lovbrudd som markedsmanipulering, ulovlig innsidehandel og annen misbruk av innsideinformasjon sendes i første omgang til Økokrim. I praksis har det vist seg at ofte Økokrim mangler kapasitet til å følge opp saker fra Finanstilsynet. Det er videre Finanstilsynets erfaring at en overføring av saker av stor verdipapirrettslig kompleksitet til i de lokale politidistriktene ikke representerer et tilfredsstillende alternativ idet det enkelte politidistrikt ofte mangler den spesialkompetanse og erfaringsbase som er nødvendig for en tilstrekkelig effektiv etterforskning og rettsforfølging av disse sakene. Den beskrevne situasjon utgjør etter Finanstilsynets oppfatning en betydelig utfordring i forhold til målsetningen om å sikre tillit til atferdsregulering og håndhevelse i verdipapirmarkedene.

En konsekvens av det ovennevnte er at Finanstilsynet får en desto viktigere funksjon som siliingsinstans i sitt arbeid med å undersøke mulig verdipapirkriminalitet. Oslo Børs rapporterer om mistenkelig markedsadferd over lav mistanketerskel. Av de innrapporterte saker som vedrører mistanke om ulovlig innsidehandel og markedsmanipulasjon er det en relativt liten andel som resulterer i anmeldelse fra Finanstilsynet. Dette knytter seg hovedsakelig til de nevnte sakers bevismessige utfordringer sett hen til den strenge bevisbyrden i straffesaker. Finanstilsynet anmelder kun saker der det etter Finanstilsynets oppfatning foreligger skjellig grunn til mistanke om lovbrudd og der det foreliggende bevismaterialet tilsier at det er grunn til å iverksette ytterligere etterforskning i regi av politi- og påtalemyndighet og/eller ta ut tiltale.

Finanstilsynets evne til effektivt å avdekke og forfølge brudd på verdipapirlovgivningen ved eventuell anmeldelse av forholdet til politi- og påtalemyndighet, avhenger i stor grad av muligheten til å innhente informasjon fra aktørene i markedene og offentlige registre. Finanstilsynet har i verdipapirhandellovgivningen omfattende hjemler til innhenting av slik informasjon. Gjennom bearbeiding og sammenstilling av den mottatte informasjon kartlegges faktum. I undersøkelsessaker hvor det foreligger mistanke om misbruk av innsideinformasjon har det vist seg avgjørende å etablere visshet for kontakt mellom personer som beviselig har innsideinformasjon og personer som har handlet forut for offentliggjøring av informasjonen. I denne sammenheng er adgang til innhenting av trafikkdata for teletrafikk m.v. et nødvendig verktøy. Resultatet av innhenting av slik data i innsidesaker vil kunne være avgjørende for vurderingen av om saksforholdet og bevismateriale tilsier at saken bør oversendes påtalemyndigheten for ytterligere etterforskning og eventuell tiltale.

Formålet med en eventuell innføring av datalagringsplikt er behovet for et effektivt verktøy til å bekjempe alvorlig kriminalitet. Lovbrudd knyttet til innsidehandel og markedsmanipulasjon har seks års strafferamme, noe som viser at brudd på dette regelverket vurderes som svært alvorlig. En avskjæring av Finanstilsynets lovhjemlede tilgang til trafikkdata i etterforskningsarbeidet av slike saker vil kunne resultere i to alternative utfall som begge vil påvirke graden av bekjempelse av verdipapirkriminalitet; i) at Finanstilsynet må legge vekk saker hvor det er svært sannsynlig at misbruk av innsideinformasjon har foregått fordi man ikke har fått tilgang til nødvendige trafikkdata, eller ii) at saker blir "kriminalisert" på et for tidlig tidspunkt ved at saker på et prematurt stadium må anmeldes til politiet for videre undersøkelser. Sett hen til behovet for spesialkompetanse for effektiv forfølging av brudd på verdipapirlovgivningen og den allerede svært begrensede kapasitet hos politiet med henhold til inntak av denne type saker, vil en slik situasjon resultere i at færre lovbrudd blir avdekket og fulgt opp. Til dette kommer tidsaspektet ved at en sak må gjennom flere ledd før nødvendige undersøkelser iverksettes. I den forbindelse skal det bemerkes at omfattende regler om misbruk av innsideinformasjon og markedsmanipulasjon med tilhørende høy strafferamme i liten grad oppnår den tilsktede allmennpreventive og tillitskapende effekt ved fravær av saksbehandlingsregler og ressurser som sikrer en effektiv håndhevelse av regelverket.

