

Utlevering av trafikk- og lokasjonsdata

Vilkår og rettssikkerhetsgarantier



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 617
Leveringsfrist: 25.4.2012

Til sammen 17928 ord

24.04.2012

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Emnet	1
1.2	Oversikt over den videre fremstilling	2
1.3	Hvilke data skal lagres?	4
1.4	Kriminalitetsbekjempelse og politiets behov for data	6
1.5	Personvern og retten til privatliv	8
1.6	Gjeldende rett frem til lovendringen	10
1.7	Metode	13
1.7.1	Relevante rettskilder	13
1.7.2	Tolking av EMK	14
<u>2</u>	<u>INTERNASJONALE FØRINGER OG GJENNOMFØRING I FREMMED RETT</u>	<u>16</u>
2.1	Innledning	16
2.2	EMK artikkel 8	16
2.2.1	Utlevering av data et inngrep i retten til privatliv	17
2.2.2	Lovskravet	18
2.2.3	Legitimt hensyn	19
2.2.4	Nødvendighet	20
2.3	Direktivet selv som skranke for utlevering?	22
2.3.1	Tilgang til data i medlemsstatene	23
2.3.2	Tilgang til data i Danmark	24
<u>3</u>	<u>VILKÅR FOR UTLEVERING I ETTERFORSKNINGEN</u>	<u>26</u>
3.1	Innledning	26
3.2	Skjellig grunn til mistanke	28
3.2.1	Sannsynlighetsovervekt og straffbarhetsvilkår	28

3.2.2	Utlevering krever ikke mistanke mot en bestemt person	29
3.3	Krav til straffehjemmel	30
3.3.1	Henvisning til strafferamme	30
3.3.2	Organisert kriminell gruppe	31
3.3.3	Særskilt opplistede straffebud	33
3.3.4	Særlig om utlendingsloven § 108 fjerde ledd	35
3.4	Vesentlighetskravet	37
3.4.1	Terskelen	37
3.4.2	Betydning for etterforskningen	38
3.4.3	Avgrensning i tid, sted og personer	39
3.5	Forholdsmessighet	40
3.5.1	Straffeprosessloven § 170a	41
3.5.2	EMK artikkel 8 (2)	45
3.6	Nødrett /nødverge som selvstendig hjemmel i etterforskningen?	45
4	<u>VILKÅR FOR UTLEVERING I AVVERGENDE OG FOREBYGGENDE ØYEMED</u>	49
4.1	Innledning	49
4.2	Avvergende, jf straffeprosessloven § 222 d	50
4.3	Forebyggende, jf politiloven § 17 d	51
4.4	Nødrett	52
5	<u>RETTSSIKKERHETSGARANTIER</u>	54
5.1	Innledning	54
5.2	Domstolskontroll og påtalemyndighetens hastekompetanse	55
5.2.1	Påtalemyndighetens hastekompetanse i etterforskningen	56
5.2.2	Hastekompetanse i avvergings- og forebyggingstilfeller	57
5.3	Status som siktet	57
5.4	Underretning til mistenkte og andre rammede	60

5.4.1	Kretsen av rammede	61
5.4.2	Tilsier retten til effektiv prøving en videre forståelse?	63
5.4.3	Utsatt eller unntatt underretning	64
5.4.4	Offentlig advokat ved utsatt underretning	65
5.5	Etterfølgende kontroll	66
<u>6</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>67</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATUR OG KILDER</u>	<u>69</u>
7.1	Lover	69
7.1.1	Norske lover	69
7.1.2	Utenlandske lover	69
7.2	EU-direktiver	69
7.3	Forarbeider / offentlige utredninger	70
7.3.1	Innstillinger til Stortinget	70
7.3.2	Storingsproposisjoner	70
7.3.3	Norske offentlige utredninger (NOU)	71
7.4	Rettspraksis	71
7.4.1	Norske dommer	71
7.4.2	Internasjonale domstoler (EMD)	72
7.5	Offentlige dokumenter og rapporter	72
7.6	Artikler og bøker	73

1 Innledning

1.1 Emnet

Den 15. april 2011 vedtok Stortinget endringer i lov 7. april 2003 nr. 8 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) og straffeprosessloven, med sikte på å innføre EU-direktiv 2006/24/EF (datalagringsdirektivet) i norsk rett.¹ Endringene skal etter vedtaket tre i kraft 1. juli 2012.

Direktivet blir nærmere presentert i det følgende. Kort sagt gir det tilbydere av tele- og datatjenester plikt til å lagre data om kundenes bruk av elektroniske kommunikasjonstjenester, til bruk i kriminalitetsbekjempelse.

Oppgavens tema er vilkår og rettssikkerhetsgarantier for utlevering av data lagret under direktivet. Jeg vil gjennomgå vilkårene for politiets adgang til data i etterforskningen, samt på ulike stadier før en straffbar handling har funnet sted. Videre vil jeg se på de mekanismer som skal ivareta den enkeltes rettssikkerhet der det er tale om å utlevere data.

Innføringen av direktivet var sterkt omstridt både fra politisk og juridisk hold. Innvendingene knytter seg hovedsakelig til myndighetspålagt lagring av data, og de personvernmessige konsekvenser dette måtte ha. Datatilsynet og andre har blant annet hevdet at en slik lagring vil være i strid med retten til privatliv i den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Det er også skrevet en del om lagringsproblemstillingen i juridisk litteratur.²³

¹ Lovvedtak 46 (2010-2011)

² Datatilsynet *Høringsuttalelse – implementering av datalagringsdirektivet (2006/24/EC)* (2010) s. 2

³ Se for eksempel Wessel-Aas, Jon ”Datalagringsdirektivet – er dets krav om lagring av trafikkdata forenlig med Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen? i *Overvåking i en rettsstat: Nordisk årbok i rettsinformatikk 2010* (Bergen 2010) s. 135-148

Denne oppgaven vil ikke gå inn i debatten om lagringen i seg selv er rettmessig eller i strid med rettskilder av høyere rang, men omhandler tilgang til de data som vil bli lagret. Så vidt jeg er klar over er det ikke skrevet noen avhandlinger eller annen litteratur om tilgang til de lagrede data til nå.

Direktivet overlater i stor grad til medlemslandene å avgjøre hvordan dataene skal brukes, og hvilke vilkår som settes for myndighetenes tilgang til informasjonen. I Norge er det i all hovedsak politi og påtalemyndighet som gis hjemmel til å få utlevert data. Gjennom lov 29. juni nr 75 om verdipapirhandel § 15-3 annet ledd har også Finanstilsynet i noen tilfeller adgang til å innhente trafikkdata som ledd i sin kontrollvirksomhet. Denne muligheten er til nå ikke blitt benyttet, og retter seg mot en relativt snever krets av profesjonelle aktører.⁴ Tilsynets adgang til data vil derfor ikke bli behandlet videre i oppgaven.

1.2 Oversikt over den videre fremstilling

Innledningsvis vil jeg kort se på hvilke data som skal lagres under direktivet. Hvilke data som lagres vil naturlig nok være den ytre ramme for hvilke data det er mulig for politi og påtalemyndigheten å få tilgang til. En viss innsikt i dette er dermed nødvendig for å forstå tilgangsreglens funksjon og de hensyn som gjør seg gjeldende.

Videre vil jeg gjennomgå de sentrale hensyn på området. Direktivet, og de norske forarbeider fremholder begge hensynet til bekjempelse av alvorlig kriminalitet som begrunnelse for direktivets lagringsplikt.⁵ Lagring og utlevering av de aktuelle data kan i varierende grad være et inngrep i personvernet og retten til privatliv. Hvordan disse hensynene veies mot hverandre vil kunne påvirke tolkningen av utleveringsreglene, og dermed utstrekningen av politi- og påtalemyndighets tilgang til data lagret under direktivet. Sentralt i denne vurderingen står bruken av slike datas effektivitet i

⁴ Prop 49 L (2010-2011) s. 112

⁵ ibid. kapittel 5, direktiv 2006/24/EFs fortale

etterforskningen. Det er liten grunn til å utlevere data, med de potensielle personvernkrænkelser dette måtte medføre, uten at dette vil kunne tilføre etterforskningen noe vesentlig.

Jeg vil også kort presentere reglene for tilgang til data forut for gjennomføringen av direktivet. Avslutningsvis i innledningen vil jeg presentere de metodiske og rettskildemessige valg og løsninger som er gjort videre i oppgaven.

Internasjonale rettskilder og menneskerettigheter er sentrale i hele oppgaven. Det er likevel en del spørsmål som skiller seg ut, og som best egner seg for særskilt behandling. I kapittel 2 vil jeg derfor se på hvilke krav til gjennomføringsreglene som kan utledes av retten til privatliv etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 om retten til privatliv. Jeg vil også undersøke om det kan utledes noen skranker for myndighetenes tilgang til data av direktivet selv, og se kort på tilgangen til data i EUs medlemsland.

Kapittel 3 er en gjennomgang av gjennomføringslovens vilkår for politiets tilgang til data i etterforskningsfasen. Dette er en hoveddel av oppgaven, og de ulike vilkår og vurderinger vil bli behandlet forholdsvis grundig. Særlig vil jeg se på de vilkår som skiller seg fra andre tvangsmidler. Også de mer vanlige, og i teorien godt behandlede, vilkår vil kunne inneholde andre vurderinger for utlevering av trafikk- og lokasjonsdata enn ellers. Der det er tilfelle vil jeg også behandle disse inngående.

I kapittel 4 vil jeg nokså kort gjennomgå vilkårene for utlevering av data der hensikten er å avverge eller forebygge en kriminell handling. Spesielt reglene om forebyggende bruk av tvangsmidler skiller seg systematisk fra de øvrige. En grundig behandling av disse vil fort sprengte rammene for oppgaven, og jeg vil kun komme med noen relativt korte betraktninger her.

Kapittel 5 har overskriften rettssikkerhetsgarantier. Her vil jeg se på de prosessuelle regler som kan ivareta den enkeltes rettssikkerhet, og forebygge misbruk av utleveringshjemplene. De fleste av disse garantiene er felles med øvrig

tvangsmiddelbruk, og dermed godt behandlet i juridisk teori tidligere. Jeg vil derfor fokusere på noen områder der utlevering av trafikkdata reiser særlige problemstillinger.

I kapittel 6 vil jeg drøfte *de lege feranda* om gjennomføringslovens regler synes å ivareta de hensyn som er behandlet i oppgaven.

1.3 Hvilke data skal lagres?

Utleveringsadgangen etter de nye bestemmelsene er direkte knyttet til lagringsplikten i den nye ekomloven § 2-7a. Etter bestemmelsen har tilbyderne av elektronisk kommunikasjonsnett plikt til å lagre ”trafikkdata, lokasjonsdata og data nødvendig for å identifisere abonnenten eller brukeren i 6 måneder”. Dette skal gjelde for ”data som genereres eller behandles i tilbyders elektroniske kommunikasjonsnett ved bruk av fasttelefon, mobiltelefon, internettelefoni, internettsaksess og e-post”.

