

- 9 APR 2010



OSLO STATSADVOKATEMBETER

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep

0030 OSLO

Ref.:
09/585-HK

Vår ref.:
10/010-1

Dato:
8. april 2010

Høring om datalagring

Samferdselsdepartementets brev av 8. januar 2010.

Notatet reiser flere kompliserte og prinsipielle spørsmål som delvis synes oversett i den offentlige debatt omkring direktivet. Videre er det faktiske kunnskapsgrunnlaget vedrørende mulige virkninger av direktivet ganske usikkert. Dette henger nøye sammen med så vel lagringstidens lengde og de materielle vilkår for at politiet og påtalemyndigheten skal gis tilgang til det lagrede materialet.

Argumentasjonen omkring direktivet skiller ikke mellom selve direktivet og reglene vedr. tilgang til de lagrede data. Pålegget om selve lagringen er forankret i reglene om kommersiell likebehandling ("Første søyle"), mens reglene om tilgang regnes som en del av justissamarbeidet og dermed henføres som en del av "tredje søyle" i EU-regelverket. Innenfor det siste har statene full handlefrihet. Dette illustreres gjennom det faktum at direktivet opprinnelig ble lansert som en del av samarbeidet innenfor den "tredje søyle", men at Kommisjonen under selve "lovgivningsprosessen" la til grunn at slike regler måtte forankres som en del av EU-traktaten (art. 95). Dette har den viktige konsekvens at det blir bindende i første omgang for EU-landene, men i neste omgang antagelig også for Norge med mindre man anvender vetoklausulen i EØS-avtalen. EU-domstolen har i sin avgjørelse av 10. februar 2009 lagt til grunn at direktivet utelukkende gjelder selve lagringsplikten, og at det ikke inneholder bestemmelser om de rettshåndhevende myndigheters tilgang til de lagrede data. Av dette følger at deltagerlandene står fritt til å regulere de materielle og prosessuelle bestemmelser hva gjelder tilgang til de aktuelle data. For Norges del innebærer dette at spørsmålet om et veto mot direktivet ikke har noen bindende rettslige konsekvenser for bruken av materialet.

Dersom man setter dette på spissen, kan Norge tiltre direktivet, men likevel stå fritt til å fastsette regler som gjør materialet utilgjengelig for de rettshåndhevende myndigheter. En slik

fremgangsmåte ville fremstå som underlig ut i fra direktivets formål og tilblivelse, men dette er likevel en direkte konsekvens av EU-domstolens avgjørelse. Dette manglende samsvar mellom direktivets reelle formål og den formelle rettslige binding for Norge, har medført at man lett blander spørsmålet om tilslutning til direktivet sammen med spørsmålet om kampen mot de alvorligste former for kriminalitet og hvilke virkemidler som bør tas i bruk i den forbindelse. Denne uklarhet i formålsangivelsen er også reflektert i høringsnotatet, jfr notatets side 46 der det under pkt 4.12 fremholdes at ”et sentralt formål med direktivet er å bekjempe kriminalitet”.

Dette er i dårlig samsvar med de offisielle formålsangivelser og premissene for Domstolens avgjørelse. Det er nettopp hensynet til like konkurransevilkår mellom teletilbyderne som er det bærende element i dommen. Kriminalitetsbekjempelsen (”tilgangen for de nasjonale myndigheter”) er overlatt til de enkelte land. Likevel er det selvsagt en logisk sammenheng idet man utvider en datamasse som tidligere ikke vært tilgjengelig for politiet og som nå kan gjøres tilgjengelige gjennom de nasjonale regler.

Det prinsipielt sett nye med datalagringsdirektivet er at private pålegges å lagre informasjon med det formål at politiet skal kunne anvende dette i etterforskning og eventuell straffesak. Det er lite tvilsomt at dette utgjør et paradigmeskifte for politiet og påtalemyndigheten. Det åpner for utviklingsperspektiv som inviterer til en grundig vurdering. Vurderingstemaet vil være knyttet til mulige effektivitetsgevinster for politiets og påtalemyndighetens arbeid veiet opp mot tunge personvern hensyn. Som en vil ta opp nedenfor, er det vanskelig å ha sikre oppfatninger om mulige gevinster for politiets arbeid utover det helt banale at det utvilsomt vil ha en ikke kvantifiserbar nytteeffekt. Det må også understrekes at dette er den første av tilsvarende problemstillinger som kan reises vedr. kameraovervåkning av gater og offentlige rom, trafikkinformasjon i bomstasjoner og offentlige kommunikasjonsmidler osv. I siste omgang blir spørsmålet om nye tiltak vil være verdt prisen i form av et samfunn der politiet og påtalemyndigheten gis et stadig mer omfattende kontrollpotensial og de langsiktige implikasjoner som dette medfører. En vil imidlertid også fremheve at en reduksjon av lagringsbehovet hos selskapene kan innebære en reell svekkelse av politiets arbeid og at dette kan innebære et selvstendig argument for lagringsplikt – uavhengig av selve direktivet.

