



**Samferdselsdepartementet**  
Postboks 8010 Dep  
0030 Oslo

**Norsk senter for menneskerettigheter**  
P.b. 6706 St. Olavs plass  
NO-0130 Oslo  
Cort Adelers gate 30

**Dato:** 12/04/10  
**Deres ref.:** 09/585-HK  
**Vår ref.:**

Telefon: +47 22 84 20 01  
Telefaks: +47 22 84 20 02  
E-post: [info@nchr.uio.no](mailto:info@nchr.uio.no)  
Nettadresse: [www.humanrights.uio.no](http://www.humanrights.uio.no)

## Høring om datalagring

Det vises til Samferdselsdepartementets høringsbrev 08.01.2010 *Høring om datalagring*.

Norsk senter for menneskerettigheter (SMR) er Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (jfr. kgl. res. av 21. september 2001), og er ved dette gitt en særskilt rolle for å overvåke at de internasjonalt vedtatte menneskerettighetsnormene respekteres og oppfylles av norske myndigheter. Utarbeidelse av høringsuttalelser ved myndighetsinitiativer av betydning for menneskerettighetenes stilling i Norge, er et sentralt ledd i Norsk senter for menneskerettigheters virksomhet som nasjonal institusjon.

### 1. Innledning

#### 1.1 Lovforslaget

I henhold til høringsbrevet vil en implementering av direktivet i norsk rett innebære at tilbyderne pålegges en lagringsplikt av trafikkdata, lokaliseringsdata og abonnementsdata som fremkommer ved bruk av elektronisk kommunikasjon som fasttelefoni, mobiltelefoni og internettaksess, bredbåndstelefoni og e-post. Videre vil flere data enn i dag lagres, det er foreslått lengre lagringstid og lagring skal foregå med det formål å bekjempe kriminalitet.

#### 1.2 Forholdet til Norges internasjonale menneskerettighetsforpliktelser

Norsk senter for menneskerettigheter vil i det følgende begrense sitt innspill til de relevante menneskerettslige sidene av høringsnotatet.

Forslaget om gjennomføring av direktivet i norsk rett, berører Norges internasjonale menneskerettighetsforpliktelser. Norsk senter for menneskerettigheter understreker betydningen av at menneskerettslige aspekter blir grundig vurdert av norske myndigheter ved forslag om lovendringer og peker på at menneskerettslige spørsmål skal identifiseres og drøftes av utredere, jfr. Utredningsinstruksen punkt 2.3.2: "Forholdet til menneskerettigheter. Utredere skal vurdere og, der det er relevant, redegjøre for om menneskerettighetskonvensjonene stiller krav til myndighetene på det aktuelle området."

Departementene har tatt stilling til direktivets forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), og vi vil kommentere nærmere de vurderingene som er foretatt av direktivet og artikkel 8 i EMK.

## 2. Særlig om forholdet til EMK artikkel 8

Personvern reguleres av bestemmelser om retten til privatliv i EMK artikkel 8, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17 og FNs barnekonvensjon artikkel 16, som alle er del av norsk rett gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999.

EMK artikkel 8 regulerer retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. SMR vil i det følgende fokusere på direktivets forhold til artikkel 8. Av artikkel 8 fremgår det at "enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse". Inngrep i EMK artikkel 8 må tilfredsstillende kravene i artikkel 8(2) for ikke å være konvensjonsstridige. Inngrepshjemmel i artikkel 8(2) er tredelt; (i) inngrepet må ha hjemmel i lov (lovskravet), (ii) forfølge et av de opplistede formål og (iii) være nødvendig i et demokratisk samfunn. Det er gjerne i forhold til hvorvidt et inngrep er nødvendig i et demokratisk samfunn at tvilsspørsmål oppstår. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har i sin praksis formulert dette spørsmålet som et krav om at det skal foreligge forholdsmessighet (proporsjonalitet) mellom inngrepet og det formålet som søkes oppnådd, og gir her den enkelte stat en viss skjønnsmargin.

SMR slutter seg til departementenes vurdering av at pålegg om å lagre og utlevere data utgjør et inngrep i retten til privatliv og korrespondanse.

I likhet med Datatilsynet ønsker SMR å understreke at vurderingen av datalagringsdirektivet primært reiser problemstillingen om lagringsplikten direktivet foreskriver er i tråd med EMK og retten til privatliv. Deretter, må eventuelt tilgangen til, og utleveringen av dataene vurderes i forhold til EMK. SMR vil i det følgende primært fokusere på adgangen til å lagre dataene.