4 EOS-rettslige forpliktelser

4.1 Tilsynsmyndighetens kompetanse etter markedsmisbruksdirektivet

Markedsmisbruksdirektivet ble vedtatt 28. januar 2003 og ble gjennomført i norsk rett ved endringer i verdipapirhandelloven av 1997 med ikrafttredelse 1. september 2005. Direktivet inneholder bl.a. bestemmelser om misbruk av innsideinformasjon og markedsmanipulasjon.

Hovedformålet med markedsmisbruksdirektivet er å sikre integriteten til verdipapirmarkedene i EOS-området, herunder forbedre investorenes tillit til disse markedene. Direktivet har utførlige regler om tilsyn med markedsmisbruksregelverket som skal sikre en homogen og effektiv håndhevelse av dette. Det er lagt opp til at tilsynskompetansen skal samles hos et organ i hver medlemsstat; "the competent authority". Tilsynsorganets kompetanse er blant annet omtalt i fortalens 37. avsnitt første punktum:

"A common minimum set of effective tools and powers for the competent authority of each Member State will guarantee supervisory effectiveness..."

Tilsynsmyndighetenes kompetanse er nærmere regulert i direktivets art. 12. Utgangspunktet etter art. 12 nr 1 er som følger:

“The competent authority shall be given all supervisory and investigatory powers that are necessary for the exercise of its functions. It shall exercise such powers:

(a) directly; or

(b) in collaboration with other authorities or with the market undertakings; or

(c) under its responsibility by delegation to such authorities or to the market undertakings; or

(d) by application to the competent judicial authorities.”

Det er derved lagt opp til at tilsynsorganet kompetanse kan være betinget av at en domstol treffer en rettslig avgjørelse.

Art 12 nr. 2 oppstiller et krav om at tilsynsorganet skal ha visse minimumsbeføyelser. Av art 12. nr 2 litra d. fremgår at én av disse minimumsbeføyelsene er tilgang til eksisterende trafikkdata (*“require existing telephone and existing data traffic records”*).

I Ot.prp. nr 12 (2004-2005) om lov om endringer i verdipapirhandelloven og enkelte andre lover (gjennomføring av markedsmisbruksdirektivet) legger departementet til grunn at Finanstilsynet bør ha kompetanse til å innhente trafikkdata sett hen til EØS-forpliktelsens omfang (s. 108). Kravet i markedsmisbruksdirektivets art 12 nr 2 litra d) sammen med behovet for snarlig tilgang til datatrafikk for effektiv bekjempelse av verdipapirkriminalitet var også bakgrunnen for lovendringen i verdipapirhandelloven av 1997 § 12-2a som på visse vilkår gav Finanstilsynet tilgang til trafikkdata ved mistanke om brudd på bestemmelser som gjennomfører direktivet.

Markedsmisbruksdirektivets krav om harmonisering av visse minimumsbeføyelser i forbindelse med etterforskning av lovbrudd henger sammen med behovet for samarbeid over landegrensene om bekjempelse av markedsmisbruk. Av fortalens avsnitt 40 fremgår:

“Increasing cross-border activities require improved cooperation and a comprehensive set of provisions for the exchange of information between national competent authorities. The organisation of supervision and of investigatory powers in each Member State should not hinder cooperation between the competent national authorities.”

De nærmere reglene om samarbeid følger av art. 16. Utgangspunktet er som følger:

“Competent authorities shall cooperate with each other whenever necessary for the purpose of carrying out their duties, making use of their powers whether set out in this Directive or in national law. Competent authorities shall render assistance to competent authorities of other Member States. In particular, they shall exchange information and cooperate in investigation activities.”

Art. 16 gir videre detaljerte bestemmelser om etterforskning, bistand, rapportering mellom tilsynsorganene og utveksling av informasjon mv. Den nevnte bestemmelse er gjennomført i vphl § 15-3 fjerde ledd hvor Finanstilsynet gis kompetanse til å innhente dokumentasjon og opplysninger, herunder trafikkdata, der Finanstilsynet anmodes av en annen stats tilsynsmyndighet om å innhente slik informasjon på bakgrunn av mistanke om brudd på vedkommende stats lovgivning.

Etter Finanstilsynets syn vil fraværet av lovhemlet tilgang til datatrafikk for Finanstilsynet som kompetent myndighet i Norge innebære et brudd med kravet om harmoniserte minimumsbeføyelser i markedsmisbruksdirektivet. Ikke desto mindre vil det skape vanskeligheter i samarbeid med utenlandske tilsynsmyndigheter om etterforskning av verdipapirkriminalitet. Det vises i den forbindelse til at et velorganisert tilsynssamarbeid og løpende utveksling av informasjon var en avgjørende forutsetning for at man skulle åpne grensene for fri utveksling av verdipapirmarkedstjenester innenfor EØS-området. Norge utgjør ett blant et mindre antall land innenfor dette området hvor tilsynsmyndigheten har utfordringer knyttet til å få tilgang til trafikkdata.