1. Bør Norge slutte seg til direktivet?

Svaret på dette spørsmålet må gis ut fra en svært sammensatt politisk vurdering som bare delvis kan forankres i en rent faglig vurdering. Dette gjelder også fordi det er vanskelig å belegge ulike påstander om mulig nytteverdi med empiri.

Som et generelt utgangspunkt vil det selvsagt være rimelig å anta at øket datamasse (”trafikkdata”) som lagres i lang tid i prinsippet vil være til nytte for politiets etterforskningsarbeid. Denne nytteverdien vil imidlertid være betinget av flere forhold. Et helt avgjørende poeng i den forbindelse vil det være hvilke andre bevismidler som er tilgjengelige i den aktuelle saken. Dette kan være banktransaksjonsopplysninger (som lagres i lang tid), vitneforklaringer, tinglige bevis, innholdet av eventuelle avlyttede samtaler, innholdet i mistenkte/siktedes forklaring osv. Det er vanskelig å ha bastante oppfatninger av den konkrete nytteverdien uten å gjennomgå den enkelte sak. En vil imidlertid advare mot påstander om at mangel på lagrede trafikkdata vil være av avgjørende betydning i svært mange saker. Derimot kan trafikkdata oftere inngå som en del av en mer omfattende beviskjede i for eksempel en narkotikasak. Den konkrete betydning vil selvsagt variere fra sak til sak og så vidt en kjenner til er det ikke gjort noen systematiske og etterprøvbare undersøkelser av dette. Slike undersøkelser

vil for øvrig være metodisk vanskelige fordi de åpenbart må bygges på skjønsmessige kriterier og svarene vil nok også variere etter hvem man spør.

Forsker Gunnar Thommassens og prof. dr. jur. Tor-Geir Myhrers undersøkelse av erfaringene med kommunikasjonskontroll belyser de metodiske problemer som oppstår ved gjennomføringen av spørreundersøkelser hos de profesjonelle aktører, se NOU 2009: 15, vedlegg 1.

Videre vil nok betydningen også variere etter hvilken fase av saken man befinner seg. Trafikkdata vil utvilsomt i en del tilfelle gi nyttig informasjon om på hvilken måte etterforskningen skal innrettes. Mistenkte/siktedes kontaktnett kan kartlegges og dermed gi grunnlag for andre etterforskningskritt. Den selvstendige betydning av dette vil imidlertid igjen være variabel. Som nevnt foran må verdien vurderes i forhold til øvrige informasjonskilder i sakene på de ulike trinn av saken.

Denne problemstillingen kompliseres ytterligere av at det som er vurderingstemaet nå ikke er hvorvidt den informasjon som politiet hittil har tilgang til, er av verdi; men om hvorvidt tilgang til ytterligere (eldre) informasjon vil være nyttig. Dette lar seg ikke på noen måte verifisere utover rene gjetninger og antagelser. Generelt kan det selvsagt legges til grunn at etterforskning som virksomhet jo er informasjonsinnsamling, og at et økt tilfang av informasjon alltid vil være av verdi. En slik enkel betraktningssmåte brukes av mange i den offentlige debatt, men er til liten hjelp når dette skal veies mot andre hensyn som for eksempel personvern.

En vil også nevne at datalagringsdirektivet gjelder "trafikkdata" hos teleselskaper og lignende. Det konkrete innhold av kommunikasjonen er ikke berørt og på tilsvarende måte vil selvsagt heller ikke direktivet berøre det nedlastede materiale som siktede måtte ha oppbevart som filer på sin datamaskin. Dersom siktede har slettet dette før en eventuell ransakning, vil ofte det avgjørende bevis materialet – nå som før – kunne være tapt.

Et ytterligere usikkerhetsmoment bør nevnes: Generelt sett, er det også slik at den mer profesjonaliserte del av de kriminelle over tid, vil søke å tilpasse seg endrede forutsetninger for politiet. Dette vil innebære mer og mer forsiktig bruk av telefoner, anskaffelse av telefoner i falsk navn som kastes etter bruk, anvendelse av lånte telefoner og datamaskiner, bruk av koder og kryptering etc. Hvilke utslag dette kan gi er det selvsagt vanskelig å ha bastante oppfatninger av. At det gradvis skjer en viss tilpasning som vil kunne redusere den eventuelle kortsiktige gevinst for politiet, må man imidlertid kunne forutsette.

De hensyn som er trukket frem ovenfor kan tilsi at man bør utvise en viss varsomhet hva gjelder spådommer om nytteverdien av datalagringsdirektivet. Det er dessverre slik at mange - i og utenfor politiet - har bastante og nokså unyanserte oppfatninger på dette punkt. Vår konklusjon er at det vil være nyttig for de rettshåndhevende myndigheter å øke det potensielle informasjonstilfang i etterforskning og i rettsforføringen, men det er vanskelig å ha sikre oppfatninger om verdien utover en slik generell antagelse.

Spørsmålet om antatt nytteverdi må selvsagt vurderes i lys av mulig lagringstid og innholdet av det som lagres. Dette vil en komme nærmere tilbake til nedenfor. En vil videre understreke at en evaluering av mulig nytteverdi må ses i sammenheng med de nasjonale reglene om tilgang til lagrede data. På dette punkt står Norge fritt til å fastsette de regler som ansees hensiktsmessige og dette må være helt sentralt i den mer faglige vurdering for påtalemyndigheten.