Lovteksten definerer ikke selv nærmere disse begrepene, men de er omtalt i forarbeidene. Tilpassinger og nærmere avklaringer er forutsatt gjort i forskrift, som ikke er fastsatt i skrivende stund.⁶ Da bestemmelsen er ment å gjennomføre forpliktelsene etter direktivet vil dette kunne gi veiledning for hvilke data som skal lagres, og dermed hva politi og påtalemyndighet kan få tilgang til.

Direktivets artikkel 5 pålegger medlemslandene å lagre følgende grupper data:

- Data nødvendig for å spore og identifisere opphavet til en kommunikasjon
- Data nødvendig for å identifisere mottaker av en kommunikasjon
- Tidspunkt og lengde av en kommunikasjon
- Typen kommunikasjon
- Plasseringen til mobilt utstyr når kommunikasjonen finner sted.

Hvilke data som er nødvendig for å oppfylle plikten vil variere med typen utstyr som er brukt. For eksempel kreves det for fasttelefon kun telefonnummer til den som ringer og

⁶ Prop. 49 L (2010-2011) s. 135

mottar, navn og tidspunkt for samtalene. Ved internett-trafikk kreves IP-adressen til sender, tidspunkt, oppkoblingstider og tilkoblingsmåte til internett.

For mobiltelefoner skal også data om hvor telefonen befant seg når kommunikasjonen fant sted lagres, lokasjonsdata, i form av hvilke basestasjon den var i kontakt med. Hvor nøyaktig posisjonen kan fastslås vil avhenge av tettheten av basestasjoner i det aktuelle området. Det er påpekt i høringsrunden at moderne ”smarttelefoner” sender data hyppig, også uten at brukeren aktivt har foretatt noen handling.⁷

Det er presisert i direktivets artikkel 5 at innhold av kommunikasjonene ikke skal lagres. Hva som skal regnes som innhold er i denne sammenheng ikke entydig. For eksempel er ikke web-baserte e-posttilbydere som Hotmail og Gmail pålagt noen lagringsplikt, da de ikke er omfattet av lovens tilbyderbegrep. Tilgang til disse gjøres normalt gjennom en nettleser, der informasjonen mellom brukers datamaskin og tjenesten ikke skiller seg fra annet innhold på internett.

Dataene omfattet av lagringsplikten kan kategoriseres på ulike måter. Willassen skiller i sin utredning til Datatilsynet mellom tre grupper data, etter hvor inngripende disse er i personvernet i forhold til antatt nytteverdi i etterforskningen.⁸ Gruppe A omfatter logg over internettilgang og tilgang til e-postkasse. Gruppe B omfatter trafikkdata i snever forstand, mens gruppe C er data som viser hvem som har sendt e-post til hvem.

Kripos deler i sitt hørings svar dataene inn i person- og stedsspesifikke spor.⁹ De personspesifikke kan knyttes til en bestemt person, dataanlegg eller telefonnummer. Stedsspesifikke knytter seg til et geografisk område. Kripos bruker som eksempel en oversikt over all telefontrafikk i nærheten av et åsted. Dette vil hovedsakelig være data fra basestasjoner til mobiltelefoner.

⁷ Stopp Datalagringsdirektivet *Høring om datalagringsdirektivet* (2010) s. 2-3

⁸ Willassen, Svein *Datalagringsdirektivet – verdi i etterforskning og risikofaktorer for personvern* (2010)

⁹ Kripos *Datalagringsdirektivet – hørings svar fra Kripos* (2010) s. 5

I denne oppgaven vil begrepene trafikk- og lokasjonsdata bli benyttet, i tråd med ekom- og straffeprosesslovens begrepsbruk. Trafikkdata betegner informasjonen hvem som har vært i kontakt med hvem på hvilket tidspunkt, og hvilket utstyr som ble benyttet. Lokasjonsdata er informasjon om på hvilket sted kommunikasjonen forekom, og hvor utstyret har befunnet seg.

Det ses med dette ikke bort fra at ulike former for data innenfor disse kategoriene kan komme ulikt ut i for eksempel forholdsmessighetsvurderinger, men dette vil bli behandlet særskilt der det er nødvendig

1.4 Kriminalitetsbekjempelse og politiets behov for data

Både direktivet og gjennomføringslovens forarbeider fremhever politiets behov for data i kriminalitetsbekjempelsen som det primære grunnlag for innføring av lagringsplikt og deres tilgang til data. Behovet står også sentralt i ulike rettslige vurderinger om nødvendighet og forholdsmessighet, som vil bli behandlet senere i oppgaven. Under vil det derfor bli gjort en gjennomgang av hva ulike kilder sier om dette, primært fra høringsrunden forut for den norske gjennomføringsloven.

I sin uttalelse om datalagringsdirektivet fra 2009 påpekte Personvernkommisjonen at det var nødvendig med en bedre dokumentasjon av politiets behov for data før innføring av direktivet.¹⁰ Kommisjonen viste blant annet til to tyske rapporter som anslo at trafikkdata kun ville bidra til oppklaring i et lite antall saker, henholdsvis 0,002%¹¹ og en økning i oppklaringsraten på 0,006 prosentpoeng.¹² Disse svært lave tallene er oppsiktsvekkende, og står i klar kontrast til den norske dokumentasjonen som ble fremlagt i 2011 i forbindelse med høringsrunden til gjennomføringsloven.

¹⁰ NOU 2009: 1 *Individ og integritet. Personvern i det digitale samfunnet* s. 221-222

¹¹ Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht *Rechtswirklichkeit der Auskunserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO* (2008)

¹² <http://www.heise.de/newsticker/Vorratsdatenspeicherung-fuer-eine-0-006-Prozentpunkte-hoehere-Aufklaerungsquote--/meldung/92746> Hentet 20.02.2012

I høringsrunden var det Kripos som mest inngående kommenterte politiets behov for data i etterforskningen. Etaten viser til at trafikk- og lokasjonsdata er en av flere metoder som i ”samspill oppklarer saken”.¹³ Data blir særlig brukt i draps- og narkotika-saker, i drapssaker ble det hentet inn data i 75 % av sakene. Dataene kan gi objektive holdepunkter for offerets bevegelser og hvem vedkommende har vært i kontakt med. Kripos nevner flere større straffesaker fra nyere tid der trafikk- og eller lokasjonsdata ble brukt i etterforskningen. I både Orderud- , Baneheia- og Nokas-sakene var trafikkdata og utskrifter fra basestasjoner viktige bevis. Det vises til at basestasjonsdata ofte er helt nødvendig i den innledende etterforskningsfasen i drapssaker med ukjent gjerningsmann.

Kripos viser også til at trafikkdata er ”...helt nødvendig for å identifisere og pågripe bakmennene”¹⁴ i narkotikasaker. Disse har ofte ikke kontakt med narkotikaen overhodet, og trafikkdata kan være eneste måten å identifisere dem. I høringssvaret blir det også blant annet gjennomgått bruk av trafikkdata i sedelighetssaker, organisert vinningskriminalitet og datakriminalitet.

Etter oppdrag fra Datatilsynet skrev konsulenten Svein Willumsen en utredning som blant annet tar for seg politiets behov for trafikk- og lokasjonsdata i etterforskningen.¹⁵ På bakgrunn av intervjumateriale med etterforskere i politiet konkluderte han med at trafikkdata ”... vurderes som nyttig i etterforskningssammenheng, men det foreligger ikke klar informasjon om i hvilket omfang disse data er avgjørende for å oppklare saker”.¹⁶ Bevisene fra slike data som regel inngår i en større bevismengde, og det kan være vanskelig å skille ut hvor stor vekt som er lagt på trafikkdatabevisene”.¹⁷

Antall ganger data blir begjært utlevert kan være en indikasjon på behovet. Post og Teletilsynets statistikk på dette var inntatt i Samferdselsdepartementets høringsnotat til

¹³ Kripos (2010) s. 6

¹⁴ Kripos (2010) s. 10

¹⁵ Willassen (2010)

¹⁶ Willassen (2010) s.37

¹⁷ ibid. s. 37

lovendringen.¹⁸ I 2004-2008 lå antall begjæringer stabilt på ca 1900 per år. Etter en skjønnsmessig vurdering hevder tilsynet at hovedvekten av begjæringene var i saker om overtredelse av straffeloven § 162 (narkotika), § 257 (tyveri), og ulike voldslovbrudd. Begjæringene gjaldt nesten utelukkende mobiltelefoner.

Det er en slående forskjell mellom hvordan behovet blir vurdert i de tyske undersøkelsene og i de norske høringsdokumentene. Noe av forskjellen kan kanskje forklares med forskjellig etterforskningsmetodikk i Tyskland og Norge. Omfanget av begjæringer i statistikken fra Post og Teletilsynet tyder uansett på at trafikkdata blir *oppfattet* som nyttig av norsk politi, siden uthenting av slike data i dag er en tid- og arbeidskrevende oppgave.¹⁹

Det er ikke plass i en oppgave som dette til å undersøke behovet nærmere. Den tentative konklusjonen må dermed bli at det er ulike oppfatninger om politiets behov for data, men at slike data i dag blir innhentet i betydelig grad.

1.5 Personvern og retten til privatliv

Trafikk- og lokasjonsdatas nytte i etterforskningen er i stor grad at de kan gi oversikt over personers kommunikasjons- og bevegelsesmønster. Hvem en snakker med, og hvor en oppholder seg er informasjon som den enkelte kan ha sterke behov for, og ønske om, å holde for seg selv. Det er også en viktig demokratisk verdi at samfunnet ikke er gjennomovervåket av myndighetene. Debatten forut for innføringen av direktivet hadde mange kraftige karakteristikk som blant annet ”totalitært svermeri”²⁰. Også i andre sammenhenger har det blitt advart mot de samfunnsmessige konsekvenser av et svekket personvern.²¹

¹⁸ Samferdselsdepartementet *Høringsnotat datalagring* (2010) s. 18-19

¹⁹ Se kapittel 1.6

²⁰ Apenes, Georg *Totalitært svermeri* Dagbladet 17.12.2006

²¹ Se for eksempel Dommer Pettitis votum i saken *Malone v. Storbritannia*, NOU 1999: 27 *Ytringsfrihed bør finde sted* s.144, Selmer, Knut S. ”Det stramme samfunn” i *Data og personvern* (1977)

Retten til privatliv og personvernet er en del av menneskerettighetene, og vernes av flere internasjonale konvensjoner. Hva som konkret ligger i disse rettighetene er en tolkningsoppgave som jeg vil komme tilbake til senere i oppgaven. Under skal jeg forsøke å konkretisere noe hva som ligger i personvern *som legislativt hensyn*, med henblikk på oppgavens tema.

I Odelstingsproposisjon nr 64 (1998-1999), som var Justisdepartementets forslag til nye politimetoder, er personvern konkretisert på følgende måte:²²

Det er vanskelig å gi noen eksakt definisjon av personvernbegrepet. Personvernet beskytter et knippe av ideelle, ikke-økonomiske interesser. En sentral side ved personvernet er at den enkelte borger har rett til privatliv, til kommunikasjon og til personlig integritet. Hensynet til personlig integritet tilsier blant annet at den enkelte skal ha kontroll over opplysninger om seg selv, særlig personlige opplysninger, og til å få være i fred for andre. Det nærmere innhold i personvernet, og dets vekt i forhold til motstridende hensyn er historisk, kulturelt og ideologisk betinget. Hvilke inngrep som tillates i den personlige sfære, kan med andre ord vriere fra ett samfunn til et annet og fra én tid til en annen.”

