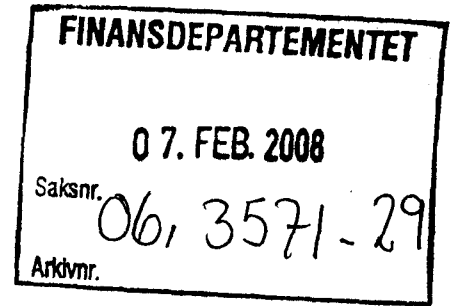




Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep
0030 Oslo



Også sendt pr. e-post til postmottak@fin.dep.no

Deres ref: 06/3571
FM HMoe

Vår ref: #62838v1/th-th

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@jus.no T +47 22 03 50 61

04.02.2008

Høringsuttalelse - forslag til forskriftsbestemmelser med saksbehandlingsregler for Kredittilsynets innhenting av trafikkdata

Vi viser til departementets høringsbrev av 18. desember 2008 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettsikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for IKT og personvern. Lovutvalget består av Eva Jarbekk (leder), Mette Borchgrevink, Terje Lundby Michaelsen, Cathrine Murstad og Kaare Magnus Risung.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

1. Generelle kommentarer

1.1. Innledning

Advokatforeningen deler departementets syn vedrørende behovet for å operasjonalisere verdipapirhandelseloven § 15-3 ved å avbøte tvil om Kredittilsynets

saksbehandling vedrørende den allerede eksisterende hjemmel til å innhente trafikkdata. Advokatforeningen antar at markedsmisbruksdirektivet (direktiv 2003/6/EF) og MiFID (direktiv 2004/39/EF) krever at "a competent authority" (i Norge: Kredittilsynet) sin adgang til innhenting av trafikkdata skal være *effektiv*.

Advokatforeningen er videre enig med departementet i at de sentrale hensyn som står opp mot hverandre er hensynet til effektivitet og sakens opplysning på den ene siden, og hensynet til rettsikkerhet og personvern på den andre.

2.2 Saken bør behandles i forbindelse med lagringsdirektivet

I utgangspunktet bør saksbehandlingsreglene for innhenting av trafikkdata ses i sammenheng med den kommende implementeringen av datalagringsdirektivet (direktiv 2004/39/EF) som formodentlig sendes på høring våren 2008.

Advokatforeningen er av den oppfatning at det ikke er hensiktsmessig å innføre forskriftsendringer i forhold til innhenting av trafikkdata før de mer prinsipielle drøftelsene rundt datalagringsdirektivet er foretatt.

Vi anbefaler derfor at forslaget legges på is og behandles i forbindelse med lagringsdirektivet, og dette er Advokatforeningens prinsipale standpunkt.

Siden dette forslaget nå er lansert uavhengig av lagringsdirektivet, vil vi uttale oss om forslaget, hvilket gjøres i det følgende. Men vi vil understreke at Advokatforeningens hovedsynspunkt er at det bør behandles i forbindelse med lagringsdirektivet.

2.3 Forholdet til etterforskning fra politi- og påtalemyndighet

Advokatforeningen stiller seg i utgangspunktet negativt til at forvaltningsorganer som Kredittilsynet, innenfor sitt område, tildeles noe i nærheten av politimyndighet i forhold til etterforskning av lovovertrедelser. Advokatforeningen mener på prinsipielt plan at etterforskning av lovbrudd tilligger politi- og påtalemyndigheten, og ikke forvaltningen. Det kan vanskelig pekes på forhold som tilsier at brudd på verdipapirhandeloven skal være et så alvorlig lovbrudd at dette prinsippet fravikes. Advokatforeningen ser på tildeling av den aktuelle kompetansen til Kredittilsynet som et skritt i feil retning. Disse betraktningene gjenspeiles også i Advokatforeningens syn på de saksbehandlingsregler som bør følges ved innhenting av trafikkdata.