Denne vurdering må avveies mot personvern hensyn. Departementet har lagt til grunn at direktivet, isolert sett, ikke er i strid med EMK art. 8. En er enig i dette, men med den tilføyelse at bestemmelsen reelt sett gir et svakt vern og at spørsmålet ikke kan vurderes uten en nærmere vurdering av reglene om tilgang til de lagrede opplysninger. Vurderingen av personvernet i forhold til en effektiv kriminalitetsbekjempelse er av utpreget verdimessig og politisk art. At direktivet isolert sett ikke krenker art 8, bør ikke være avgjørende i den sammenheng.

Utover de hensyn som er nevnt ovenfor vil en tilføye at spørsmålet om norsk tilpasning til direktivet har en folkerettslig og utenrikspolitisk side. Oslo statsadvokatembeter vil - som institusjon - ikke vurdere disse spørsmål som i sin kjerne er av utpreget politisk karakter.

Sammenfatning: Oslo statsadvokatembeter vil fremholde at det er vanskelig å ha sikre holdepunkter for den konkrete nytteverdien av selve direktivet, men at det er, generelt sett, en fordel for etterforskningen av straffesaker å øke et mulig informasjonstilfang for politiet. Uansett vil de nærmere regler om tilgangen til det lagrede materialet være det sentrale element i denne vurderingen. Videre vil en være tilbakeholdende med å gi en konkret tilrådning hvorvidt Norge bør anvende en reservasjonsrett da vurderingen av dette spørsmål synes å være av mer politisk enn faglig art.

2. Lagringstidens lengde

Dette et spørsmål av samme karakter som ovenfor og en vil derfor bare nevne det selvsagte: Økt lagringstid samler mer informasjon og kan derfor gi større nytteverdi for de rettshåndhevende myndigheter. På side 41 hevder departementet at øket lagringstid i seg selv tilsier at det blir vanskeligere å planlegge kriminell virksomhet. Som eksempel nevnes at kriminelle aktører vil få store problemer ved at de ikke kan anvende elektronisk kommunikasjon i for eksempel et år før et planlagt ran. Denne betraktningstype er vesentlig for generell og synes å basere seg på et slags ”guilt by association-prinsipp”. Det er selvsagt ikke slik at f. eks. telefonkontakt i seg selv beviser noe som helst. Det kan vanskelig hevdes at en ett år gammel telefonsamtale, isolert sett, er særlig påfallende eller at mistenkte heller ikke husker noe om det. Innholdet av samtalen blir jo ikke lagret. Heller ikke hyppig telefonkontakt gir egentlig så meget dersom det ligger langt tilbake i tid og man gir en noenlunde plausibel forklaring på at man står i kontakt med vedkommende, f. eks. bekjentskap. Derimot vil registrerte og kanskje hyppige samtaler som ligger kort tid tilbake, kunne gi vesentlig større verdi fordi mistenkte da kan forventes å huske noe om samtalens innhold eller å gi forklaring på bruk av telefonen og eventuelt posisjon i forhold til basestasjon. En vil også understreke at trafikkanalyser ikke er noen automatisert prosess. Dersom man skal nyttiggjøre seg materialet, vil dette kreve oppfølging. Blir tilfanget for stort, vil de tilgjengelige ressurser utgjøre en begrensende faktor. Videre vil en minne om at det stadig er slik at man kan forvente at kriminelle i ikke liten grad vil tilpasse seg øket tilgang for politiet innenfor elektronisk kommunikasjon. Det er en myte at kriminelle ikke kan drive kriminalitet uten bruk av for eksempel telefon som politiet vil fange opp. Det er derfor vanskelig å ha særlig sikre oppfatninger om hvilke gevinster som etterforskningmessig kan oppnås ved en lagringstid som utvides vesentlig i forhold til dagens praksis.

En vil også peke på den mulighet som det vil være å sette lagringstiden til direktivets minimum som er seks måneder. Dette vil i praksis innebære en ganske begrenset utvidelse i forhold til dagens situasjon. En slik ordning vil også innebære at politiets arbeidsmuligheter ikke endres vesentlig. Dette skulle også redusere behovet for å stramme inn reglene på den måte som er foreslått i straffeprosessloven § 210.

3. Hvilke data som lagres

En har ikke særlige merknader til dette og merker seg at forslaget følger EU-direktivet.

4. Tilgangen til de lagrede trafikkdata

De enkelte land står fritt til å regulere de nasjonale myndigheters tilgang til de lagrede data.

Dette vil – uansett - være det helt avgjørende moment for hvilken eventuell effekt tilgangen vil få for politiets og påtalemyndigheten arbeid.