Det er videre poengtert at departementet anser beskyttelsesnivået for den enkelte borger som relativt: ”Det krav en person i utgangspunktet har på å ikke bli utsatt for ulike former for registrering, gjør seg ikke i like stor grad gjeldende for en lovbrøyer som for en uskyldig person. Den som bryter loven, har satt seg selv utenfor det alminnelige kravet på vern om sitt privatliv som ligger i personvernet”.²³

Jeg er enig i det første utsagnet over, til en viss grad. Det er et klart behov for en del registrering av straffedømte personer, for eksempel for å forhindre at disse får stillinger i samfunnet der de har gode muligheter for å foreta nye kriminelle handlinger. Videre kan behovet for å oppklare og avverge alvorlig kriminalitet tilsa at retten til privatliv må vike. Den siste setningen kan imidlertid leses som at ethvert lovbrudd rettferdiggjør utstrakt grad av overvåkning, retten til personvern opphører for vedkommende. Både rettslig og rettspolitisk har et slikt syn klare betenkeligheter.

²² Ot.prp. nr 64 (1998-1999) s. 36

²³ *ibid* s. 37

For det første må det foretas en avveining mellom retten til privatliv og nødvendigheten av overvåkning / registrering i hvert enkelt tilfelle. Det at noen har brutt loven kan ikke i seg selv sette de utenfor ethvert vern av deres privatliv. Videre er det nok eksempler i historien på lovgivning som er illegitim sett på bakgrunn av demokratiske prinsipper og verdier. At myndighetene definerer noe som ulovlig, er dermed ikke i seg selv tilstrekkelig for at retten til personvern opphører.

For politiets tilgang til data lagret under direktivet vil personvern betraktninger slå ut på flere måter. Tilgangen bør minimeres til det som er strengt nødvendig for formålet, å bekjempe kriminalitet. At dataene allerede er lagret hos tilbyder, bør ikke være noe selvstendig argument for økt tilgang til disse fra myndighetene.²⁴ Det kan også tenkes tilfeller der personvern hensyn veier tyngre enn ønsket om å oppklare kriminelle handlinger, der det ikke bør være adgang til utlevering uansett hvor nyttige slike data er.

1.6 Gjeldende rett frem til lovendringen

Abonnentsdata, hvem som er innehaver av et telefonnummer eller IP-adresse, er ikke omfattet av tilbyders taushetsplikt ovenfor politiet, jf ekom-loven § 2-9 tredje ledd. Dette skal utleveres ”med mindre særlige forhold gjør det utilrådelig”, jf § 2-9 fjerde ledd. Gjennomføringsloven endrer ikke på dette. I det følgende vil jeg gi en oversikt over reglene for politi og påtalemyndighetens tilgang til øvrige trafikk- og lokasjonsdata før lovendringen trer i kraft.

Tilgang kan gis gjennom flere ulike regelsett. Da det frem til endringslovens ikrafttredelse ikke foreligger noen lagringsplikt, men *sletteplikt* for data etter at tilbyderne ikke lengre har legitimt behov for dataene, vil tilfanget av data tilgjengelig gjennom disse bestemmelsene kunne variere betraktelig.

²⁴ Se Schartum, Dag Wiese ”Oversikt og innledende observasjoner” i *Overvåkning i en rettsstat – Nordisk årbok i rettsinformatikk 2010* s. 26

For det første kan det gis pålegg om sikring av data etter straffeprosessloven § 215 a. Vilklårene er at dataene “ antas å ha betydning som bevis”, for informasjon fra tilbyder av elektronisk kommunikasjonstjeneste kreves i tillegg at “det er grunn til å tro at det er begått en straffbar handling”. Paragraf 215 a fjerde ledd gir selvstendig hjemmel for utlevering av “de trafikkdata som er nødvendig for å spore hvor de data som omfattes av sikringspålegget kom fra og hvor de eventuelt ble sendt til”.

For tilgang utover hva straffeprosessloven § 215 a fjerde ledd åpner for, kreves det beslag i medhold av § 203, eller utleveringspålegg etter § 210.

Beslag kan ikke gjøres i “dokumenter eller annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter straffeprosessloven §§117 - 212” (i dette tilfellet tilbyder av kommunikasjonstjenesten), jf § 204. For utleveringspålegg følger den samme begrensningen av § 210. Etter § 118 første ledd annet punktum er det ikke adgang til å ta imot vitneforklaring fra vitne som har taushetsplikt som følge av tjeneste eller arbeid for tilbyder av elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste uten samtykke fra departementet (her Samferdselsdepartementet).

Slikt samtykke skal bare nektes dersom “åpenbaringen vil kunne utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig ovenfor den som har krav på hemmelighold”, jf siste punktum. Retten har etter andre ledd adgang til å overprøve departementets samtykkenektelse etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og sakens opplysning.

Kompetansen til å gi samtykke i relevante tilfeller er delegert til Post og Teletilsynet.²⁵ Tilsynet foretar en konkret rimelighetsvurdering tilsvarende prinsippene i straffeprosessloven § 170a, der det legges vekt på følgende momenter:²⁶

- Om telefonen disponeres av en person som har straffeprosessuell stilling som siktet eller mistenkt for et konkret straffbart forhold. Dersom dette ikke er tilfellet er tilsynet “svært restriktiv[e]”.
- Om det er innledet etterforskning av et straffbart forhold
- Hvor viktig elektroniske spor er for etterforskningen av saken
- Det straffbare forholds alvorlighet og karakter
- Ved basestasjonssøk er også befolkningstettheten i området, varighet og tidspunkt på døgnet med i vurderingen.

Det kan også bli utlevert data gjennom reglene om kommunikasjonskontroll, med hjemmel i straffeprosessloven §§ 216 b annet ledd bokstav d. Grunnvilkåret er skjellig grunn til mistanke om handling eller forsøk på handling som kan medføre straff på 5 år eller mer, eller enkelte bestemte straffebud med lavere strafferamme. Videre kreves at avlytting vil være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og at oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort.

Kommunikasjonskontroll besluttes av retten ved kjennelse, men påtalemyndigheten har hastekompetanse. Forskrift om kommunikasjonskontroll gir omfattende regler om rapportering og kontroll med bruken.²⁷

Adgangen til å innehente trafikkdata gjennom reglene om kommunikasjonskontroll skal etter forarbeidene fortsatt gjelde etter endringsloven mens beslag og utleveringspålegg ikke lengre skal hjemle utlevering.²⁸

²⁵ Forskrift av 5.3.1996 og vedtak av 23.6.1995 nr. 39

²⁶ Samferdselsdepartementet *Høringsnotat – datalagringsdirektivet* (2010) s. 17

²⁷ Forskrift 31. mars 1995 nr. 281 om kommunikasjonskontroll

²⁸ Prop. 49 L (2010-2011) s. 131

1.7 Metode

Oppgaven benytter vanlig norsk juridisk metode. Utlevering av trafikk- og lokasjonsdata er inngripende tiltak ovenfor borgerne, og man er derfor innenfor legalitetsprinsippets område. Legalitetsprinsippet er formulert på ulike måter i litteraturen, men kjernen er at slike inngrep krever hjemmel i lov.²⁹ I et metodisk perspektiv setter prinsippet grenser for hvor langt man kan gå i utvidende tolkninger av hjemlene på bakgrunn av andre rettskildefaktorer.³⁰

1.7.1 Relevante rettskilder

Straffeprosessloven §§ 210 b og 210 c har lovteknisk og faktisk mye til felles med reglene om kommunikasjonskontroll. Kommunikasjonskontrollbestemmelsen i § 216 b er også etter lovendringen en parallell hjemmel til utlevering av data, men med strengere krav til strafferammer. Jeg vil derfor se de nye bestemmelsene i lys av etablert tolkning av de tilsvarende vilkår i disse bestemmelsene der det er relevant.

Da endringene i straffeprosessloven som er oppgavens tema enda ikke er trådt i kraft, finnes det ikke rettspraksis om bestemmelsene. For kommunikasjonskontroll og tilgrensede tvangsmidler vil også rettspraksis i mange tilfeller være vanskelig tilgjengelig, da dommene vil være unntatt offentlighet. Høyesterett har selv bearbeidet noen kjennelser på området som er publisert på Lovdata. Disse avgjørelsene er publisert i serien KK, og er ofte ”gjenfortellinger” av domsgrunnene der faktum bevisst er gjort vakt. Dette kan svekke deres rettskildemessige verdi.

Forarbeidene, i hovedsak Prop. 49 L (2010-2011) og komitéinnstillingen Innst. 275 L (2010-2011) vil være sentrale rettskilder. Jeg vil også trekke på uttalelser gitt i tidligere

²⁹ Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind *Forvaltningsrett* 9.utg s. 361-362

³⁰ Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære* 5.utg s. 127

lovforarbeider om kommunikasjonskontroll og etterforskningsmetoder, i hovedsak Ot.prp. nr.64 (1998-1999) og NOU 2009:15 ”Skjult informasjon – åpen kontroll”. De sistnevnte vil ikke ha samme vekt som forarbeidene til endringsloven, men kan bidra til å belyse de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende på området.

I straffesaksbehandlingen står forskrift 28. juni 1985 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) og riksadvokatens rundskriv sentralt. Påtaleinstruksen har regler av forskjellig karakter, noen bestemmelser er gjentakelser av straffeprosessloven, andre er forskriftsbestemmelser med hjemmel i loven, mens den tredje gruppen har karakter av instruks uten direkte hjemmel i lov.³¹ Hvilke kategori relevante bestemmelser tilhører vil ha betydning for deres rettskildemessige verdi.

Riksadvokatens rundskriv blir hovedsakelig behandlet i oppgavens deler om nødrett som hjemmel for utlevering av trafikk- og lokasjonsdata. Rundskrivene har karakter av interne instruks for påtalemyndigheten, og er ikke direkte bindende for domstolene.³² De er likevel uttrykk for kvalifiserte juristers lovtolkning, og rettspraksis har tillagd dem rettskildemessig vekt, jf Rt. 1982 s. 1437.

Utlevering av trafikk- og lokasjonsdata vil også ha sider mot Norges folkerettslige forpliktelser etter blant annet EØS-avtalen og menneskerettskonvensjoner. Særlig relevant er forpliktelsene etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 jf lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

1.7.2 Tolking av EMK

Konvensjonen er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2, og går foran for annen lovgivning gjennom lovens § 3. Også straffeprosessloven § 4 slår fast at lovens bestemmelser viker for Norges folkerettslige forpliktelser, herunder EMK, jf Rt. 1994 s. 610.