2.4 Overprøving av gitte fritak fra taushetsplikt

Advokatforeningen er av den generelle oppfatning at hensynet til rettsikkerhet og personvern er gitt for lite gjennomslag i det foreliggende utkast til forskriftstekst. Vi er særlig skeptisk til at det ikke foreslås noen overprøvingmulighet i de tilfeller hvor adgang til trafikkdata gis, selv i de tilfeller hvor personen hvis trafikkdata innhentes om, underrettes. Det fremgår således at Post- og teletilsynets avgjørelse ikke skal anses som et enkeltvedtak, jf utkastet § 13-14 annet ledd. Advokatforeningen antar at den mistenkte uansett vil kunne gå til domstolen, men stiller allikevel spørsmålet om det ikke bør være adgang til å klage på avgjørelsen.

2.5 Forholdet til personopplysningsloven

Høringsutkastet har den svakhet at forholdet til personvernlovgivningen ikke er

drøftet.

Advokatforeningen legger til grunn at personopplysningsloven vil gjelde for Kredittilsynets behandling av opplysningene. Det pekes på at behandlingen ikke vil være innenfor "rettspleien", jf personopplysningsloven § 3, jf personopplysningsforskriften § 1-3. Dette innebærer at personopplysningslovens regler om behandling av personopplysninger, informasjonsplikt om behandling av personopplysninger m.v. kommer til anvendelse på Kredittilsynets virksomhet.

2.6 Kredittilsynets nærmere behandling av de innhentede trafikkdata

De foreslåtte forskriftsendringene berører ikke Kredittilsynets nærmere behandling av de innhentede opplysninger. I de tilfeller politiet benytter seg av kommunikasjonskontroll, gjelder strenge regler for hvordan opplysningene som innhentes skal behandles. Advokatforeningen mener det er nærliggende å vise til kommunikasjonskontrollforskriften (forskrift av 31. mars 1995 nr 281) også når det gjelder hvilke krav til de rutiner som bør etableres hos Kredittilsynet ved forvaltningen av de innhentede trafikkdata. I den sammenheng peker Advokatforeningen på ordningen med et kontrollutvalg for kommunikasjonskontroll, jf straffeprosessloven 216 h. Etter vårt syn bør kontrollutvalget også ha tilsyn med Kredittilsynets innhenting av trafikkdata.

2. Kommentarer til de enkelte bestemmelsene

2.1. Til § 13-14 Anmodning om fritak fra taushetsplikt

Advokatforeningen vil peke på at de data som benyttes av Kredittilsynet bør være *relevante, riktige og fullstendige*. Dette innebærer en avveining mellom sikring og eventuell innhenting av de data som antas å kunne bekrefte/avkrefte mistankene på den ene siden, mot målrettet innhenting av data for i størst mulig grad å unngå overskuddsdata på den annen side.

De trafikkdata som kan kreves utlevert er slike som "*antas å ha betydning som bevis i saken*". Advokatforeningen merker seg at kravene til hvilke opplysninger som kan kreves utlevert ikke er særlig sterke. Sett i sammenheng med at bevisinnhenting må ha sammenheng med en *konkret mistanke*, jf lovens § 15 første ledd nummer 1, antar Advokatforeningen at det også må være *konkrete holdepunkter* for at *bestemte* trafikkdata vil ha betydning som bevis i saken. En slik terskel gjenspeiles dårlig i forslaget.

Departementet antar at innhenting av trafikkdata for andre enn den mistenkte selv kun vil være aktuelt i et begrenset antall tilfeller (høringsnotatet s. 5). Advokatforeningen slutter seg til denne vurderingen, og reiser spørsmålet om dette ikke eksplisitt bør fremgå av bestemmelsen. Etter Advokatforeningens syn bør den mistenkte, dersom det skal være aktuelt å innhente trafikkdata, alltid være enten avsender eller mottaker i en kommunikasjonssammenheng. Dersom eventuelle vitner er andre enn vedkommende den mistenkte kommuniserer med (hvis trafikkdata dermed innhentes om), synes det nærmest uunngåelig at tiltaket er uforholdsmessig. Til dette kommer at andre midler for å avdekke hva vitnet vet (og ikke vet) trolig er mer tjenelig.

Bestemmelsen benytter begrepet "*teletilbyder*". Dette bør endres til "*tilbyder*" for å være konsistent med ekomloven/ekomforskriften.

2.2. Til § 13-15 Sikring av trafikkdata

Advokatforeningen har ingen kommentarer til bestemmelsen.