Det synes å foreligge en viss uklarhet i praktiseringen av dagens regelverk. Denne uklarhet er delvis reflektert også i notatets beskrivelse av gjeldende rett idet man i noen utstrekning trekker inn reglene om beslag i straffeprosessloven § 205. Det vises forøvrig til Riksadvokatens brev av 2. mars 2010 som tidligere er oversendt Justisdepartementet samt Oslo statsadvokaters brev av 18. desember 2010. (Kopi av begge vedlegges.) Det er imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette nå da en forstår forslaget slik at man nå klargjør at politiets og påtalemyndighetens tilgang til trafikkdata nå entydig forankres i en endret straffeprosessloven § 210. Dette er også overstemmende med Dalseide-utvalgets innstilling s 219-221 (NOU 2009:15). Oslo statsadvokatembeter er enig i denne tilnærming.

De materielle vilkår for utlevering av trafikkdata er betydelig strammet inn i forhold til dagens regler. En stiller seg tvilende til hvorvidt dette er hensiktsmessig. Antagelig vil den foreslåtte bestemmelsen i straffeprosessloven § 210 svekke politiets muligheter i forhold til dagens situasjon. Nyttan av trafikkdata vil kunne være størst i tiden kort etter at en forbrytelse er begått, men før noen er mistenkt for denne. En vil derfor foreslå at man vurderer å ”gradere” vilkårene avhengig av den tid som er forløpt siden forbrytelsen fant sted. Dette kunne utformes slik at man i det vesentlige beholdt dagens bestemmelse hva gjelder data som ikke er eldre en seks måneder, mens man innførte de skjerpede vilkår for data som var lagret i mer en seks måneder. Dette kunne tilpasses slik i den endrede del av straffeprosessloven § 210, første ledd:


”..besitteren å utlevere data som er eldre enn seks måneder og som er lagringspliktig etter ekomloven § 2-8, annet ledd...”

Med dette ville man også oppnå at man balanserte den utvidelsen som datalagringsdirektivet innebærer mot skjerpede vilkår, samtidig som man i det vesentlige beholdt dagens regler for data som allerede i dag er tilgjengelige for politiet.

Oslo statsadvokatembeter har ikke vesentlige innvendinger mot den strafferammebegrensning som er foreslått innført og de særskilte straffebud som er oppregnet. En stiller seg imidlertid undrende til at straffeloven § 104 a er tatt med. Dette gjelder ganske særlig bestemmelsens annet ledd som er svært upresis og som av flere lovutvalg er foreslått opphevet. Så vidt man kjenner til, er det aldri reist tiltale etter bestemmelsen. En synes åpenbart å være av den oppfatning at bestemmelsen vil fange opp terrorvirksomhet som ikke dekkes av bestemmelsene i straffeloven § 147 a - c. (Jfr side 47 i notatet). Denne forståelse synes underlig hensett til forarbeidene til § 104 a. Dersom bestemmelsen tas med, bør man presisere hva slags ”terrorvirksomhet” som eventuelt omfattes av denne bestemmelsen og som ikke rammes av bestemmelsene i §§ 147 a – c.

5. Forholdet til politiloven § 17 d.

På side 54 har man klargjort at avvergende tvangsmidler kan brukes uendret etter bestemmelsen i straffeprosessloven § 222 d. Politiloven § 17 d åpner for tilsvarende problemstilling og det synes merkelig at denne bestemmelsen ikke kommenteres. Dersom lagringstiden utvides vesentlig utover 6 måneder vil PST gis et dramatisk øket og lett tilgjengelig datatilfang som i dag ikke er tilgjengelig. Departementet bør klargjøre konsekvensene på dette punkt i en eventuell lovproposisjon.



Lasse Qvigstad

Gjenpart:
Riksadvokaten
Justisdepartementet, Lovavdelingen (med vedlegg)



OSLO STATSADVOKATEMBETER

Riksadvokaten

Postboks 8002 Dep.

0030 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.:

09/208 LQ/tby

Dato:

15. desember 2009

Utleveringspålegg og beslag – Innhenting av teledata

I forbindelse med behandlingen av en rettsanmodning her, ble det påvist at det i politiet råder en viss uklarhet hva gjelder gjeldende lovgivning for utlevering av trafikkdata.

Denne usikkerhet kan ha oppstått som følge av en misforståelse av Deres brev til statsadvokatene og politimestrene av 7. juli 2006. (Kopi vedlegges.) Etter vårt syn gjelder Deres brev primært meddelelser om innhenting av trafikkdata og ikke materielle kompetanseregler.

Innen politiet synes det å råde den oppfatning at man kan velge mellom å anvende bestemmelsen om beslag (straffeprosessloven §§ 203 – 205) og utleveringspålegg (straffeprosessloven § 210) for utlevering av trafikkdata.

Dette er etter vår oppfatning en misforståelse. Bestemmelsene har ulike formål og virkemåte og kompetansereglene er forskjellige.

Utleveringspålegg er en konsekvens av forklaringsplikten og er derfor bundet opp til denne, jf. ordlyden i § 210, første ledd. Dette innebærer derfor at utleveringspålegg ikke er aktuelt overfor mistenkte/siktede. Ransaking er derimot det adekvate tvangsmiddel i slike tilfelle med mindre det gis samtykke. I forhold til teleselskapene innebærer dette at teletilsynet må gi samtykke til opphevelse av taushetsplikten. Bestemmelsen i Ekomloven § 2-9, 3. ledd gir ikke hjemmel for innsyn i trafikkdata, men fritak fra taushetsplikten gis av Post- og teletilsynet. Dersom slikt fritak gis, har i utgangspunktet teleselskapene forklaringsplikt overfor retten og vil på tilsvarende måte være forpliktet til å etterkomme utleveringspålegg gitt av en domstol, jf. § 210. Noen plikt til å etterkomme utleveringspålegg gitt av politi/påtalemyndighet har selskapene således ikke.