### 2.1 Lovskravet

Lovskravet etter artikkel 8(2) innebærer at de nasjonale rettsreglene skal være forenelige med rettsstatsprinsippet, noe som innebærer at rettsreglene skal være tilgjengelige og rettsstilstanden forutberegnelig. Kravet om forutberegnelighet innebærer at reglene skal være formulert så tilstrekkelig klart og presist at de berørte har mulighet til å innrette seg etter de gjeldende regler. Adgangen til å lagre data foreslås hjemlet i ekomloven § 2-8, mens tilgangen til dataene er foreslått hjemlet i straffeprosessloven § 210.

SMR ønsker i likhet med Datatilsynet å påpeke at de elektroniske kommunikasjonsmønstre har endret seg etter at EU vedtok datalagringsdirektivet.

Den teknologiske utviklingen kan gå i den retning at befolkningens befatning med elektronisk utstyr dermed medfører at registreringen vil bli mer omfattende enn det som ble lagt til grunn i 2006. EMD har i praksis uttalt at kravene til tilgjengelighet og forutberegnelighet, og dermed presisjonen i hjemmelsgrunnlaget, i betydelig grad avhenger av innholdet av reguleringen, det regulerte rettsområdet, og antallet og karakteren av de private som er berørt av reguleringen.<sup>1</sup> Den har også lagt vekt på den usikkerheten som kan være forbundet med anvendelsen av relevante bestemmelser, ikke kan gå utover hva klagerne kunne forvente eventuelt etter å ha søkt rådgivning.

SMR ønsker å reise spørsmålet om man på grunn av den teknologiske utviklingen risikerer at inngrepet ikke tilfredsstillende lovskravet, ved at det ikke er tilstrekkelig klart for borgerne og de ikke har mulighet til å forutse hva slags konsekvenser ny teknologi vil ha for omfanget av lagringen av deres data. Det kan være vanskelig å forutse adgangen til innhenting og lagring av data med en teknologi i stadig utvikling. Dette synes ikke å være vurdert av departementene i høringsnotatet. Problemstillingen har også en side til proporsjonalitetsvurderingen etter artikkel 8(2).

Når det gjelder tilgangen til de lagrede dataene, må dette også tilfredsstillende lovskravet i artikkel 8(2). Det synes også å være noe usikkerhet rundt andre myndigheter enn politiets tilgang til data. I punkt 4.13 i høringsnotatet vises det til Finanstilsynets (omtalt i høringsnotatet som Kredittilsynet) mulighet til å innhente "trafikkdata" etter verdipapirhandelloven. Departementene peker på at innføringen av datalagringsdirektivet i norsk rett kan medføre at Finanstilsynet får utvidet tilgang til trafikkdata, samt at tilgangen til tilsynet ikke forutsetter at retten har truffet avgjørelse om utlevering, slik det foreslås for politiets tilgang. Under henvisning til rettssikkerhetssyn begrunner departementene at kun retten skal kunne pålegge besitteren å ulevere data til politiet. SMR viser til at EMD i S. og Marper mot Storbritannia uttalte at det måtte stilles de samme kravene som til andre former for skjult overvåkning når det gjaldt å ha klare, detaljerte regler om omfanget og anvendelse av tiltak, i tillegg til sikkerhetsforanstaltninger for blant annet varighet, lagring og bruk av data som skulle hindre vilkårlighet og misbruk.<sup>2</sup> En fragmentarisk tilgang til de lagrede dataene for myndighetene, slik Finanstilsynets mulighet til å innhente data tilsier, kan være problematisk i forholdt til lovskravet i artikkel 8(2).

## 2.2 Proporsjonalitetsvurderingen etter artikkel 8(2)

I høringsnotatet trekker departementene frem tre ulike hensyn som må vurderes og avveies mot hverandre når lovforslaget skal vurderes: behovet for verktøy til kriminalitetsbekjempelse, personvern hensyn og konkurransehensyn innenfor det indre marked. Problemstillingen som reises, og som departementene påpeker som et "grunnleggende personvernsspørsmål", er hvorvidt kontrollen lagring av alle borgeres

---

<sup>1</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, København 2007 s. 514

<sup>2</sup> S. and Marper v. The United Kingdom 04/12/2008, avsnitt 99.

elektroniske kommunikasjon innebærer, er nødvendig for å oppnå effektiv kriminalitetsbekjempelse.