³¹ Auglend, Mæland og Røssandhaug *Politirett* (2004) s. 59

³² Myhrer, Tor Geir ”Påtalemyndighetens praksis som rettskilde” *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2003) s. 219

Ved tolkningen av den europeiske menneskerettighetskonvensjon benyttes menneskerettighetsdomstolens metode, som presisert av Høyesterett blant annet i plenumsdommen inntatt i Rt. 2001 s. 1006. Norske domstoler skal ”anvende de samme prinsipper for tolkning som EMD... men skal i alminnelighet ikke bygge inn sikkerhetsmarginer for å hindre at Norge dømmes for konvensjonsbrudd”.³³

Denne metoden har blitt beskrevet i EMDs praksis flere ganger, for eksempel i saken *Saadi v. Storbritannia*.³⁴ Utgangspunktet for tolkningen er ordlyden, ordenes ”ordinary meaning” i lys av sammenhengen og formålet med bestemmelsen. Her legger domstolen særlig vekt på at konvensjonens formål som sådan er å beskytte individenes menneskerettigheter, og at den må tolkes som en helhet. Rettighetene skal dermed tolkes slik at de blir praktiske og effektive. Domstolen har uttalt at konvensjonen er et dynamisk instrument, som skal utvikle seg slik at den gir beskyttelse for rettighetene også under endrede samfunnsforhold.

³³ Rt. 2001 s. 1006

³⁴ *Saadi v. Storbritannia* (dom 29.1.2008)

2 Internasjonale føringer og gjennomføring i fremmed rett

2.1 Innledning

I det følgende vil jeg undersøke hvilke krav til utleveringsreglene som kan utledes av EMK. Som diskutert i innledningen er det hovedsakelig retten til privatliv som vil komme i betraktning.

Jeg vil også se på om direktivet selv setter noen skranker for utlevering av data, og gi en kort oversikt over hvilke myndigheter som har fått tilgang til data i de ulike medlemslandene. Reglene i Danmark vil bli gjennomgått noe mer i detalj.

2.2 EMK artikkel 8

Som vist i kapittel 1.7.2 har EMK forrang foran annen norsk lovgivning gjennom menneskerettsloven, og for straffeprosessens del også direkte gjennom straffeprosessloven.

EMK artikkel 8 verner om retten til privatliv, og den engelske autoritative teksten lyder:

1. *Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence*
2. *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except as such is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*

Bestemmelsen legger opp til en toleddet vurdering. For det første om det har blitt gjort inngrep i retten til privatliv og korrespondanse, om dette er tilfelle må en vurdere om inngrepet er tillatt etter artikkel 8 (2). Denne siste vurderingen er kompleks, og reiser en rekke delproblemstillinger. I dette kapitlet vil jeg drøfte hvilke konkrete skranker som kan utledes av lovskravet, og kravene til legitimt hensyn og nødvendighet. Selve lagringsplikten kan også reise problemer etter artikkel 8, men det vil ikke bli behandlet i denne oppgaven.

Artikkel 8 (2), slik den er tolket av EMD, inneholder også et forholdsmessighetskrav. Da dette vil variere sterkt fra sak til sak anser jeg dette mer som en konkret vurdering som må tas ved vurdering av om utlevering skal innvilges fra sak til sak. Dette vil derfor drøftes sammen med andre forholdsmessighetskrav i kapittel 3.5.

2.2.1 Utlevering av data et inngrep i retten til privatliv

EMK artikkel 8 (1) gir etter ordlyden rett til respekt for privat- og familielivet, samt korrespondanse. Spørsmålet i det følgende er dermed om utlevering av trafikk- og lokasjonsdata, som sier noe om noens kommunikasjonsmønster, vil være et inngrep i denne retten.

Hvilke subjekter som er vernet kan variere, også sammenslutninger og selskaper har i noen tilfeller oppnådd vern etter bestemmelsen.³⁵ En nærmere drøftelse av dette vil føre for langt i en oppgave som dette, jeg diskuterer i det følgende vernet for privatpersoner.

EMD har ikke hatt noen helt parallelle saker om trafikk- og lokasjonsdata til behandling. Det er likevel avsagt noen dommer som kan bidra til å kaste lys over hvor inngrepsterskelen vil ligge.

En av de mest sentrale er *Malone v. United Kingdom*.³⁶ Malone var mistenkt for handel med stjalne antikviteter, men ble senere frikjent. Under etterforskningen ble hans

³⁵ Se for eksempel *Société Colas Est and others v. France* (dom 16.4.2002)

telefonsamtaler avlyttet av politiet i minst ett tilfelle. Malone påstod også at myndighetene hadde gitt teleselskapet beskjed om å overvåke hvem han hadde ringt til over en lengre periode, gjennom en metode som gir mye de samme trafikkdata som den norske straffeprosessloven § 210 b.

EMD slår kort fast i avsnitt 64 at telefonsamtaler er beskyttet av artikkel 8, og at avlytting av disse fra myndighetene utgjør et inngrep. Viktig i denne sammenhengen er at også utlevering til politiet av data om hvem han hadde ringt til uten hans samtykke ble ansett å være et inngrep i artikkel 8, siden slik informasjon er et ”integral element in the communications made by telephone”, jf avsnitt 84. I samme retning går saken *Copland v. UK*³⁷, som i tillegg til trafikkdata fra telefon omhandlet internettbruk.

Disse sakene viser at utlevering av trafikk- og lokasjonsdata klart vil utgjøre et inngrep i retten til privatliv etter artikkel 8. Et slikt inngrep da må oppfylle kravene i artikkel 8 (2), dersom det ikke skal utgjøre et konvensjonsbrudd.

2.2.2 Lovskravet

Et inngrep i privatlivet må etter artikkel 8 (2) være ”in accordance with the law”. Konvensjonen skal tolkes autonomt, etter EMDs praksis kreves det ikke formell lovgivning, men vilkåret stiller heller kvalitative krav til forutberegnelighet og presisjon.³⁸ Domstolen har stadig gjentatt utsagnet: ”The law must thus be adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct”.³⁹

Det synes umulig å gi lovregler som helt presist avklarer når noen må regne med at data utleveres om dem. Helt presise regler vil også kunne svekke etterforskningens effektivitet, da mistenkte vil kunne tilpasse seg. På den annen side utgjør skjult

³⁶ *Malone v. United Kingdom* (dom 2.8.1984)

³⁷ *Copland v. UK* (dom 3.4.2007)

³⁸ All, *Jørgen Rettsstat og menneskerettigheter* 3. utg (2011) s. 112

³⁹ *Blant annet S. and Marper v. United Kingdom* (dom 4.12.2008)

overvåkning en stor fare for maktmisbruk. EMD har akseptert dette, for tilfeller av overvåkning og myndighetenes bruk av personlige data er vurderingsnormen noe modifisert. Etter domstolens praksis kreves det at nasjonale regler tar hensyn til og så langt mulig avklarer minimum de følgende forhold:⁴⁰

- Hvilke forhold som kan gi grunnlag for overvåkning⁴¹
- En definisjon av hvilke persongrupper som kan bli overvåket⁴²
- Inngrepets varighet
- Lagring, bruk og vurdering av de lagrede data
- Forholdsregler ved overføring til andre myndighetsorganer
- Faste regler for når data kan og må slettes

Så lenge det finnes nasjonale regler som regulerer forholdene over, vil det være en konkret vurdering om de gir tilstrekkelig avklaring og forutberegnelighet til å oppfylle konvensjonens krav. Det er vanskelig å utlede noen holdepunkter for denne vurderingen fra EMDs praksis, blant annet siden det har vært relativt få relevante saker for domstolen.

2.2.3 Legitimt hensyn

Et inngrep i retten til privatliv må, for å ikke utgjøre brudd på konvensjonen, tjene ett eller flere av de hensynene som er oppgitt.

Utlevering av trafikk- og lokasjonsdata er etter både direktivet og de norske forarbeidene tiltenkt bekjempelse av kriminalitet. Kriminalitetsbekjempelse, sammen med nasjonal sikkerhet og offentlig orden er alle legitime hensyn etter artikkel 8 (2). EMD synes også i sin praksis å akseptere de påberopte hensyn i relevante saker uten

⁴⁰ Jacobs, White, and Ovey (2010) s. 367

⁴¹ Rotaru v. Romania (dom 4.5.2000)

⁴² ibid.

særlig drøftelse.⁴³ Jeg antar derfor at en formålstro anvendelse av utleveringshjemplene ikke vil reise problemer etter dette vilkåret.

2.2.4 Nødvendighet

Som nevnt over må inngrepet tjene ett av de legitime hensyn. Inngrepet må også være nødvendig for å sikre et slikt hensyn, ”necessary in a democratic society”. Prøvingen av dette er forholdsvis kompleks, og er ofte avgjørende for om ett inngrep er konvensjonsmessig eller ikke.

EMD har reformulert nødvendighetskriteriet i sin praksis. Etter praksis innebærer “necessary in a democratic society” to kriterier. For det første må inngrepet være utslag av et “pressing social need”, og det må være proporsjonalt med det eller de legitime hensyn som påberopes.⁴⁴ Det førstnevnte vil jeg gjennomgå her, mens proporsjonalitetskravet vurderes sammen med det internrettslige forholdsmessighetskravet i kapittel 3.5.

I saken *Silver v. United Kingdom* uttalte domstolen at ”the adjective ’necessary is not synonymous with ’indispensable’, neither has it the flexibility of such expressions as ’admissible’, ’ordinary’, ’reasonable’ or ’desirable’”⁴⁵. Dette sier noe om terskelen, på norsk kan en kanskje si at det ikke er krav om at inngrepet må være uunnværlig, men at ønskelighet, hensiktsmessighet og lignende ikke er tilstrekkelig.

Dersom inngrepet ikke er egnet til å oppfylle behovet, vil det heller ikke være nødvendig. Som sett i kapittel 1.4 er trafikk- og lokasjonsdatas verdi i etterforskningen omstridt. Saken *KU v. Finland* viser likevel at utlevering av trafikkdata i ett tilfelle ble ansett som nødvendig av EMD, og at manglende mulighet for dette i seg selv kan utgjøre konvensjonsbrudd:⁴⁶

⁴³ Jacobs, White and Ovey (2010) s. 316-317

⁴⁴ Blant annet *Silver v. United Kingdom* (Dom 25.3.1983)

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ *K.U. v. Finland* (dom 2.12. 2008)

En ukjent person hadde lagt ut en seksuelt ladet kontaktannonse i klagerens, som på det tidspunktet var under 18 år, navn på en dating-side på internett. Klageren fikk kjennskap til dette etter å ha mottatt svar på annonsen fra en mann som ville møtes.

Klagerens far ba så politiet identifisere hvem som hadde lagt ut annonsen, med sikte på anmeldelse. Tilbyderen av vedkommendes internettforbindelse nektet å oppgi hvem som hadde fått tildelt den aktuelle ip-adressen, og viste til sin taushetsplikt etter telekommunikasjonsloven. Etter finsk rett var det på dette tidspunktet ikke anledning til å oppheve taushetsplikten i slike tilfeller, og tilbyderen fikk medhold i finske domstoler.

EMD viser i avsnitt 42-43 til at artikkel 8 også inneholder positive forpliktelser for medlemslandene til å sikre innbyggernes rett til privatliv, i dette tilfellet den personlige integriteten. EMD så på annonsen som en krenkelse av denne. Domstolen uttaler følgende i avsnitt 49:

Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others.