Politiet har hevdet at man kan anvende bestemmelsen i straffeprosessloven §§ 203 – 205 om beslag der påtalemyndigheten har primærkompetansen. Dette er etter vår oppfatning en feilaktig lovførståelse.

Beslagsreglene har et helt annet formål. Disse skal, i hovedsak, virke i de tilfelle der det er nødvendig å sikre at lovlig innhentede bevis ikke blir ødelagt eller skaffet av veie. Politiets beslagsadgang er således basert på et samtykke fra eieren eller at opplysninger/ting er fremkommet ved lovlige tvangsmidler som for eksempel ransaking eller utleveringspålegg. Bestemmelsen vil primært ha sitt virkeområde i forhold til tinglige bevis. For så vidt gjelder informasjonsrelaterte forhold (datautskrifter, regnskaper, brev m.v.) vil det sjelden være behov for en fysisk sikring gjennom beslag av originale dokumenter. Bevissikring kan oftest ivaretas ved kopiutskrifter og lignende. Beslagsbestemmelsene gir imidlertid intet selvstendig grunnlag for utlevering av materiale eller informasjon til politiet.

Sammenhengen blir nokså åpenbar dersom man sammenholder § 210, første ledd, med § 210, 3. ledd, jf. § 230, annet ledd. I sistnevnte bestemmelse etableres en direkte forklaringsplikt direkte for påtalemyndigheten hva gjelder taushetsbelagte bankopplysninger. På tilsvarende måte etablerer § 210, 3. ledd, en utleveringsplikt etter beslutning av påtalemyndigheten hva gjelder dokumenter om det samme. Bestemmelsen etablerer et markant unntak i forhold til de alminnelige regler om manglende forklaringsplikt overfor politi/påtalemyndigheten. (Bestemmelsen kan være vanskelig å håndheve.)

Etter vårt syn er det åpenbart at §§ 203 – 205 ikke kan danne et selvstendig hjemmelsgrunnlag som kan etablere en utleveringsplikt for teleselskapene. Dalseide-utvalget (NOU 2009: 15) på side 212, 2. sp. 2. avsnitt, beskrives gjeldende rett slik:

”Beslag forutsetter at politiet er i posisjon til å overta besittelsen av en ting. Dersom politiet ikke uhindret kan tilegne seg tingen og den som besitter den ikke frivillig vil overgi den, forutsetter beslaget en beslutning om ransaking eller utleveringspålegg.”

Dette er også dekkende for vårt syn.

Et annet spørsmål vil det være hvorvidt teleselskapene – etter opphevelse av taushetsplikten – frivillig overlater trafikkdata til politiet. Dersom Post- og teletilsynet fritar for taushetsplikten, vil som et utgangspunkt selskapene ha forklaringsplikt i forhold til retten, og kan som alle andre frivillig gi forklaring til politiet. Dette innebærer at teleselskapene som et utgangspunkt vil stå fritt til å utlevere trafikkdata til politiet. Jeg går ikke her inn på eventuelle kontraktsrettslige problemstillinger mellom selskapene og abonnentene, herunder mulig varsling til abonnenten.

Dalseide-utvalget har gjennomgått den aktuelle praksis i dagens situasjon og fremholder som en konklusjon at det foreligger en uklar situasjon og at det foreligger et behov for et mer enhetlig regelverk. Det vises til innstillingen side 218 – 221.

Etter Oslo statsadvokatembeters syn bør det allerede nå gis pålegg om en mer enhetlig praksis som er tilpasset dagens regelverk.

I henhold til dagens regler har således ikke teleselskapene noen rettslig plikt til å etterkomme anmodninger/pålegg som er gitt av påtalemyndigheten. Dersom så skjer, er dette antagelig en konsekvens av misforståelser hos politiet. Selskapene kan således fremtvinge rettslige beslutninger dersom dette ønskes. Dette er en direkte følge av at man som hovedregel ikke har forklaringsplikt for politiet, jf. § 230 og § 210. Etter vårt syn vil det i dagens situasjon fremstå som mest ryddig at politiet på eget initiativ anvender bestemmelsen i straffeprosessloven § 210.

De materielle vilkår for pålegg etter § 210, burde være enkle å oppfylle for politiet, og bør ikke medføre annet arbeid enn at man skriftlig overfor domstolen angir hvorfor opplysninger antas å ha betydning som bevis i saken. For hastetilfellene har man bestemmelsen i § 210, annet ledd. Under alle omstendigheter må det foreligge fritak fra taushetsplikten.