Kommisjonen har nylig igangsatt en gjennomgang av markedsmisbruksdirektivet og de ulike medlemsstatenes implementering og håndhevelse av direktivbestemmelsene. I et høringsnotat (*“call for evidence”*) utarbeidet av kommisjonen i den anledning vises det til at det i enkelte medlemsstater har vært reist tvil om tilbydernes slette- og anonymiseringsforpliktelser i direktiv 2002/58/EF (kommunikasjonsdirektivet) legger begrensninger for tilsynsmyndighetenes tilgang til trafikkdata som et ledd i sivil ettergang.² I den forbindelse fremmes det et forslag om å presisere i direktivets art 12 at *“the power of competent authorities to require existing telephone and data traffic*

² http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/market_abuse/call_for_evidence.pdf (punkt 2.2.5)

*records in the course of their proceedings against markets abuse are not limited by confidentiality restraints or other limitations on entities possessing such records that may stem from the e-privacy Directive”.*³ Endringsforslaget viser hvilket fokus det er på å klargjøre og sikre det enkelte lands etterlevelse av markedsmisbruksdirektivet hva angår tilsynsmyndighetenes tilgang til trafikkdata, i lys av behovet for et slikt virkemiddel for å effektivt bekjempe markedsmisbruk.

4.2 Tilsynsmyndighetens kompetanse etter MiFID

MiFID ble vedtatt 21. april 2004 og gjennomført i norsk rett ved vedtakelsen av ny verdipapirhandellov av 2007. Hovedformålet med MiFID er å bidra til å utvikle og sikre de europeiske verdipapirmarkedenes effektivitet, integritet, samt oversiktighet og tillit til markedet. Direktivet inneholder blant annet regler om verdipapirforetaks og regulerte markeders (dvs. børser og autoriserte markedsplassers) organisering og virksomhet.

MiFID inneholder på lik linje med markedsmisbruksdirektivet en liste over tilsynsmyndighetenes minimumsbeføyelser, herunder et krav om at Finanstilsynet som *“competent authority”* skal ha tilgang til *“existing telephone records and existing data traffic”* for å føre tilsyn med at direktivbestemmelsene overholdes. Som i markedsmisbruksdirektivet er det fastsatt at tilsynsorganets kompetanse kan være betinget av at tilsynsorganet retter begjæring til rettslig myndighet.

Verdipapirmarkedsløvtalget la i NOU 2006:3 pkt 9.3.3.4 til grunn at direktivet fordret at norsk rett ble endret slik at Finanstilsynet fikk tilgang til eksisterende data- og telefontrafikk også der forelå mistanke om brudd på bestemmelser i verdipapirhandeloven som gjennomfører MiFID. Hjemmelsgrunnlaget for Finanstilsynets tilgang til trafikkdata ble således utvidet fra kun å omfatte mistanke om brudd på de generelle atferdsreglene som gjennomfører markedsmisbruksdirektivet, til også å omfatte mistanke om verdipapirforetaks overtredelser av eksempelvis virksomhetsreglene i verdipapirhandeloven.

4.3 Direktivenes forhold til straffeprosessen

Så vel markedsmisbruksdirektivet som MiFID legger i stor grad opp til at tilsynsmyndighetenes selv skal forfølge og iretteføre brudd på direktivbestemmelser, herunder sanksjonere slike brudd med administrative gebyrer. Av markedsmisbruksdirektivet art. 14 og MiFID art. 51 fremgår følgende om sanksjonering:

“Without prejudice to the right of Member States to impose criminal sanctions, Member States shall ensure, in conformity with their national law, that the appropriate administrative measures can be taken or administrative sanctions be imposed against the persons responsible where the provisions adopted in the implementation of this Directive have not been complied with....”

Bakgrunnen for at det legges opp til utstrakt bruk av administrativ sanksjonering er blant annet at *“the proceedings are faster than criminal ones. The speed of administrative sanctions is particularly important to prevent persons from continuing any wrongful conduct during the period of proceedings. Administrative sanctions are also justified by the fact that competent authorities must co-operate closely with each other so as to guarantee a similar application of rules on sanctions.”*⁴

Det følger av det ovennevnte at direktivenes bestemmelser om tilsynsmyndighetenes kompetanse, herunder de minimumskrav som oppstilles med henhold til hvilke beføyelser tilsynsmyndighetene må ha, skal dekke behovet for en fullgod sivilrettslig etterforskning og iretteføring av et lovbrudd. Direktivforpliktelsene står således på egne ben, i den forstand at det ikke forutsettes således noe innslag av politi- og påtalemyndighet i arbeidet med å håndheve direktivbestemmelsene. Dette momentet får betydning for fastleggelsen av innholdet og omfanget av direktivforpliktelsene. I den grad tilgang til trafikkdata eller annen kompetanse gjøres avhengig av samhandling med- og/eller oversendelse av saker til politi- og påtalemyndighet, vil dette ikke innebære en oppfyllelse av direktivkravene. Dette må gjelde uavhengig av om direktivbestemmelsene i det enkelte medlemsland faktisk kan sanksjoneres administrativt, eller i utstrakt grad er straffesanksjonert.