2.3. Til § 13-16 Overprøving av Post- og Teletilsynets avgjørelser

Advokatforeningen antar at et avslag på begjæring om fritak fra taushetsplikten må kunne overprøves av *effektivitetshensyn*. Advokatforeningen kan ikke se at en overprøving av et avslag kan begrunnes i rettsikkerhetshensyn slik det fremgår av høringsnotatet s. 7 første avsnitt.

Advokatforeningen er av den oppfatning at overprøving i slike saker bør foretas av domstolen. Samferdselsdepartementet vil være kompetent til i noen grad å foreta de nødvendige avveininger mellom effektivitetshensyn og rettsikkerhetshensyn. Advokatforeningen mener det allikevel her er snakk om så vidt inngripende tiltak overfor den enkelte borger, at domstolens kompetanse og erfaring med å avveie grunnleggende hensyn mot hverandre bør benyttes.

2.4. Til § 13-17 Underretning

Advokatforeningen er enig i departementets utgangspunkt om at rettsikkerhetshensyn sterkt taler for at underretning skal gis til den det innhentes trafikkdata om. Advokatforeningen er videre enige i at hensynet til å motvirke bevisforspillelse taler for at underretning på visse, strenge vilkår utsettes.

Som nevnt vil Kredittilsynets behandling av trafikkdata omfattes av personopplysningsloven. Når det gjelder forslaget om utsatt underretning reiser Advokatforeningen spørsmålet om det i den sammenheng er nødvendig å gjøre unntak fra personopplysningsloven § 20. Bestemmelsen gir krav på underretning når personopplysninger samles inn fra andre enn den registrerte, slik situasjonen vil være for Kredittilsynet. § 20 a) har et unntak fra denne varslingsplikten, men denne gjelder kun når selve innsamlingen av personopplysninger "*er uttrykkelig fastsatt i lov*". Dette er ikke tilfellet her; verdipapirhandelloven gir kun hjemmel til opphevelse av taushetsplikt. Dette kan ikke rettslig sett sidestilles med tilfellene hvor selve innsamling av opplysninger er uttrykkelig hjemlet i lov, for eksempel bankenes rapporteringsplikt til ligningsmyndighetene.

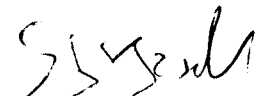
Vi legger derfor til grunn at varslingsplikten etter personopplysningsloven § 20 gjelder fullt ut når Kredittilsynet skal samle inn trafikkdata, og at unntaket i § 20 a) ikke kommer til anvendelse.

Advokatforeningen er av den oppfatning at reglene om utsatt underretning bør være tilsvarende straffeprosesslovens regler, jf forslagets alternativ 1. Advokatforeningen deler imidlertid ikke departementets syn på at politiets etterforskning med tanke på mulig straffeforfølgning i sin alminnelighet vil anses mer alvorlig enn Kredittilsynets forvaltningsmessige undersøkelser, jf høringsnotatet side 10. Advokatforeningen antar at en mistenkt i en verdipapirhandelsak vil føle Kredittilsynets innhenting av trafikkdata som ren etterforskning, på lik linje, eller mer alvorlig, enn politiets etterforskning. Sett i lys av inngrepets alvorlighet mener Advokatforeningen at straffeprosesslovens regler ikke er unødvendig strenge, men tvert i mot oppstiller

viktige rettsikkerhetsgarantier.

Det er forutsatt at så vel Post- og Teletilsynet, som evt. departementet i overprøvingssaker, skal ta hensyn til rettsikkerhets- og personvernaspektene ved vurderingen av om trafikkdata skal kreves utlevert. Advokatforeningen mener forvaltningsorganene vil kunne foreta en vurdering av disse hensyn på et *generelt plan*. Det synes imidlertid klart at forvaltningsorganene i mye mindre grad vil ha opplysninger om, og kunne ta i betraktning, rettsikkerhets- og personvernaspekter i den grad disse er individuelle for den mistenkte. I de tilfeller hvor underretning utsettes, vil hensynet til kontradiksjon overhodet ikke kunne oppfylles. Advokatforeningen oppfordrer departementet til å vurdere tiltak som avbøter dette.

Vennlig hilsen


Anders Ryssdal
leder


Merete Smith
generalsekretær