OSLO STATSADVOKATEMBETER

Lasse Qvigstad
førstestatsadvokat

KOPI



RIKSADVOKATEN

α 4/3-10
8/4

Lasse T. e
Kopi av begge brev
til adv. ledere
4/3.10
[Signature]

Oslo statsadvokatembeter
Postboks 8021 Dep
0030 OSLO

Oslo statsadvokatembeter	
Mottatt:	03.03.10
J.nr.:	Arkivnr:
	09/208-1

DERES REF.:
09/208 LQ/tby

VÅR REF.:
Ra 06-231 TAA/KAK
332.1

DATO:
2. mars 2010

INNHEMING AV HISTORISKE TRAFIKKDATA – UTLEVERINGSPÅLEGG OG BESLAG

Innledning

Riksadvokaten viser til brev av 15. desember 2009 fra førstestatsadvokaten i Oslo hvor det anføres at det råder en viss uklarhet i politiet om hvilke hjemler som skal brukes ved anmodning om utlevering av trafikkdata, og at oppfatningen om at politiet fritt kan velge mellom å anvende reglene om beslag (straffeprosessloven §§ 203-205) og utleveringspålegg (straffeprosessloven § 210), må bero på en misforståelse.

Det anmodes om en avklaring herfra.

Nedenfor redegjøres for riksadvokatens syn og den fremgangsmåte påtalemyndigheten skal benytte. Kopi av brevet sendes samtlige statsadvokatembeter og politimestre.

Innk. statsadv.

03 MAR 2010

Begrepsbruk og avgrensning mv.

I det følgende legges til grunn at historiske trafikkdata omfatter opplysninger om hvilke kommunikasjonsanlegg et bestemt anlegg i et bestemt tidsrom har vært satt i forbindelse med, når og hvor lenge, samt eventuelle andre data (f.eks. opplysninger om basestasjon) knyttet til kommunikasjonen. (*Innholdet* i kommunikasjonen faller selvsagt utenfor begrepet trafikkdata.)

Den følgende drøftelse avgrenses mot anmodninger hjemlet i nødrett (straffeloven § 47), straffeprosessloven § 216b annet ledd bokstav d) og samtykke fra abonnent.

Beslag og utleveringspålegg omtales ofte i forbindelse med innhenting av historiske trafikkdata uten at forskjeller i de to hjemmelsgrunnlagene kommenteres. Det finnes eksempler på dette i rettspraksis, i brev fra riksadvokaten¹ og fra teleoperatørene.²

¹ Brev av 01.10.09 (RA 09-514), brev av 08.08.08 (RA 06-231) og brev av 07.07.06 (RA 06-231).

² For eksempel brev fra Telenor av 12.05.06 og brev fra Network Norway av 15.05.09.

I Rt. 1992 side 928 hevdet Televerket det måtte kreves en spesiell lovhjemmel for at politiet skulle få utlevert register over telefonsamtaler til et bestemt telefonnummer. Lagmannsretten hadde samtykket i at det kunne tas beslag i registeret. Høyesterett kommenterte ikke spesielt om det var riktig å bruke beslag eller utleveringspålegg, men uttalte at *straffeprosessloven kap. 16 om beslag mv* også fikk anvendelse i forhold til slike opplysninger.

I Rt. 1992 side 904 ville politiet ha utskrift av telefonbruken på et bestemt telefonnummer for en bestemt uke. Lagmannsrettens kjennelse gikk ut på ransaking og beslag hos televerket. Høyesterett kommenterte ikke spesielt om dette var riktig framgangsmåte, men omtalte også her beslag og utleveringspålegg under ett.³

Beslag av trafikkdata

I straffeprosessloven § 203 heter det:

”Ting som antas å ha betydning som bevis, kan beslaglegges inntil rettskraftig dom foreligger i saken. Det samme gjelder ting som antas å kunne inndras eller å kunne kreves utlevert av fornærmede.”

Uttrykket ”ting” omfatter også opplysninger som er lagret elektronisk.⁴

Andenæs definerer beslag som en midlertidig forføyning, som består i at politiet setter seg i besittelse av de beslaglagte ting.⁵ Beslag vil ofte være resultat av en ransaking hos mistenkte eller hos tredjemann, men kan også skje ved frivillig innlevering fra besitter, innlevering av hittegods eller ved at politiet finner gods i det fri.⁶

Straffeprosessloven § 204 forbyr beslag av dokumenter og annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om, blant annet på grunn av lovbestemt taushetsplikt, jf. § 118. Teletilbyderne har taushetsplikt etter ekomloven § 2-9. Samferdselsdepartementet har delegert fritakskompetansen til Post- og teletilsynet. Så lenge tilsynet ikke har gitt taushetsfritak, jf. straffeprosessloven § 204, jf. § 118, kan ikke trafikkdata beslaglegges.

Beslag av ting som besitteren ikke vil gi fra seg frivillig, besluttes av påtalemyndigheten, jf. straffeprosessloven § 205 første ledd. Ved frivillig utlevering kan beslaget skje formløst som ledd i etterforskningen. Det stilles ikke som ved ransaking krav om at samtykket skal være skriftlig.⁷ Bestemmelsen i § 205 innebærer en formalisering av selve beslagsbeslutningen, men beslutningen etablerer – som påpekt i brev av 15. desember 2009 fra Oslo statsadvokatembeter – ingen utleveringsplikt for besitteren, i denne forbindelse teleoperatøren.