EMD konkluderer med at Finland i dette tilfellet ikke hadde lagt til rette for at en slik avveining kunne foretas, og at klagerens rettigheter etter artikkel 8 dermed var krenket.

Siden saken gjaldt identiteten til personen bak en ip-adresse, som etter ekomloven er underlagt lavere krav for utlevering enn andre trafikkdata, er det vanskelig å vurdere rekkevidden av avgjørelsen. Sannsynligheten er likevel stor for at EMD vil godta eksistensen av utleveringsregler som nødvendig, forutsatt at disse er i samsvar med de andre krav etter artikkel 8 (2) og det føres tilstrekkelig bevis for behovet.

2.3 Direktivet selv som skranke for utlevering?

Datalagringsdirektivet har to deler som sier noe om tilgang til, og bruk av, data lagret under det. I fortalen avsnitt 21 blir en del av formålet med direktivet gitt å være ”to ensure that those data are available for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime, as defined by each Member State in its national law...”.

Hva som omfattes av ”serious crime” er ikke videre spesifisert, men overlates som sett til nasjonal lovgivning. Lest i sammenheng med andre henvisninger i fortalen, som viser til terrorisme og organisert kriminalitet, er det likevel naturlig å forstå formålet med direktivet til å bidra til avverging og etterforskning av de mest alvorlige kriminelle handlinger.

Videre pålegger artikkel 4 – access to data - medlemslandene å iverksette tiltak for å sikre at data lagret under direktivet ”are provided only to the competent national authorities in specific cases and in accordance with national law”. Herunder vises det til relevant internasjonal rett, spesielt EMK.

Det er vanskelig å lese noen konkrete skranke ut fra direktivet som ikke allerede følger av henvisningene til EMK, og for Norges del etablerte straffeprosessuelle regler. Den norske gjennomføringslovens forarbeider konkluderer da også med at ”Bestemmelsen [artikkel 4] må forstås som en tilkjenneivelse av en forutsetning om nærmere nasjonal lovgivning og en henvisning til andre bestemmelser som kan begrense muligheten for å gi tilgang”.⁴⁷

⁴⁷ Prop. 49 L (2010-2011) s. 95

2.3.1 Tilgang til data i medlemsstatene

Datalagringsdirektivet ble vedtatt av kommisjonen 1. mars 2006, med gjennomføringsfrist 15. september 2007. For lagring av data fra internett ble det gitt en utsatt frist til 15. mars 2009. I april 2011 kom Europakommisjonen med en evalueringsrapport som tok for seg implementering og ulike problemstillinger som direktivet har gitt opphav til.⁴⁸

Direktivet har møtt motstand i mange av medlemslandene. Per 18.4.2011 har 25 land av notifisert kommisjonen om at de har gjennomført direktivet.⁴⁹ I Tyskland, Romania, Tsjekkia⁵⁰ og Bulgaria⁵¹ ble den nasjonale gjennomføringen kjent ugyldig av nasjonale domstoler.

EU-kommisjonens egen evaluering viser at de land som har implementert direktivet har gjort det på svært ulike måter.⁵² Hvem som kan få utlevert data, og vilkårene for dette, varierer sterkt mellom medlemslandene. Seks medlemsland har for eksempel åpnet for utlevering til skattemyndighetene, og tre til tollmyndighetene.⁵³ Elleve land krever beslutning av retten for alle tilfeller ved utlevering, tre land i de fleste tilfeller, mens i to land kreves det kun at begjæringen gjøres skriftlig.

⁴⁸ European Commission *Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC)* (2011)

⁴⁹ European Commission (2011) s. 5

⁵⁰ *ibid.*

⁵¹ Mahler, Tobias, Ranheim, Malin Renate og Cojocarasu, Dana Irina "Hvordan vurderer nasjonale domstoler datalagringsdirektivet opp mot grunn- og menneskerettigheter" i *Overvåkning i en rettsstat – Nordisk årbok i rettsinformatikk 2010* s. 150

⁵² European Commission (2011) s. 8

⁵³ *ibid.* s. 9

2.3.2 Tilgang til data i Danmark

Plikt til lagring av trafikk- og lokasjonsdata for bruk i kriminalitetsbekjempelse ble i Danmark lovfestet i 2007. Den danske lagringsplikten går noe videre enn hva direktivet, og den norske gjennomføringsloven gjør.

Utlevering av trafikk- og lokasjonsdata er i Danmark regulert av retsplejeloven kapittel 71, ”ingrep i meddelelshemmeligheten”. Som i Norge er utlevering et straffeprosessuelt tvangsmiddel.

Hjemmelsbestemmelsen er retsplejeloven § 780 jf § 781:

Politiet kan efter reglerne i dette kapitel foretage inngrep i meddelelshemmeligheten ved at ...

3) innhente opplysning om, hvilke telefoner eller andre tilsvarende kommunikasjonsapparater der sættes i forbindelse med en bestemt telefon eller andet kommunikationsapparat, selv om indehaveren af dette ikke har meddelt tilladelse hertil (teleopplysning)

4) indhente opplysning om, hvilke telefoner eller andre tilsvarende kommunikasjonsapparater inden for et nærmere angivet område der sættes i forbindelse med andre telefoner eller kommunikationsapparater (udvidet teleopplysning)...

Teleopplysning i den danske loven samsvarer med trafikkdata-begrepet som benyttet i denne oppgaven, mens utvidet teleopplysning samsvarer med lokasjonsdata fra basestasjonssøk.

Vilkårene for utlevering av teleopplysninger, jf § 781, er for det første at det er grunn til å anta at kommunikasjonsmiddelet brukes til kommunikasjon til eller fra en mistenkt. Det er således krav til mistanke mot en eller flere konkret utpekt personer. Videre må utlevering antas å være av avgjørende betydning i etterforskningen, og etterforskningen må angå en lovovertrædelse med strafferamme over 6 år eller en nærmere opplyst gruppe lovbrudd.

For utvidede teleopplysninger gjelder ikke kravet til en konkret mistenkt, men til gjengjeld kreves at mistanken må gjelde en forbrytelse som kan medføre fare for menneskers liv og helse eller betydelige samfunnsverdier, jf § 781 stk. 5.

3 Vilkår for utlevering i etterforskningen

3.1 Innledning

De primære hjemlene for politiets tilgang til trafikk- og lokasjonsdata er nye straffeprosessloven §§ 210 b og 210 c:

210b:

Retten kan ved kjennelse pålegge utlevering for et bestemt tidsrom av trafikkdata, og lokaliseringsdata som ikke omfattes av § 210 c, og som tilbyder har plikt til å lagre etter lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon § 2-7 a. Pålegg kan gis når det foreligger skjellig grunn til mistanke om en eller flere straffbare handlinger

a) som etter loven kan medføre straff av fengsel i 4 år eller mer, eller

b) som etter loven kan medføre straff av fengsel i 3 år eller mer og det er grunn til å tro at handlingen er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, jf. straffeloven § 60 a, eller

c) som rammes av straffeloven §§ 90, 91, 91 a, 94 jf. 90, 104 a annet ledd, 145 annet ledd, 145 a, 145 b, 162, 162 b, 162 c, 190 a, 201 a, 203, 204 a, 270 første ledd nr. 2, 317, jf. § 162, eller § 390 a, eller av utlendingsloven § 108 fjerde ledd.

Forhøyelse av maksimumsstraffen ved gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer ikke i betraktning.

Utlevering etter paragrafen her kan bare pålegges dersom det må antas at opplysningene vil være av vesentlig betydning for etterforskningen.

Utenfor domstolens ordinære kontortid fremsettes begjæring om utlevering for Oslo tingrett etter nærmere bestemmelser gitt av departementet.

§ 210 annet og fjerde ledd gjelder tilsvarende.

§ 210 c:

Retten kan ved kjennelse pålegge utlevering for et begrenset tidsrom av opplysninger om hvilke telefoner eller annet kommunikasjonsutstyr som innenfor et nærmere bestemt geografisk område har vært satt i forbindelse med bestemte telefoner eller kommunikasjonsutstyr og som tilbyder har plikt til å lagre etter lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon § 2-7 a. Pålegg kan gis når det foreligger skjellig grunn til mistanke om en eller flere straffbare handlinger

a) som etter loven kan medføre straff av fengsel i 5 år eller mer, eller

b) som etter loven kan medføre straff av fengsel i 3 år eller mer og det er grunn til å tro at handlingen er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, jf. straffeloven § 60 a, eller

c) som rammes av straffeloven §§ 90, 91, 91 a, 94 jf. 90, 104 a annet ledd, § 162, 162 b, 162 c, eller § 317, jf. § 162, eller av utlendingsloven § 108 fjerde ledd.

§ 210 b annet til femte ledd gjelder tilsvarende.

Videre kan påtalemyndigheten gis tilgang etter straffeprosessloven § 216 b annet ledd bokstav d, som gjennomgående har strengere vilkår. Bestemmelsen er sentral for utlevering av data i forebyggende øyemed, som vil bli behandlet under i kapittel 4.3. Jeg vil derfor fokusere på de førstnevnte regler her, og bare komme inn på § 216 b som sammenligningsgrunnlag der dette er naturlig.

Reglens plassering i straffeprosesslovens tvangsmiddelkapittel, og systematikken for øvrig gjør det klart at utlevering av data er et tvangsmiddel.

Etter rettens kjennelse kan politiet få utlevert de trafikk- og lokasjonsdata som skal lagres etter den nye ekomloven § 2-7 a. Det er dermed tilbydernes lagringsplikt etter ekomloven som avgjør hvilke data som er tilgjengelig etter disse hjemlene.⁵⁴

Utlevering av data skal skje ”for et nærmere bestemt tidsrom”. Det er naturlig å lese dette som at tidsrommet for utlevering skal fremgå av kjennelsen. Ordlyden synes også

⁵⁴ Se kap. 1.3

å stenge for kjennelser om utlevering ”inntil videre” eller andre ubestemte perioder. Noen begrensninger i tidsrommets lengde følger ikke direkte av ordlyden her isolert, men kan følge av andre vilkår for bruk av tvangsmiddelet.

Etter forarbeidene skal kjennelsen ”fastsette det historiske tidsrom som pålegget gjelder for, og også de data som rammes av pålegget”.⁵⁵ Det er dermed klart at tidsrommet det dreier seg om må ligge i fortiden, det er ikke adgang til å få kjennelse på utlevering av fremtidig data etter bestemmelsen. Om det er behov for løpende utlevering kan bestemmelsen i straffeprosessloven § 216 b om utlevering av trafikkdata være aktuell om de strengere vilkår her er oppfylt.

3.2 Skjellig grunn til mistanke

Som for de fleste andre tvangsmidler kreves det “skjellig grunn til mistanke” for en nærmere definert gruppe straffbare handlinger. Utrykket skjellig grunn er sjelden brukt i normal språkbruk. Tilstrekkelig, eller som Andenæs skriver “god eller rimelig grunn”⁵⁶ kan være dekkende.