Dersom det skal være adgang til å gjøre inngrep i retten til privatliv, må inngrepet anses for å være "nødvendig i et demokratisk samfunn". Et inngrep anses som "nødvendig i et demokratisk samfunn" dersom det foreligger et presserende samfunnsmessig behov for tiltaket, herunder om tiltaket er proporsjonalt i forhold til det legitime formål som søkes oppnådd. Det stilles videre krav til at begrunnelsene for å rettferdiggjøre inngrepet anses som relevante og tilstrekkelige. For å ta standpunkt til om grunnene er tilstrekkelige må man ta i betraktning hvilke offentlige interesser som er aktuelle i saken, og at disse må veies opp mot enkeltindividenes interesser. Av EMDs praksis fremkommer det at det tilligger statene en viss skjønnsmargin når det gjelder retten til å gjøre inngrep. Omfanget av statenes skjønnsmargin varierer etter karakteren av rettighetene det gjøres inngrep i, rettighetens betydning for individet og inngrepets intensitet.

EMD har ikke tatt stilling til direktivets forhold til konvensjonen. Den har imidlertid avsagt avgjørelser som vedrører registrering av DNA-profiler i DNA-registre, overvåkning og offentlige registre i tilknytning til artikkel 8.<sup>3</sup>

En nærliggende sak det er naturlig å vurdere i denne sammenheng, er *S og Marper mot Storbritannia*. Den omhandler spørsmålet om krenkelse av artikkel 8 på grunn av lagring av personopplysninger (fingeravtrykk, celleprøver og DNA-profiler) fra personer som hadde vært mistenkt for straffbare forhold i et register. Hovedproblemstillingen for EMD i avgjørelsen var hvorvidt lagringen av opplysningene var proporsjonalt ved at det baserte seg på en rimelig avveining av de konkurrerende offentlige og private interessene. Av avgjørelsen fremgår det at behovet for sikkerhetsforanstaltninger mot bruk av data i strid med artikkel 8 "is all the greater where the protection of personal data undergoing automatic processing is concerned, not least when such data are used for police purposes."<sup>4</sup> I avgjørelsen reagerte EMD på "the blanket and indiscriminate nature" av lagringen på ubestemt tid av DNA og fingeravtrykk.<sup>5</sup> Til sammenligning med EMDs avgjørelse vil den norske lagringen ikke bare gjelde personer som har vært mistenkt for kriminelle forhold, men gjelde for hele befolkningen, helt uavhengig om de har vært i politiets søkelys eller ikke. Det er likevel slik at EMDs avgjørelse omhandler lagring av materiale som kan betegnes som mer personsensitivt enn hva som er tilfellet for datalagringsdirektivet. Det kan imidlertid vises til at EMD avviste statens anførsel om at lagringen ikke hadde direkte og vesentlig betydning for klagerne med mindre det ble gjort treff i databasen som kunne knytte dem til fremtidige forhold. Domstolen uttalte her at:

---

<sup>3</sup> For nærmere gjennomgang av EMDs rettspraksis, henvises det til Kjølbro s. 574-589 og Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002 s. 407-414.

<sup>4</sup> Avsnitt 103.

<sup>5</sup> Avsnitt 119.

”the mere retention and storing of personal data by public authorities, however obtained, are to be regarded as having direct impact on the private-life interest of an individual concerned, irrespective of whether subsequent use is made of the data”.<sup>6</sup>

Departementene skriver i høringsnotatet at ”[d]et må altså foretas en *grundig vurdering* av om lagring av data er nødvendig for å bekjempe alvorlig kriminalitet” (vår kursivering). Ifølge departementene er også dette ”det springende punkt” i vurderingen av direktivets forhold til EMK. I høringsnotatet, under kapittelet 4.1 Ulike hensyn som må avveies, pekes det på at man ”må se sammenhenger mellom de ulike tiltakene, og totaleffekten av dem”, eller at man må ”vurdere det totale bildet, det vil si effekten av den samlede registreringen og kontrollen borgerne utsettes for”. SMR er enig denne fremstillingen, men etterlyser i høringsnotatet den nærmere vurderingen departementene selv mener må foretas. Den grundige vurderingen ivaretas ikke ved å konstatere at ”inngrepet er mindre inngripende for den enkelte enn for eksempel telefonavlytting” eller ved å konstatere at de ikke kan ”se at det finnes andre alternativ som kan erstatte datas betydning i etterforskningen av alvorlig kriminalitet.” Den vanskelige vurderingen og avveiningen av samfunnets og individets interesser er sentral for vurderingen av innføringen av direktivet i norsk rett i forhold til EMK artikkel 8. SMR savner således en grundig og veloverveid vurdering i dette henseende, og at argumentasjonen og vektingen kommer klart frem av lovforarbeidene. SMR vil eksempelvis påpeke at departementene i sin proporsjonalitetsvurdering i liten grad problematiserer at direktivet medfører en utvidelse av, og en plikt til, lagring av trafikkdataene til hele den norske befolkningen i kriminalitetsforebyggende øyemed.