Til dette skal det for ordens skyld bemerkes at det uavhengig av hva som måtte følge av de ovennevnte EØS-forpliktelser er vanskelig å se for seg en samarbeidsordning hvoretter politiet skulle innhente trafikkdata på vegne av

³ Kommisjonen viser i forbindelse med endringsforslaget til en nylig avsagt avgjørelse i European Court of Justice (Case C-275/06 av 29. januar 2008, *Promusicae v Telefonica de España*) som gjennomgår unntaksbestemmelsen i kommunikasjonsdirektivet art 15 (1) og presiserer at kommunikasjonsdirektivet *“does not preclude the possibility for the Member States of laying down an obligation to disclose personal data in the context of civil proceedings”*.

⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) COM(2001)0281 final – COD 2001/0118 (http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=EN&type_doc=COMfinal&an_doc=2001&nu_doc=0281)

Finanstilsynet for formell oversendelse av saken til politiet. Dette ville innebære en svært uryddig prosess idet politiets og Finanstilsynets arbeid med disse sakene er underlagt to ulike regelsett, henholdsvis straffeprosessloven og forvaltningsloven, som inneholder ulike rettigheter og forpliktelser i saksbehandlingen.

5 Forholdsmessighetsbetraktninger og saksbehandlingsregler for Finanstilsynets tilgang til trafikkdata ved en eventuell implementering av datalagringsdirektivet

Innhenting av trafikkdata kan utgjøre alvorlig inngrep i privatlivet til den det gjelder. Av hensyn til personvern og rettssikkerhet er det viktig at fremgangsmåten for innhenting er betryggende for den som rammes. Dette har også vært fokus i Finansdepartementets arbeid med å utforme forskriftsregler med nærmere saksbehandlingsregler for Finanstilsynets tilgang til datatrafikk. I forskriftsutkastet har Finansdepartementet foreslått detaljerte regler om fremgangsmåte for anmodning om fritak fra taushetsplikt til Post- og teletilsynet, overprøving av avslag på slik anmodning, underretning av dem som rammes av innhenting mv. som ligger tett opp til dagens straffeprosessuelle regler for innhenting av slik data.

I høringsnotatet punkt 14.3 gjør departementene oppmerksom på at regelverket for Finanstilsynets tilgang til trafikkdata ikke forutsetter at retten har truffet avgjørelse om utlevering slik det nå foreslås for politiets tilgang til data. Det uttales dernest at det derfor *"kan stilles spørsmål ved hvordan Kredittilsynets tilgang til trafikkdata passer inn i det regime som vil gjelde for politiets tilgang ved innføring av regler som foreslått i dette høringsnotatet."* Finanstilsynet viser til at på samme måte som foreliggende forslag til forskriftsregler om Finanstilsynets tilgang til trafikkdata inneholder saksbehandlingsregler som ligger tett opp til de straffeprosessuelle regler, vil verdipapirhandelens hjemmelsgrunnlag og tilhørende forskriftsregler kunne tilpasses nye regler som måtte komme i og med gjennomføring av datalagringsdirektivet. Det vises i den forbindelse til at det så vel i markedsmisbruksdirektivet og MiFID åpnes for at et tilsynsorgans kompetanse til å innhente trafikkdata kan være betinget av at en domstol treffer en rettslig avgjørelse. Tilsvarende kan det legges opp til at Finanstilsynets tilgang til trafikkdata er avhengig av rettslig kjennelse. Rettslig kjennelse er i dag et vilkår for Finanstilsynets adgang til å foreta bevissikring etter vphl § 15-5 når det er rimelig grunn til å anta at atferdsregler i verdipapirhandelens kapittel 3 er overtrådt, eller det er nødvendig for å oppfylle Norges avtaleforpliktelse overfor en annen stat. Finanstilsynet er også kjent med at enkelte andre EØS-land har ordninger hvor domstolsavgjørelse er et vilkår for utlevering av trafikkdata.