Beslag forutsetter at politiet er i posisjon til å overta besittelsen.⁸ Dersom politiet ikke uhindret kan tilegne seg tingen, og besitteren ikke frivillig vil gi den fra seg, forutsetter beslaget en beslutning om ransaking eller utleveringspålegg.⁹

Telenor skjerpet i 2006 kravene for å etterkomme anmodninger om utlevering fra politiet som ikke bygger på samtykke, nødrett eller straffeprosessloven kapittel 16 a. I brev til riksadvokaten av 12. mai 2006 fremgår at Telenor i tillegg til fritak fra Post- og teletilsynet, i slike tilfeller krever enten beslutning om beslag fra påtalemyndigheten eller rettens beslutning om utleveringspålegg.¹⁰

I høringsnotat fra Samferdselsdepartementet, Justisdepartementet og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet om datalagring (2009) s. 17 fremgår at Telenor, Netcom, Tele2, Ventelo og Network Norway nå er enige om å kreve beslutning om beslag i tillegg til fritak fra Post- og teletilsynet ved utlevering av trafikkdata til politiet.

³ I NOU 2004: 6 pkt. 7.11.1 har utvalget kommentert at dette i realiteten er et utleveringspålegg.

⁴ Bjerke og Keiserud, *Straffeprosessloven kommentarutgave* (2001). s. 711 med videre henvisning til blant annet Rt. 1992 s. 904 og Rt. 1992 s. 928.

⁵ Andenæs, *Norsk Straffeprosess* (2009) s. 316.

⁶ NOU 1997: 15 pkt. 4.2.2.1.

⁷ Andenæs, *Norsk Straffeprosess* (2009) s. 319.

⁸ NOU 2004: 6 pkt. 7.8.

⁹ NOU 2009: 15 pkt. 19.2.4.

¹⁰ Brev fra Telenor av 12.05.06 Brevet var bakgrunnen for riksadvokatens brev av 07.07.06 nevnt foran.

Etter praksis i dag vil således beslutning om beslag, i kombinasjon med taushetsfritak fra Post- og Teletilsynet, være en metode for politiet til å innhente historiske trafikkdata, selv om reglene i straffeprosessloven §§ 203-205 ikke pålegger teletilbyderne noen rettslig utleveringsplikt.

Pålegg om utlevering av trafikkdata

I straffeprosessloven § 210 første ledd heter det:

”Ting som antas å ha betydning som bevis, kan retten pålegge besitteren å utlevere såfremt han plikter å vitne i saken.”

”Ting” forstås i § 210 forstås på samme måte som i § 203.¹¹ Utleveringspålegg er et supplement til beslag i situasjoner hvor politiet ikke er i posisjon til å ta tingen selv.¹² Primærkompetansen ligger som kjent hos retten, men hvis det ved opphold er fare for at etterforskningen vil lide, kan påtalemyndigheten gi ordre om utlevering etter annet ledd, med etterfølgende rettslig kontroll.

Det som skiller utleveringspålegg fra beslag er at besitteren pålegges å medvirke aktivt til utleveringen.¹³ Utleveringsplikt bygger på forklaringsplikt. Siktete og personer som kan nekte å forklare seg etter § 122 kan derfor nekte å delta aktivt til utlevering, men de må finne seg i beslag. Kravet om forklaringsplikt medfører at det må foreligge en vurdering av fritak fra taushetsplikt fra Post- og teletilsynet, jf. straffeprosessloven §§ 117 flg., før det kan gis utleveringspålegg.¹⁴

Utleveringspålegg kan for eksempel være aktuelt hvis politiet vet hvem som besitter tingen, men ikke hvor den finnes.¹⁵ I andre tilfeller kan besitteren ønske rettens avgjørelse av om vilkårene for utleveringspålegg foreligger, selv om han ellers vil medvirke. Typisk kan det være situasjonen der dokumentet besittes av en offentlig myndighet,¹⁶ eller når et kundeforhold gjør at besitteren ikke ønsker å gi fra seg materialet uten å ha rettslig plikt til det. Hovedsaklig brukes utleveringspålegg mot velvillig innstilte besittere av ting politiet ønsker tilgang til, men som besitter av ulike årsaker ikke ønsker å utlevere uten at vilkårene for utlevering er vurdert av retten.¹⁷

Hvilken fremgangsmåte bør politiet bruke?

I NOU 2009:15 side 220 foreslår utvalget at det bare åpnes for utlevering av historiske trafikkdata dersom det foreligger beslutning om utleveringspålegg etter § 210. Samtidig går utvalget inn for at ordningen med taushetsfritak fra Post- og teletilsynet oppheves.¹⁸

Før en eventuell lovendring vedtas og trer i kraft, er det etter riksadvokatens syn ikke hensiktsmessig å endre den etablerte og omforente praksis som er beskrevet ovenfor i avsnittet om beslag. Så lenge teletilbyderne godtar at fritak fra taushetsplikt og beslutning om beslag gir tilstrekkelig grunnlag for å medvirke til utlevering av historiske trafikkdata, er det unødvendig å pålegge politiet å gå veien om straffeprosessloven § 210. Endringer bør i tilfelle skje etter en lovendringsprosess hvor alle hensyn er veid mot hverandre.