3.2.1 Sannsynlighetsovervekt og straffbarhetsvilkår

I Rt. 1993 s. 1302, en sak om varetektsfengsling, slutter utvalget seg til lagmannsrettens utsagn “at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling enn at han ikke har det”. Det er naturlig å lese denne siste avgjørelsen til at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt, mer enn 50 % sannsynlighet. Avgjørelsen har i teorien og senere praksis blitt ansett som en avklaring av kravet til sannsynlighet.⁵⁷

⁵⁵ Prop. 49 L (2010-2011) s. 132

⁵⁶ Andenæs, Johs. og Myhrer, Tor-Geir *Norsk straffeprosess* (2009) s. 285

⁵⁷ Rt. 1997 s. 1856, Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik *Straffeprosessloven kommentarutgave* (2011) s. 619, Andenæs og Myhrer (2009) s. 285

Etter Høyesteretts praksis må mistanken normalt omfatte alle straffbarhetsvilkår, jf Rt. 2004 s. 887. Det betyr at det må være sannsynlighetsovervekt for subjektiv skyld, overtredelse av gjerningsbeskrivelsen, tilregnelighet og fravær av straffrihetsgrunner. Ofte reiser ikke den enkelte sak slike problemstillinger, den nevnte avgjørelsen opphever lagmannsrettens kjennelse siden det i saken ”var en særlig foranledning for lagmannsretten til å behandle spørsmålet om siktedes tilregnelighet”. For varetektsfengsling og ransaking er det gjort et unntak for kravet til tilregnelighet i straffeprosessloven §§ 171 annet ledd og 196.

3.2.2 Utlevering krever ikke mistanke mot en bestemt person

I motsetning til for eksempel pågripelse og ransaking etter straffeprosessloven §§ 171 og 192 første ledd, krever ikke §§ 210b og 210c at mistanken skal rette seg mot en bestemt person, jf de førstnevntes formulering ”den som med skjellig grunn mistenkes”. Paragraf 210b stiller kun krav om ”skjellig grunn til mistanke om en eller flere straffbare *handlinger*”. Det er dermed ingen krav til noe mistenkt *subjekt* for utlevering av data, dersom det er sannsynliggjort at handlingene har funnet sted vil dette etter ordlyden være tilstrekkelig. Vilåret har dermed mer til felles med for eksempel såkalt tredjemannsransaking etter § 192 annet ledd.

Hvorvidt det skulle kreves at mistanken var rettet mot en bestemt person var mye omtalt i høringsomgangen til lovutkastet. Fra politiet og påtalemyndighetens side ble det påpekt at trafikk- og lokasjonsdata i dag benyttes i en rekke sammenhenger der det enda ikke kan identifiseres en bestemt mistenkt.⁵⁸ Særlig gjelder dette ved basestasjonssøk, som gjerne benyttes i en tidlig fase av etterforskningen, formålet er da gjerne å få oversikt over hvem som har befunnet seg på eller nær åstedet.

Det kan stilles spørsmål ved om det ikke likevel må innfortolkes et krav til en viss sammenheng mellom den straffbare handling og den person som er innehaver av

⁵⁸ Prop. 49 L (2010-2011) s. 97-98

kommunikasjonsutstyret. Forarbeidene synes å avvise dette, da vilkåret om ”vesentlig betydning for etterforskningen” anses å være en tilstrekkelig avgrensning.⁵⁹

På bakgrunn av dette kan kravet om skjellig grunn til mistanke for alle straffbarhetsvilkår vanskelig opprettholdes i praksis for disse bestemmelsene. Når vilkåret retter seg utelukkende mot handlingene, vil det kunne forekomme saker der retten ikke har noen mistenkt å forholde seg til overhode. Om spørsmålet likevel skulle komme opp, er det naturlig å lese kjennelsen i Rt. 2004 s. 887 til at de aktuelle straffbarhetsvilkårene må vurderes.

3.3 Krav til straffehjemmel

Både utlevering av trafikk- og lokasjonsdata etter straffeprosessloven § 210 b og lokasjonsdata fra basestasjonssøk etter § 210 c, er betinget av at det er sannsynliggjort at det har forekommet en eller flere straffbare handlinger av en viss karakter. Begge bestemmelsene har en uttømmende liste over hvilke handlinger som åpner for utlevering, og er bygget opp etter samme system. Det er gjennomgående strengere krav til utlevering av lokasjonsdata fra basestasjonssøk. I det følgende vil jeg hovedsakelig behandle vilkårene etter § 210 b, og kommentere løpende der § 210 c har avvikende bestemmelser.

3.3.1 Henvisning til strafferamme

Utlevering etter straffeprosessloven § 210 b kan for det første skje ved skjellig grunn til mistanke “om en eller flere straffbare handlinger som kan medføre fengsel i 4 år eller mer”, jf bokstav a.

Det er den øvre strafferammen angitt i straffebudet som er avgjørende, ikke hva som eventuelt vil bli påstått i straffesaken.⁶⁰ Etter bestemmelsens andre ledd kommer ikke

⁵⁹ Prop. 49 L (2010-2011) s. 106

⁶⁰ Jf Rt. 2006 s. 1398 og Andenæs (2009) s. 283

straffeforhøyelse ved gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser i betraktning, jf straffeloven §§ 61 og 62.

Mange straffebud har flere straffalternativer, der noen kan være under og noen over kravet for utlevering. Om det er det lavere eller høyere alternativ som skal være avgjørende, vil variere med hvilke omstendigheter som hever strafferammen. Dersom dette skjer ved en generell henvisning til ”særlig skjerpene omstendigheter”, som for eksempel straffeloven § 232 andre ledd, har dette blitt oppfattet som en generell heving av den øvre strafferammen. Der det kreves en følge eller et mer spesifikt tilleggsmoment, som for eksempel ”Døden eller betydelig Skade paa Legeme” jf straffeloven § 229, må dette forhold omfattes av mistanken for at strafferammekravet skal være oppfylt.⁶¹

Det er et stort antall straffebud i både straffeloven og spesiallovgivningen med en strafferamme over fire år. Plasshensyn forhindrer en nærmere gjennomgang av disse her. Noen eksempler er likevel frihetsberøvelse etter straffeloven § 223, legemsbeskadigelse med skadefølge etter § 229 andre straffalternativ, og grov menneskehandel etter lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 108 femte ledd

For straffeprosessloven § 210 c er det tilsvarende vilkåret fem års fengsel.

3.3.2 Organisert kriminell gruppe

Videre er det adgang til utlevering for forbrytelser med strafferamme på 3 år eller over dersom det er “ grunn til å tro at handlingen er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, jf. straffeloven § 60 a”, jf straffeprosessloven § 210 a og § 210 b første ledd bokstav b. En slik gruppe er etter straffeloven ”en organisert gruppe på tre eller flere personer som har som et hovedmål å begå en handling som kan straffes

⁶¹ Rt. 1999 s. 862 og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 621

med fengsel i minst tre år, eller hvor en vesentlig del av virksomheten består i å begå slike handlinger”.

Vurderingstemaet er om det er ”grunn til å tro” at ”handlingen er utøvet som ledd i virksomheten” til en slik gruppe. Rent språklig retter ”grunn til å tro” seg mot mistankens styrke, på samme måte som ”skjellig grunn til mistanke”. Man kan forstå ordlyden til at det kreves noen objektive holdepunkter for at dette er tilfelle, men den gir ikke særlig veiledning utover dette.

Etter forarbeidene skal ”grunn til å tro” forstås på samme måte som i straffeprosessloven § 215 a annet ledd og § 222 a første ledd om besøksforbud.⁶² Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt, men ”mistanken må bygge på visse objektive punkter i det konkrete saksforholdet, og kan derfor ikke utelukkende forankres i rent subjektive forestillinger”.⁶³

Straffeloven § 60 a vil i seg selv kunne utvide strafferammen for en rekke forbrytelser, slik at de kommer inn under det generelle krav til strafferamme i straffeprosessloven § 210 b bokstav a. Tilføyelsen i bokstav b vil derfor i de fleste tilfeller ha som funksjon at kravet til mistanke om slik tilknytning for utlevering av trafikkdata senkes fra skjellig grunn til mistanke til ”grunn til å tro”.

Kommunikasjonskontrollutvalget kommenterte forholdet mellom straffeloven § 60 a og avlytting i sin årsrapport for 2009.⁶⁴ De påpeker at det i den innledende fasen av en etterforskning normalt ikke er nok ”faktisk informasjon i sakene til at politiet og deretter domstolen kan avgjøre om det er relevant med bruk av § 60 a.”⁶⁵ og at vurderingene dermed i for stor grad blir ”usikker synsing”.⁶⁶ Utvalget konkluderer med at etter deres syn bør § 60 a ikke i seg selv være grunnlag for avlytting, og ber lovgiver ta stilling til dette.

⁶² Prop. 49 L (2010-2011) s. 131

⁶³ *ibid.*

⁶⁴ Kommunikasjonskontrollutvalgets årsrapport 2009 (2010) s. 8

⁶⁵ *ibid* s.8

⁶⁶ *ibid* s. 9

For utlevering av trafikk- og lokasjonsdata ser det ut som om lovgiver har tatt stilling, men denne er det motsatte av hva utvalget anbefaler for avlyttingstilfellene. Ved å senke kravet fra ”skjellig grunn til mistanke” til ”grunn til å tro”, kan man noe spissformulert og rettspolitisk si at lovgiver har valgt å legitimere det utvalget kaller ”usikker synsing”.

3.3.3 Særskilt opplistede straffebud

Bestemmelsen har også en liste med straffebud hvis strafferamme er under henholdsvis fire og fem år. Etter forarbeidene er dette forbrytelser som er antatt å være særlig vanskelig å etterforske uten tilgang til trafikk- og lokasjonsdata.⁶⁷ Da disse hjemlene er lite behandlet i forarbeidene, ser jeg det som nyttig å gi en oversikt over disse her. Straffebudene inntatt i straffeprosessloven § 210 b første ledd bokstav c kan deles inn i tre grupper.

Den første gruppen er forbrytelser mot statens sikkerhet der etterforskningen ligger til Politiets Sikkerhetstjeneste, jf lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven) § 17:

- Straffeloven §§ 90 og 91 retter seg mot de som “åpenbarer” eller setter seg eller andre i besittelse av noe som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet (spionasje).
- Henvisningen til straffeloven § 94 innebærer at også å inngå forbund om spionasje er utleveringsgrunn.
- Straffeloven § 91 a rammer innsamling av visse typer informasjon med hemmelige eller ulovlige midler til fordel for fremmed stat, dersom en vet eller burde vite at dette kan føre til skade.
- Straffeloven § 104 a annet ledd rammer den som danner, deltar i, rekrutterer medlemmer til eller støtter en forening eller sammenslutning som har til formål å forstyrre samfunnsordenen eller oppnå innflytelse i offentlige anliggender ved

⁶⁷ Prop. 49 L (2010-2011) s. 105

ulovlige midler, dersom foreningen eller sammenslutningen har tatt skritt for å realisere formålet med ulovlige midler.