Finanstilsynets behov for tilgang til trafikkdata for effektivt å kunne etterforske verdipapirkriminalitet og særlige EØS-forpliktelser tilsier at Finanstilsynet ved en eventuell gjennomføring av datalagringsdirektivet i norsk rett må ha tilgang til trafikkdata i samme omfang som politiet. Det vil innebære at Finanstilsynets tilgang utvides til å omfatte datatrafikk av den type og for den tidsperiode som måtte gjelde for politiet ved gjennomføringen av direktivet. Finanstilsynet antar at de nærmere saksbehandlingsregler for Finanstilsynets tilgang og eventuelle tilpasninger til nye regler må fastlegges som et ledd i det forskriftsarbeidet som allerede er igangsatt av Finansdepartementet, jf. punkt 2 ovenfor. Slike saksbehandlingsregler må ivareta personvern og rettssikkerhet samtidig som de sikrer Finanstilsynet reell tilgang til trafikkdata på visse vilkår.

Det bemerkes at eventuelle tilpasninger av hjemmelsgrunnlaget i vphl § 15-3 og forskriftsregler må ta høyde for de særlige forpliktelser som følger av markedsmisbruksdirektivet og MiFID. Det vises i den forbindelse til at direktivene forutsetter at tilsynsmyndigheten har tilgang til trafikkdata også i forbindelse med mistanke om lovbrudd med lavere strafferamme enn 3 år. Dette gjelder særlig i forhold til bestemmelser som gjennomfører MiFID og som retter seg mot virksomhets- og atferdsregler for verdipapirforetak. Finanstilsynets behov for tilgang til trafikkdata vil imidlertid i praksis melde seg i relasjon til konkrete mistanker om misbruk av innsideinformasjon og markedsmanipulasjonssaker som er lovbrudd med inntil 6 års strafferamme. Det legges til grunn at det ulovfestede forholdsmessighetsprinsippet som gjelder for forvaltningens saksbehandling i kombinasjon med eventuelle andre regler for rettens vurdering i praksis vil legge begrensninger for Finanstilsynets tilgang til trafikkdata ved mistanke om lovbrudd av mindre alvorlig karakter og der trafikkdata i mer begrenset grad kan antas å ha betydning som bevis.

Avslutningsvis vil Finanstilsynet bemerke at det i høringsnotatet vises til vphl. § 15-3 som et "eksempel" på hjemmel for andre offentlige myndigheter enn politi og påtalemyndighet til å få tilgang til trafikkdata. Finanstilsynet er ikke kjent med at noen annen offentlig myndighet enn politiet og Finanstilsynet har kompetanse til innhente trafikkdata etter gjeldende rett. Finanstilsynet er heller ikke kjent med at det foreligger EØS-forpliktelser om tilgang til trafikkdata på andre tilsyns- og kontrollområder.



Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep
0030 Oslo

22.03.2010

SAKSBEHANDLER:
Ida Weyer-Larsen

DIR.TLF:
22 93 99 36

VÅR REFERANSE:
10/358

ARKIVKODE:
008

DERES REFERANSE:

Finanstilsynets høringsuttalelse om datalagring

1 Innledning

Det vises til høringsbrev fra Samferdselsdepartementet av 8. januar 2010 med tilhørende høringsnotat utarbeidet av Samferdselsdepartementet, Justisdepartementet og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet ("departementene") i fellesskap. Høringsnotatet gjør rede for de lovendringer som regjeringen mener er nødvendige eller ønskelige dersom datalagringsdirektivet innlemmes i EØS-avtalen, og det bes om høringsinstansenes synspunkter på disse.

Finanstilsynets kommentarer knytter seg hovedsaklig til høringsnotatets omtale av Finanstilsynets tilgang til trafikkdata i punkt 4.13. Som det vil fremgå er det Finanstilsynets vurdering at en eventuell gjennomføring av datalagringsdirektivet i norsk rett ikke bør få betydning for den særskilte lovhjemmel Finanstilsynet allerede har til å innhente trafikkdata i nærmere angitte saker på verdipapirområdet. En eventuell innskrenkning i Finanstilsynets tilgang til trafikkdata på dette området vil etter Finanstilsynets syn dessuten innebære et brudd med særlige EØS-forpliktelser.

I egenskap av å besitte særlig kompetanse om risiko ved IKT-bruk i finanssektoren har Finanstilsynet også enkelte generelle kommentarer knyttet til høringsnotatets omtale av sikkerhet ved oppbevaring av trafikkdata og konsekvenser ved utkontraktering av e-posttjenester.