Det understrekes at det i en nødvendighetsvurdering også må vurderes alternative og mindre inngripende tiltak som eventuelt kan anvendes for å oppnå det aktuelle formålet. Departementene konkluderer kort med at de ikke kan ”se at det finnes andre alternativ som kan erstatte datas betydning i etterforskningen av alvorlig kriminalitet”, og at dette kan tale for at lagringsplikten er nødvendig i et demokratisk samfunn. SMR etterlyser en nærmere vurdering av mulige alternativer, utover en konstatering av at slike ikke finnes. Det fremkommer ikke av departementenes vurdering, men SMR antar at det vil kunne tenkes mellomløsninger som vil kunne ivareta politiets behov for bruk av slike data for å bekjempe alvorlig kriminalitet. Personvernkommissjonen etterlyser i sin uttalelse om datalagringsdirektivet en grundig utredning av behovet for et regelverk som sikrer politiets arbeidsmetoder og ivaretar personvernet.<sup>7</sup> Det blir av kommissjonen påpekt at kriteriene som følger av EMK artikkel 8 krever at en grundig klargjøring i form av dokumentasjon av behovet for lagring og at en grundig konsekvensutredning foretas. SMR slutter seg til dette, og påpeker at vurderingen som er foretatt i henhold til artikkel 8 nå fremstår som mangelfull. I likhet med Datatilsynet etterlyser SMR en nærmere redegjørelse for de vurderingene som er gjort av departementene, og understreker samtidig behovet for konkretisering av vurderingen.

---

<sup>6</sup> Avsnitt 121.

<sup>7</sup> NOU 2009: 1, s. 221.

### 2.3 Vilkår for tilgangen til data

SMR slutter seg til departementenes konstatering av at dersom det besluttes at datalagringsdirektivet skal implementeres i norsk lov må man legge til rette for så personvernvennlige løsninger som mulig. Vi ønsker likevel å knytte noen korte kommentarer til forslaget om tilgangen til data.

Formålet med lagringsplikten er å gi politiet et effektivt virkemiddel i bekjempelsen av grov kriminalitet. Av selve direktivet artikkel 1, fremgår det at data skal gjelde "[...] investigation, detection and prosecution of serious crime, as defined by each Member State in its national law." Det er klart at det i norsk lov ikke finnes en definisjon av "alvorlig kriminalitet", og det følger også av direktivteksten at det tillegges statene å fastsette hva som anses som alvorlig kriminalitet. Departementene vurderer det dit hen at direktivets formål ikke kan forstås som en uttømmende angivelse av tilgangen til data etter direktivets artikkel 4. Også saker om lovbrudd som det er særlig vanskelig å etterforske uten tilgang til data må ifølge departementene kunne falle inn under begrepet. SMR stiller spørsmål ved om dette er en utvidelse av direktivets formål i henhold til bekjempelse av alvorlig kriminalitet. Det vises til departementenes korte konstatering av at utleveringsbestemmelsen tar høyde for at utlevering ikke skal skje i større grad enn det som følger av nødvendighetskriteriet i EMK artikkel 8. Departementene viser samtidig til sin tidligere fremstilling av forholdet til EMK i kapittel 4.2. SMR kan ikke se at politiets tilgang til data er diskutert særskilt i nødvendighetsvurderingen departementene foretar, og ber om at dette gjøres i en eventuell proposisjon.

Departementets ber spesielt om høringsinstansenes syn på spørsmålet om Finanstilsynets hjemmel til innhenting av trafikkdata uten rettens beslutning om utlevering. SMR viser til at Finanstilsynets tilgang til data ikke er underlagt en drøftelse av nødvendighetskriteriet etter EMK artikkel 8.