Videre er det inntatt henvisninger til narkotikaforbrytelser:

- Straffeloven §§162 og 162 b rammer befatning med henholdsvis narkotika og dopingmidler.
- Straffeloven § 162 c rammer å inngå forbund med noen om å begå handling med strafferamme på over 3 år, dersom de skal begås som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe.
- Også heleri og hvitvasking av penger fra narkotikahandel omfattes gjennom henvisningen til § 317. Denne er begrenset til overtredelser i slike forhold gjennom henvisningen til § 162.

Den tredje gruppen er handlinger som enten utelukkende eller i stor grad foretas ved hjelp av internett eller med telefon.

- §190 a gjelder identitetstyveri og medvirkning til dette.
- § 201 a er den såkalte ”grooming”-bestemmelsen, som kriminaliserer avtaler om å møte barn under 16 med forsett om seksuelle handlinger.
- § 203 omhandler sex-kjøp av mindreårige.
- § 204 a gjelder barnepornografi.
- § 270 første ledd nr 2 er bedrageri ved påvirkning av automatisk databehandling.
- § 390a, som eneste forseelse, omhandler fredskrenkelse.

Felles for flere av bestemmelsene over er at de har straffealternativer som overstiger ordinære strafferammene for utlevering. Den direkte henvisningen til hjemlene gjør dermed også skjellig grunn til mistanke om brudd på grunndeliktet tilstrekkelig for utlevering av data.

En siste henvisning er til utlendingsloven § 108 fjerde ledd. Denne skiller seg fra gruppene over, og har også en del andre særtrekk. Jeg vil derfor behandle denne for seg under.

Utlevering av lokasjonsdata etter straffeprosessloven § 210c har en noe kortere liste med straffebud. Den tredje gruppen ovenfor hjemler ikke utlevering av data fra basestasjonssøk, man står igjen med bestemmelsene om rikets sikkerhet i vid forstand og narkotikaforbrytelsene. Også her er imidlertid utlendingsloven § 108 fjerde ledd inntatt.

3.3.4 Særlig om utlendingsloven § 108 fjerde ledd

Utlendingsloven § 108 fjerde ledd lyder:

Med bot eller med fengsel inntil tre år straffes den som

a) forsettlig hjelper en utlending til ulovlig opphold i riket eller i et annet land som deltar i Schengensamarbeidet, eller

b) forsettlig hjelper en utlending til ulovlig å reise inn i riket eller til et annet land. Dette gjelder likevel ikke dersom hensikten er å hjelpe en utlending som omfattes av lovens § 28 til å reise inn i første trygge land.

I den forrige utledningsloven (lov 24. juni 1988 nr. 64) var straff for å hjelpe noen til ulovlig opphold i riket betinget av vinnings hensikt, jf lovens § 47. Den nåværende bestemmelsen har ikke noe slikt krav, det er tilstrekkelig med forsett.

Utvidelsen av det straffbare forhold til å gjelde alle forsettelige hjelpehandlinger er kritisert av Kristian Andenæs i artikkelen ”Straffbar hjelp i ny utlendingslov”.⁶⁸ Han fremsetter to hovedpunkter i sin kritikk:

For det første er proforma-ekteskap omfattet av ordlyden. Om et ekteskap er reelt eller ikke er en vanskelig vurdering, og kulturelle forskjeller kompliserer dette ytterligere.

⁶⁸ Andenæs, Kristian ”Straffbar hjelp i ny utlendingslov” i *Lov og Rett* 2009 s. 557

Kriminalisering vil, slik Andenæs ser det, ytterligere øke den belastningen det medfører at myndighetene ”grafser” i privatlivet.⁶⁹

Videre rammes det Andenæs omtaler som ”gode hjelpere”⁷⁰, mennesker som av medmenneskelige hensyn hjelper utlendinger uten lovlig opphold med mat, husrom og helsehjelp. Det er i ettertid inntatt et begrenset unntak for humanitær hjelp til utlendinger uten lovlig opphold i lovens § 108 sjette ledd annet punktum.

Som nevnt over har grov menneskesmugling etter utlendingsloven § 108 femte ledd en strafferamme på 6 års fengsel. Det kreves da at forholdet skal ha skjedd i vinnings hensikt og enten ved ”organisert ulovlig virksomhet, eller har brakt utlendingen i livsfare. Alternativt åpner straffeprosessloven § 210 a og § 210 b første ledd bokstav b for utlevering dersom det er grunn til å tro at overtredelsen av utledningsloven § 108 har skjedd som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe.

Inkluderingen av § 108 fjerde ledd som grunnlag for utlevering av data er svært knapt omtalt i forarbeidene. I proposisjonen er bestemmelsen betegnet som menneskesmugling, uten nærmere kommentarer.⁷¹ En tilsvarende bestemmelse er imidlertid inntatt i de danske reglene for utlevering av data.⁷²

Forholdene over tilsier etter min mening at domstolene bør være meget forsiktige med å åpne for utlevering av data ved mistanke om mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven § 108 fjerde ledd. Rettspolitisk kan en også hevde at inkluderingen av dette straffebudet bør tas opp til fornyet vurdering, siden de mest alvorlige tilfeller av menneskesmugling også ville hjemle utlevering på annet grunnlag.

⁶⁹ *ibid.* s. 579

⁷⁰ *ibid.* s. 579

⁷¹ Prop. 49 L (2010-2011) s. 105

⁷² Se kapittel 2.3.2

3.4 Vesentlighetskravet

Både for utlevering etter straffeprosessloven §§ 210 b og 210 c er det et vilkår at “det må antas at opplysningene vil være av vesentlig betydning for etterforskningen”.

Dette vilkåret er felles med straffeprosessloven § 216 c som er en fellesregel for all kommunikasjonskontroll.

3.4.1 Terskelen

Terskelen ”antas” er etter ordlyden ikke særlig streng. En antagelse er i normal språkbruk en svakt underbygget oppfatning om noe, en formodning. Forarbeidene til bestemmelsen sier ikke noe konkret om forståelsen av ordet.

Det finnes imidlertid en del rettspraksis om ”anta” som terskel for beslag etter straffeprosessloven § 203. I Rt. 1998 s. 593 og Rt. 1999 s. 1115 uttales det at det kreves en ”rimelig mulighet”. Bjerke skriver om det samme vilkåret at ” antagelsen må bygge på objektive momenter som gir grunnlag for å konstatere en viss sannsynlighet”.⁷³ Hensynet til kontradiksjon og etterprøvnbarhet støtter etter min mening dette, det bør finnes noen objektive holdepunkter for antagelsen.

Utlevering av data vil typisk være aktuelt på et tidlig stadium i etterforskningen. For mange av straffebestemmelsene som gir grunnlag for utlevering vil også data kunne være helt nødvendig for å få oversikt over hendelsesforløpet, før utlevering vil det for eksempel være svært begrenset bevistilfang i datakrim-saker. Dette taler for at det ikke bør stilles for strenge krav til antagelsen.

⁷³ Bjerke, Hans Kristian *Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler* 2. utg (1986) s. 59

3.4.2 Betydning for etterforskningen

Vurderingstemaet er videre om ”opplysningene vil være av vesentlig betydning for etterforskningen”. Opplysningene er naturlig nok dataene som søkes utlevert.

Etterforskningsbegrepet må antagelig forstås på samme måte som i straffeprosessloven § 224, og skal iverksettes når det er ”rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige”.

I avgrensningen av hva som er relevant for etterforskningen, vil straffeprosessloven § 226 være sentral. Bestemmelsen angir hvilke formål en etterforskning skal søke å oppnå. De mest sentrale formål er ”å avgjøre spørsmål om tiltale”, tjene som forberedelse av rettens behandling av skyld- og straffespørsmål, og å avverge/stanse straffbare handlinger, jf bokstav a til c.

Ordet vesentlig har mye samme betydning som ”viktig” og ”betydelig”, og tilsier at det skal kreves en del her. Det er naturlig å lese vilkåret som om det kreves sammenheng mellom etterforskningen og de straffbare handlinger som foranledninger begjæringen etter første ledd.

Etter forarbeidene⁷⁴ skal vilkåret forstås på samme måte som det tilsvarende uttrykket i straffeprosessloven § 202 a første ledd, som gjelder skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted. I forarbeidene til denne sies det at overvåkingen ”på en kvalifisert måte vil være til hjelp for å avdekke de straffbare forhold, sikre bevis osv.”.⁷⁵ Det finnes ikke tilgjengelig rettspraksis om denne bestemmelsen.

Videre understrekes det i proposisjonen at ”det kreves ikke at opplysningene skal være eneste mulige etterforskningsmetode i saken”.⁷⁶ Dette er naturlig også ut fra ordlyden.

⁷⁴ Prop. 49 L (2010-2011) s. 132

⁷⁵ Ot.prp. nr 56 (1989-1990) s. 60

⁷⁶ Prop. 49 L (2010-2011) s. 132

3.4.3 Avgrensning i tid, sted og personer

Det er forutsatt i proposisjonen at kravet om vesentlig betydning for etterforskningen skal være en sentral bestemmelse for å ivareta hensynet til personvernet:⁷⁷

Det skal sikre at utlevering av data bare pålegges i tilfellet hvor dataene må antas å være av stor betydning for etterforskningen, og derfor er et nødvendig inngrep i personvernet. Retten må dermed foreta en konkret, rimelig avgrensning av utleveringsbegjæringen og i sin kjennelse både foreta avgrensninger i tid, sted og i forhold til personer.

Den første delen av dette utsagnet kan naturlig nok leses som en presisering av at det ikke skal utleveres mer data enn hva som er av ”stor betydning for etterforskningen”. Bruken av ordet ”derfor” ovenfor kan imidlertid forstås som om betydningen for etterforskningen i seg selv rettferdiggjør inngrep i personvernet, og at bestemmelsen ikke skal kunne brukes til å nekte utlevering i tilfeller der personvern hensyn veier tyngre enn hensynet til etterforskningen.

Det følger uansett av ordlyden og av dette utsagnet i forarbeidene at kjennelsen skal foreta en avgrensning av tid, sted og personer for hvis data skal utleveres. Dette er en konkret vurdering, og kriteriene for avgrensning vil i noen grad flyte sammen med mer allmenne forholdsmessighetsvurderinger, som jeg vil behandle nedenfor. Jeg vil likevel gjennomgå noen momenter her.

Det kan ikke stilles opp noen absolutte regler for personkretsen data kan hentes fra. I motsetning til tidligere praksis fra Post- og Teletilsynet⁷⁸ åpner bestemmelsene for uthenting av data også fra andre enn mistenkte.⁷⁹ En åpning for dette finnes også i rettspraksis om kommunikasjonskontroll, jf Rt. 2006 s. 648. Kjæremålsutvalget åpnet her for å fortsette kommunikasjonskontroll av en mistenkt i en sak, selv om bevisene på det tidspunktet var ansett tilstrekkelig for fallende dom. Kontrollen ble ansett nødvendig for å kartlegge andre mistenktes rolle i saken.

⁷⁷ *ibid.* s. 106

⁷⁸ Se kapittel 1.6

⁷⁹ Prop. 49 L (2010-2011) s. 106, se også drøftelsen under kapittel 3.2.2

Det styrende for omfanget av data under kjennelsen må hele tiden være vesentlighetskravet. Selv om det kan være nyttig for politiet å hente ut data for omkringliggende basestasjoner eller over lengre tidsrom, skal retten nekte dette dersom den ikke ser at betydningen av dette vil være vesentlig for etterforskningen.