2 Finanstilsynets kommentarer til punkt 4.13 "Andre myndigheters tilgang til trafikkdata" og forholdet til verdipapirhandeloven § 15-3

Finanstilsynet fører tilsyn med verdipapirmarkedet og at aktørene følger virksomhetsreglene og de generelle atferdsreglene slik disse er nedfelt i verdipapirlovgivningen. Gjennom tilsyn og kontroll søker Finanstilsynet å avdekke og forfølge ulovlige forhold i verdipapirmarkedet, herunder markedsmissbruk i form av ulovlig innsidehandel og markedsmanipulasjon. Det overordnede målet er å bidra til å sikre det norske markedets omdømme og dermed dets funksjon som en effektiv og stabil finansieringskilde for næringslivet. En forutsetning for å nå dette samfunnsmessig viktige målet er at kriminaliteten i verdipapirmarkedet oppdages, og dernest at det reageres hurtig og adekvat.

Verdipapirkriminalitet omfatter lovbrudd som er komplisert å forstå og krevende å oppdage. Det er videre særlige bevismessige utfordringer knyttet til lovbrudd på verdipapirområdet. Det at noen "har" innsideinformasjon vil for eksempel ikke være gjenstand for direkte iakttagelse, og det foreligger sjelden konkrete bevis på hvilken informasjon som er blitt overført. I flere rettssaker har imidlertid telefonlogger som viser at det har vært kommunikasjon mellom den eller de som beviselig har hatt innsideinformasjon og den eller de som har initiert handler i forkant av offentliggjøring av kurssensitiv informasjon vært svært viktige bevis for at innsideinformasjon er videreført, og således bidratt til å danne grunnlag for fellende dom.

Avdekking, undersøkelse og etterforskning av verdipapirkriminalitet krever normalt kvalifiserte ressurser med særlig kompetanse innenfor verdipapirområdet og tilleggende rettsområder. Så vel Finanstilsynet som Økokrim har organisatoriske enheter som er øremerket til arbeidet og som inkluderer medarbeidere med spesialkompetanse på området. Mens Finanstilsynet får inn saker fra markedsaktører samt oppretter egne undersøkelser over lav-mistanke

terskel, mangler ofte Økokrim kapasitet til å følge opp anmeldelser fra Finanstilsynet. En konsekvens av det ovennevnte er at Finanstilsynet får en desto viktigere funksjon som siliingsinstans i sitt arbeid med å undersøke mulig verdipapirkriminalitet.

Finanstilsynets evne til effektivt å avdekke og forfølge brudd på verdipapirlovgivningen ved eventuell anmeldelse av forholdet til politi- og påtalemyndighet, avhenger i stor grad av muligheten til raskt å innhente informasjon fra aktørene i markedene og offentlige registre. Finanstilsynet har i verdipapirhandellovlovgivningen omfattende hjemler til innhenting av slik informasjon. Gjennom bearbeiding og sammenstilling av den mottatte informasjon kartlegges faktum. I undersøkelsessaker hvor det foreligger mistanke om misbruk av innsideinformasjon vil det være avgjørende å raskt å kunne kartlegge hvem som har initiert handler og hvem som har hatt innsideinformasjon og i hvilken grad det har vært kommunikasjon mellom disse. I den forbindelse vil innhenting av trafikkdata være et nødvendig verktøy. Resultatet av innhenting av slik data i innsidesaker vil kunne være avgjørende for vurderingen av om saksforholdet og bevismaterialet, tatt i betraktning de strenge beviskrav i straffesaker generelt, de særlig bevismessige utfordringer i denne type saker spesielt og kapasitetssituasjonen til å følge opp slike saker fra politiets side, tilsier at saken bør oversendes politiet for ytterligere etterforskning og eventuell tiltale.

Stortinget gav i 2005 Finanstilsynet kompetanse til å innhente trafikkdata ved mistanke om brudd på nærmere angitte regler i verdipapirlovgivningen. Vphl § 15-3 annet ledd nr. 3 gir på visse vilkår unntak fra taushetsplikten i lov om elektronisk kommunikasjon § 2-9 for så vidt gjelder opplysninger om trafikkdata. Bestemmelsen viderefører i all hovedsak verdipapirhandelloven av 1997 § 12-2a. Kompetansetildelingen er i forarbeidene begrunnet med Finanstilsynets behov for å innhente slik trafikkdata som et virkemiddel for effektiv avdekking av verdipapirkriminalitet, samt særlige EØS-forpliktelser på området. Verdipapirhandelloven § 12-2a gjennomførte 2006/6/EF om markedsmissbruk ("markedsmissbruksdirektivet"). Gjeldende § 15-3 i ny verdipapirhandellov av 2007 gjennomfører i tillegg direktiv 2004/39/EF om markeder for finansielle instrumenter ("MiFID"). Det er et krav i begge direktivene at "the competent authority" i det enkelte land skal ha kompetanse til å innhente trafikkdata. Finanstilsynet er "the competent authority" i Norge. Tilgangen til trafikkdata inngår som ett av flere sett med virkemidler som skal sikre en effektiv og harmonisert håndhevelse av direktivbestemmelsene innenfor EØS-området.