En finner ellers grunn til å minne om at den mistenkte som hovedregel skal ha meddelelse om en beslutning om beslag, jf. straffeprosessloven § 205 første ledd siste punktum, samt gjøres kjent med retten til å bringe beslaget inn for domstolen, jf. straffeprosessloven § 208 første ledd. Tilsvarende gjelder ved beslutning om utleveringspålegg etter straffeprosessloven § 210, jf.

¹¹ NOU 2009: 15 pkt. 19.2.4.

¹² NOU 2004: 6 pkt. 7.11.1.

¹³ NOU 1997: 15 pkt. 4.2.4.1 og NOU 2009: 15 pkt. 19.2.1.

¹⁴ Bjerke og Keiserud, *Straffeprosessloven kommentarutgave* (2001) s. 477 og RG 2008 s. 1477. Retten kan overprøve et avslag på fritak fra PT etter straffeprosessloven § 118 annet ledd.

¹⁵ Andenæs, *Norsk Straffeprosess* (2009) s. 314 og Hov *Rettergang II Straffeprosess* (1999) s. 71.

¹⁶ Andenæs, *Norsk Straffeprosess* (2009) s. 324 med videre henvisning til Inst. 1969 på s. 255 og Hov, *Rettergang II Straffeprosess* (1999) s. 71.

¹⁷ NOU 2009: 15 pkt. 19.2.1.

¹⁸ NOU 2009: 15 s. 220.

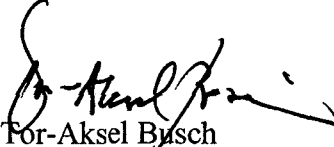
straffeprosessloven § 53 første ledd, jf § 52 annet ledd. Ved behov for utsatt underretning, typisk av etterforskningsmessige hensyn, må påtalemyndigheten sørge for at beslutning om dette innhentes fra retten i medhold av straffeprosessloven §§ 208a eller 210a.


Rettsanmodninger til utlandet om bistand til innhenting av historiske trafikkdata bør være forankret i en beslutning fra retten etter straffeprosessloven § 210, eventuelt § 216b annet ledd bokstav d) hvis dette hjemmelsgrunnlaget er aktuelt.


Konklusjon

Etter gjeldende rett kan politiet etter riksadvokatens oppfatning *både* benytte reglene om beslag i kombinasjon med taushetsfritak fra Post- og Teletilsynet og utleveringspålegg etter straffeprosessloven § 210 for å innhente historiske trafikkdata. Det er kun sistnevnte tvangsmiddel som pålegger teletilbydere en uttrykkelig plikt til utlevering.

Gjenpart av dette brev er i dag sendt samtlige statsadvokatembeter og politimestre til orientering og med anmodning om å gjøre riksadvokatens avklaring kjent for personell i politiet som arbeider med innhenting av trafikkdata.


For-Aksel Busch


Kjerstin A. Kvande
førstestatsadvokat


Tone Aase
kst. riksadvokatfullmektig



RIKSADVOKATEN

GJENPART

Statsadvokatene (unntatt Oslo statsadvokatembeter)
Sjefene for Kripos, PST og Utrykningspolitiet
Politimestrene

REF.:

VÅR REF.:

Ra 06-231 TAA/jaa
332.1

DATO:

02.03.10

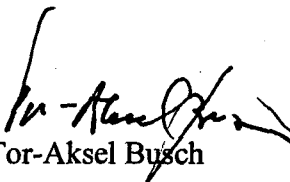
INNHEMING AV HISTORISKE TRAFIKKDATA – UTLIVERINGSPÅLEGG OG BESLAG

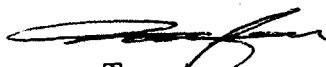
Vedlagt oversendes kopi av riksadvokatens brev av i dag til førstestatsadvokaten i Oslo.

Oslo statsadvokatembeter har fortjenestefull tatt opp med riksadvokaten at det råder en viss uklarhet om hvilke hjemler som skal brukes ved innhenting av trafikkdata. I vårt brev er hjemmelsspørsmålene drøftet nærmere.

Riksadvokatens oppfatning er at etter gjeldende rett må politiet kunne benytte både reglene om beslag i kombinasjon med taushetsfritak for Post- og teletilsynet og utleveringpålegg etter straffeprosessloven § 210 for å innhente historiske trafikkdata.

Avklaringen må gjøres kjent for alt personell i politiet som arbeider med innhenting av trafikkdata.


Tor-Aksel Busch


Tone Aase
kst. riksadvokatfullmektig

Vedlegg

Gjenpart vedlagt riksadvokatens brev til førstestatsadvokaten i Oslo:

1. Justisdepartementet, Lovavdelingen
2. Justisdepartementet, Politiavdelingen
3. Politidirektoratet

Gjenpart uten vedlegg: Oslo statsadvokatembeter