### 2.4 Er implementering av direktivet nødvendig for at staten skal kunne ivareta sine positive forpliktelser etter EMK art 8?

I debatten om datalagringsdirektivet har spørsmålet blitt reist om staten har en positiv forpliktelse etter artikkel 8 til å innføre Datalagringsdirektivet, noe som også har blitt brukt som et argument for implementering av direktivet. Statens positive forpliktelser etter artikkel 8 ble problematisert i avgjørelsen K.U. mot Finland.<sup>8</sup> Avgjørelsen gjaldt misbruk av en 12 år gammel gutts identitet på internett i forbindelse med en falsk kontaktannonse hvor det fremgikk at han ønsket kontakt med andre gutter og eldre menn. På grunn av teletilbyders daværende taushetsplikt fikk ikke politiet tilgang på data som kunne bidratt til en oppklaring av hvem som hadde misbrukt guttens identitet på nettet. EMD vurderte statens positive forpliktelse til å sørge for iverksetting av tiltak for å ivareta guttens rettigheter etter

---

<sup>8</sup> K.U. v. Finland 02/12/2008.

artikkel 8. Den konkluderte med krenkelse av artikkel 8 fordi staten ikke hadde lagt til rette for at det var mulig å etterforske krenkelsen av guttens personvern. Ved konstateringen av krenkelsen balanserte EMD hensynet til internettbrukernes personvern og ytringsfrihet opp mot hensynet til effektiv straffeforfølgning for å beskytte andres rettigheter og friheter. Det absolutte forbudet teletilbydernes taushetsplikt utgjorde, medførte at staten ikke hadde mulighet til å ivareta hensynet til gutten i denne saken. Avgjørelsen kan vanskelig begrunne en generell plikt til å innføre datalagringsdirektivet i Norge. Domstolen drøftet i denne saken tilgangen til, og utleveringen av opplysninger, men ikke om det kan pålegges statene en plikt til å lagre slike opplysninger for å ivareta sine positive forpliktelser etter artikkel 8. Det kan etter SMRs skjønn ikke avledes en plikt til å innføre direktivet i norsk rett i henhold artikkel 8.

### **3. Forholdet til kildevernet**

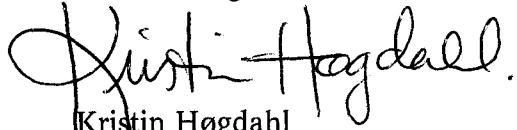
SMR viser til høringsnotatets kapittel 5 om forholdet til kildevernet hvor departementene sier at "selv om en innføring av datalagringsdirektivet vil kunne medføre enkelte utfordringer for kildevernet, mener departementene før høringen at det ikke vil innebære uforholdsmessige inngrep." men at de ser at "spørsmålet kan problematiseres". SMR ønsker å vise til at EMK artikkel 10 regulerer pressens ytringsfrihet, herunder retten til kildebeskyttelse. Departementene har ikke foretatt en vurdering av hvilke problemstillinger en innføring av datalagringsdirektivet vil reise for pressens rett til kildevern etter artikkel 10. Retten til beskyttelse av journalistiske kilder er en grunnleggende forutsetning for pressens ytringsfrihet. Uten en slik beskyttelse vil muligens pressens kilder avstå fra å bistå pressen med å informere befolkningen om emner av allmenn interesse, noe som vil kunne vanskeliggjøre pressens rolle som "vakthund".

I høringsnotatet synes det som at det avgjørende for innhenting av informasjonen er at det er tilbyder og ikke ansatte i pressen som besitter de aktuelle dataene. Et slikt syn vil i realiteten kunne innebære en omgåelse av pressens kildebeskyttelse, ettersom det ved innhenting av data i mange tilfeller kun kan vises til at informasjonen ikke hentes fra pressen. SMR oppfordrer departementene til å vurdere de problemstillingene en innføring av direktivet reiser i henhold til EMK artikkel 10.

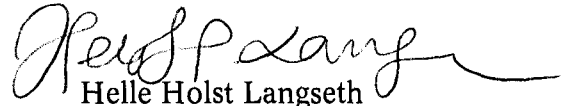
### **4. Avslutning**

SMR ber departementene, i henhold til de forhold som er påpekt i høringsuttalelsen, å foreta en mer inngående vurdering av direktivets menneskerettslige sider.

Med vennlig hilsen



Kristin Høgdahl  
Fungerende leder Nasjonal institusjon



Helle Holst Langseth  
Juridisk rådgiver