Finanstilsynets hjemmel for å innhente trafikkdata har av ulike grunner ikke vært operasjonell, og Finanstilsynet har i praksis ikke fått tilgang til nødvendige trafikkdata ved mistanke om misbruk av innsidehandel og annen markedsmissbruk. Årsaken har blant annet vært at det har foreligget noe tvil om hvilke saksbehandlingsregler som gjelder ved Finanstilsynets anmodning om opphevelse av taushetsplikten ovenfor Post- og teletilsynet.

Problemet er nærmere beskrevet i forarbeidene til verdipapirhandelloven av 2007.¹ Finansdepartementet fremhever her at den gjeldende situasjon "har vanskeliggjort Kredittilsynets arbeid med å avdekke mulig alvorlig økonomisk kriminalitet," og videre at "[D]epartementet ser det som avgjørende at Kredittilsynet får tilgang til informasjon som er nødvendig for å etterforske kriminalitet på verdipapirirområdet." Finansdepartementet fremhever videre i forarbeidene "at det er viktig å raskt få operasjonalisert gjeldende § 12-2a, jf. ny § 15-3, for å følge opp Stortingets vedtak i forbindelse med gjennomføringen av markedsmissbruksdirektivet, og for å ivareta Kredittilsynets behov for innsyn i trafikkdata i deres arbeid med avdekking av verdipapirkriminalitet." På denne bakgrunn ble det foreslått å innta en forskriftshjemmel som skulle legge til rette for å få på plass et system som inneholder nødvendige operasjonelle regler for å ivareta Finanstilsynets behov, og samtidig legge til rette for at det gis utfyllende saksbehandlingsregler som vil hensynta rettsikkerhet, personvern mv. Finansdepartementet understreker også i forarbeidene at eventuelle senere tilpasninger av saksbehandlingsreglene som følge av implementering av datalagringsdirektivet i vphl § 15-3 og i den omtalte forskrift må "ta høyde for de særskilte EØS-forpliktelsene på verdipapirirområdet, som krever at Kredittilsynet skal ha tilgang til eksisterende trafikkdata, og hensynet til effektiv etterforskning av verdipapirkriminalitet."

Finansdepartementet har fulgt opp uttalelsene i forarbeidene ved å utarbeide et forskriftsutkast med nærmere saksbehandlingsregler for Finanstilsynets innhenting av trafikkdata. Forskriftsutkastet med tilhørende høringsnotat ble sendt på høring 18. desember 2007. Forskriftsutkastets saksbehandlingsregler er i stor grad basert på det straffeprosessuelle system for politiets innhenting av data og regulerer blant annet overprøving av avslag på Finanstilsynets begjæring om fritak fra taushetsplikt, sikring av trafikkdata hos teletilbyder, partsinnsyn og offentlighet samt underretning til den som berøres. Forskriftsutkastet har per dags dato ikke trådt i kraft.

Etter datalagringsdirektivet er det bare "kompetente" nasjonale myndigheter som skal ha tilgang til datatrafikk. Hvilke myndigheter dette omfatter må vurderes av den enkelte stat i lys av formålet med direktivet. I høringsnotatet går Departementene inn for at det kun er politi som skal ha tilgang til trafikkdata. Under høringsnotatets punkt 4.13

¹ Ot.prp.nr 34 (2006-2007) s. 259-260

"Andre myndigheters tilgang til data" begrunner Departementene en eventuell avskjæring av Finanstilsynets tilgang til trafikkdata med at en gjennomføring av datalagringsdirektivet i norsk rett vil innebære at Finanstilsynet med dagens hjemmel vil få en utvidet tilgang til slik data. Det stilles spørsmål ved *"hvor hensiktsmessig dette er"*. Departementene viser videre til at regelverket for Finanstilsynets tilgang til trafikkdata ikke forutsetter at retten har truffet avgjørelse om utlevering slik det nå foreslås for politiets tilgang til data. Det uttales dernest at det derfor *"kan stilles spørsmål ved hvordan Kredittilsynets tilgang til trafikkdata passer inn i det regime som vil gjelde for politiets tilgang ved innføring av regler som foreslått i dette høringsnotatet."* De EØS-rettslige forpliktelsene på verdipapiriområdet er for øvrig ikke omtalt i høringsnotatet.

En forsvarlig bruk av Finanstilsynets hjemmel til å innhente trafikkdata vil som det fremgår ovenfor være av stor betydning for arbeidet med å effektivt avdekke og bekjempe alvorlig verdipapirkriminalitet. Finanstilsynet viser videre til at de nærmere saksbehandlingsregler for Finanstilsynets tilgang til trafikkdata vurderes i forbindelse med det forskriftsarbeidet som har pågått i lang tid i Finansdepartementet. Slike saksbehandlingsregler vil ivareta personvern og rettsikkerhet, samtidig som de sikrer Finanstilsynet reell tilgang til trafikkdata på nærmere angitte vilkår. Det er foreslått saksbehandlingsregler som ligger tett opp til gjeldende straffeprosessuelle regler for innhenting av trafikkdata. Disse vil kunne tilpasses eventuelle endringer i de straffeprosessuelle reglene som følge av en gjennomføring av datalagringsdirektivet i norsk rett. Det vises i den forbindelse til at det så vel i markedsmisbruksdirektivet som i MiFID åpnes for at et tilsynsorgans kompetanse til å innhente trafikkdata kan være betinget av at en domstol treffer en rettslig avgjørelse. Tilsvarende kan det legges opp til at Finanstilsynets tilgang til trafikkdata er avhengig av rettslig kjennelse.

Høringsnotatets omtale av Finanstilsynets tilgang til trafikkdata synes ikke å reflektere de EØS-rettslige forpliktelser som foreligger på området, Finanstilsynets behov for tilgang til trafikkdata for effektivt å kunne avdekke verdipapirkriminalitet, samt det arbeidet som er i gang med å utarbeide nærmere saksbehandlingsregler for slik tilgang etter mønster av de straffeprosessuelle reglene. I lys av dette og av sakens viktighet vedlegges derfor en nærmere redegjørelse for den arbeidsprosessen som de siste år har pågått med henhold til å operasjonalisere gjeldende rett. Finanstilsynets behov for trafikkdata i arbeidet med å avdekke markedsmisbruk og innholdet i EØS-forpliktelsene slik disse fremgår av markedsmisbruksdirektivet og MiFID. Redegjørelsen følger som vedlegg 1 til høringsuttalelsen.

3 Generelle kommentarer til høringsnotatet

3.1 Forsvarlig behandling av personopplysninger

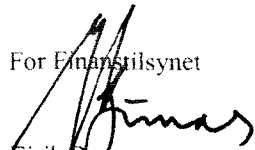
ETSI-standard, TR 102 661 *Lawful Interception (LI); Security framework in Lawful Interception and Retained Data environment*, som notatet referer til, påpeker at sikkerhet ved lagring av store mengder persondata er utfordrende. Finanstilsynet har merket seg at det er vanskelig å opprettholde kontroll med autorisert tilgang til data, at data er korrekte og fullstendige, og at det er vanskelig å slette data forsvarlig når de skal slettes. Finanstilsynet savner en bredere diskusjon i høringsnotatet om sikring av data generelt og sikring i katastrofesituasjoner spesielt.

Høringsnotatet skriver at datalagringsdirektivet krever lagring av mer informasjon enn tidligere etter lov om elektronisk kommunikasjon. Det vil gi trafikkinformasjon om hvem personer og virksomheter kommuniserer med på et annet detaljeringsnivå enn nå. Trafikkdata skal lagres i landet der tilbyderen hører hjemme, f.eks. i Portugal hvis det fins en portugisisk tilbyder i Norge. ETSI-standard stiller strenge krav til sikkerhetsopplegg og implementeringen av dem. Samtidig påpeker den alvorlige trusler som industrispionasje, ondssinnede kode i datasystemene (eventuelt programmert av leverandører), sannsynlighet for utro tjenere og sårbarheter hos mindre tjenesteytere særlig på internett. Forutsatt at direktivet gjennomføres i norsk lov, må risikoen for feilhåndteringen av personinformasjon være akseptabel. Finanstilsynet antar at risikoen for feilhåndtering av personinformasjon er blant de forhold departementene vil vurdere nærmere.

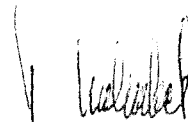
3.2 Særlig om utkontraktering

Dersom en offentlig institusjon utkontrakterer (f.eks. i forbindelse med annen utkontraktering) sin e-posttjeneste til en offentlig tilbyder, f.eks. Telenor, kan det se ut til at trafikkdata om all intern e-post skal lagres. Slik informasjon kan analyseres og avdekke informasjon som ellers ikke ville vært omfattet av direktivet, og vil skape en forskjell mellom dem som utkontrakterer og dem som ikke gjør det.

For Finanstilsynet



Eirik Bunnæs
Avdelingsdirektør



Tore Lindstad
spesialrådgiver