Sett i sammenheng krever bestemmelsen dermed at det må foreligge objektive holdepunkter for at utlevering av data lagret under direktivet vil kunne være til vesentlig hjelp for å avgjøre tiltalespørsmålet, tilrettelegge rettens avgjørelse av skyld eller straffespørsmål eller avverge straffbare handlinger.

3.5 Forholdsmessighet

Forholdsmessighet er et mye brukt begrep med flere beslektede betydninger. I offentlig rett generelt, og straffeprosessen spesielt, er forholdsmessighetsvurderinger en avveining av om et inngrep ovenfor borgerne er nødvendig og om behovet for inngrepet er tilstrekkelig stort til å rettferdiggjøre det. Ved tvangsmiddelbruk som griper inn i den private sfære er borgerens personvern og rett til privatliv sentrale momenter.

Ved bruk av tvangsmidler er den sentrale bestemmelsen straffeprosessloven § 170 a, som etter sin plassering og lovens systematikk gjelder for alle tvangsmidler etter straffeprosessloven. Lignende formuleringen er også inntatt i andre lover som hjemler tvangsbruk, for eksempel utlendingsloven og politiloven. I det følgende skal jeg behandle hvordan denne slår inn i vurderingene om det skal utleveres trafikk- og lokasjonsdata.

Også retten til privatliv etter EMK art. 8 inneholder et krav til forholdsmessighet, se kapittel 2.2. I norsk rett har strpl. § 170 a fungert som en ”innfallsport til vurderingen av om bruk av tvangsmidler vil være i strid med EMK”.⁸⁰ Dette betyr ikke at vurderingene

⁸⁰ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 609

helt er sammenfallende, og jeg vil vurdere om det kan utledes noen særskilte momenter herfra.

Begge disse bestemmelsene legger opp til en konkret vurdering, som må foretas i hver enkelt sak, siden underliggende hensyn og vekten av disse vil variere fra tilfelle til tilfelle.⁸¹

Hver gang myndighetene ønsker å iverksette tiltak som griper inn i noens personvern eller rettssikkerhet, må det dermed foretas en avveining av om begrunnelsen for tiltaket i det enkelte tilfelle kan rettferdiggjøre inngrepet. Dette vil igjen bero på hvor sterkt behovet for vern mot kriminalitet, for personvern og for rettssikkerhet gjør seg gjeldende i den aktuelle situasjonen.

3.5.1 Straffeprosessloven § 170a

Straffeprosessloven § 170a lyder:

Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.

Bestemmelsen kom inn i loven i 1999, men det gjaldt også tidligere en plikt til å gjøre de samme vurderinger etter daværende straffeprosesslov §§ 240 og 174 første ledd.⁸² Rettspraksis fra disse bestemmelsene antas dermed å kunne være av betydning for tolkningen av § 170 a.

Det må fremgå av kjennelsen at forholdsmessigheten etter § 170 a er vurdert. Dette er lovfestet for fengsling, for øvrige tvangsmidler fremgår dette av praksis, jf for eksempel Rt. 1998 s. 1076. I mange tilfeller er det tilstrekkelig at dette er nevnt, men omstendighetene kan kreve en ytterligere drøfting i kjennelsesgrunnene, jf f. eks Rt. 1991 s. 1496 og Rt. 2007 s. 1109. Det sentrale er at det er mulig for høyere

⁸¹ Bruce, Ingvill og Haugland, Geir Sunde ”Personvern, rettssikkerhet og vern mot alvorlig kriminalitet – Noen utgangspunkter” i *Overvåkning i en rettsstat – Nordisk årbok i rettsinformatikk 2010* s. 83

⁸² Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 604

domstoler å prøve lovtolkningen, ellers vil utelatelsen regelmessig være en saksbehandlingsfeil, jf Rt. 2007 s. 1128 og Rt. 2008 s. 1102.

For det første kreves det altså "tilstrekkelig grunn". Ordlyden gir ikke noe særlig veiledning her. En naturlig slutning er likevel at dersom formålet med tvangsmiddelbruken kan oppnås med andre og mindre inngripende midler, vil det ikke være tilstrekkelig grunn til å benytte mer inngripende. Denne vurderingen må foretas konkret, hvor inngripende de enkelte tvangsmidler er vil kunne variere med hvem de retter seg mot og andre forhold.

For eksempel kan et alternativ til utlevering av trafikkdata være beslag av mistenktes (mobil)telefon eller PC, med hensikt å hente ut tilsvarende informasjon derfra.⁸³ De praktiske ulemper dette vil medføre for mistenkte, og potensialet til også å hente ut innholdet av kommunikasjonen vil ofte gjøre dette mer inngripende enn å innhente informasjonen fra tjenestetilbyder. Et slikt beslag *kan* likevel være mindre inngripende overfor "uskyldige" tredjemenn som mistenkte har kommunisert med, siden en kan være mer presis i hvilke data en henter ut fra enhetene.

Det foreligger også en del rettspraksis om § 170 a første punktum, men denne er i all hovedsak relatert til spørsmål om varetektsfengsling. Kjennelsene er også svært konkrete, og det er vanskelig å utlede noen rettssetninger med mer generell gyldighet fra praksis.

I kjennelsen inntatt i Rt. 2011 s. 221 uttales det at vurderingen etter første ledd "gir anvisning på en bredere vurdering enn forholdsmessighetsvurderingen i bestemmelsens andre punktum".⁸⁴ I denne saken ble det lagt vekt på siktedes omsorgsforpliktelser ovenfor sin kjæreste i vurderingen om han skulle varetektsfengsles.

⁸³ Dette er også omtalt i forarbeidene, Prop. 49 L (2010-2011) s. 43

⁸⁴ Rt. 2011 s. 221 avsnitt 16

Etter andre punktum kan ikke tvangsmiddel brukes der det etter *sakens art og forholdene ellers* vil være et uforholdsmessig inngrep. Her har det i rettspraksis blitt lagt vekt på ulike forhold:

Handlingens art og grovhet er et sentralt moment, jf Rt. 1993 s. 759. De fleste straffebudene som hjemler utlevering av data er av rimelig alvorlig art. Særlig henvisningene til straffeloven § 390 om fredskrenkelse og utlendingsloven § 108 a fjerde ledd kan imidlertid ramme handlinger som vel kan sies å være lite grove. Trafikkdata kan være til svært god hjelp i å avsløre identiteten til en som stadig puster og peser i telefonen (fredskrenkelse), men det er ikke dermed sagt at utlevering alltid er et forholdsmessig inngrep.

Om mistanken mot en person er spesielt sterk, utover ”skjellig grunn”, kan det tale for at utleveringen er forholdsmessig, jf Rt 2008 s. 1102. Denne saken gjaldt riktignok varetektsfengsling, men domsgrunnene er generelle på dette punktet. Dersom en for eksempel har svært klare holdepunkter for at en person er involvert i narkotikatrafikk, kan det rettferdiggjøre en mer vidtgående utlevering av data for å kartlegge nettverket av medskyldige.

Et sentralt moment er om siktede har bidratt til sakens opplysning eller ikke, jf Rt. 1997 s. 1238. Også denne saken gjaldt varetektsfengsling, i totalt over ett år. Kjæremålsutvalget uttaler: ”At siktede bare i begrenset grad har bidratt til sakens opplysning, anses relevant ved spørsmålet om uforholdsmessighet”.⁸⁵ Motsatt kan det være uforholdsmessig å for eksempel gi innsyn i trafikkdata dersom mistenkte eller siktede samarbeider etter beste evne.

Personvern hensyn, spesielt overfor tredjepersoner, vil ofte kunne tale mot at utlevering er forholdsmessig. Bestemmelsen åpner for å nekte utlevering av data *selv om* det er godtgjort at de vil ha vesentlig betydning for etterforskningen. Paragraf 170 a er, ved siden av EMK artikkel 8, den mest sentrale regel for avveining av personvern hensyn opp mot politiets behov for data.

⁸⁵ Rt. 1997 s. 1238 på side 1239

Tredjepersoners privatliv og personvern er spesielt utsatt ved basestasjonsdata etter strpl. § 210 c. Her vil utlevering kunne omfatte data om et stort antall personer som ikke selv er mistenkt for noe kriminelt. Forarbeidene nevner blant annet befolkningstetthet i det aktuelle området, varigheten av datagrunnlaget og tiden på døgnet som relevante momenter i avveiningen.⁸⁶

Som nevnt ovenfor i kapittel 1.6 legger Post- og teletilsynet i sin vurdering av utlevering etter dagens regelverk stor vekt på om det aktuelle kommunikasjonsmiddelet disponeres av en person med straffeprosessuell stilling som siktet eller mistenkt. Dette bør etter mitt syn være et tungtveiende moment også etter de nye bestemmelsene. Til svakere mistanken er, til sterkere personvernmessige betenkeligheter vil utlevering innebære. Selv om hjemlene nå etter ordlyd og forarbeider ikke krever skjellig grunn til mistanke mot en bestemt person, vil utlevering av data for personer som ikke er direkte implisert oftere være uforholdsmessig.

Det knytter seg ofte spesielle betenkeligheter til å gi tilgang til data fra advokater, leger og andre grupper med sterk yrkesmessig taushetsplikt. Ofte vil nok straffeprosesslovens regler om taushetsplikt og bevisforbud kunne avskjære bruk av opplysningene i hovedforhandling⁸⁷, men det er grunn til å ta slike forhold i betraktning også i vurderingen av forholdsmessigheten av utlevering. Også journalisters kildevern og forholdet til ytringsfriheten kan tilsi en høy terskel for utlevering.⁸⁸

⁸⁶ Prop. 49 L (2010-2011) s. 132

⁸⁷ Andenæs og Myhrer (2009) s. 319-322

⁸⁸ Prop. 49 L (2010-2011) s.

3.5.2 EMK artikkel 8 (2)

Også forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 (2) er utpreget konkret og skjønnsmessig. Det kan likevel utledes noen holdepunkter fra EMDs praksis om hvilke avveininger som skal foretas. I saken *Buck v. Germany* oppsummeres disse som følger:⁸⁹

The criteria the Court has taken into consideration in determining this latter issue [proportionality] have been, inter alia, the severity of the offence in connection with which the search and seizure were effected, the manner and circumstances in which the order was issued, in particular further evidence available at that time, the content and scope of the order, having particular regard to the nature of the premises searched and the safeguards taken in order to confine the impact of the measure to reasonable bounds, and the extent of possible repercussions on the reputation of the person affected by the search.

Det er stor grad av sammenfall mellom momentene behandlet ovenfor etter straffeprosessloven § 170 a, og EMDs vurderingstemaer som utlagt i dommen. Om EMD likevel vil komme til andre konklusjoner i vurderingen er vanskelig å forutsi.

3.6 Nødrett /nødverge som selvstendig hjemmel i etterforskningen?

Som nevnt er trafikk- og lokasjonsdata taushetsbelagte opplysninger etter ekomloven § 2-9, og skal etter straffeprosessloven ikke utleveres uten at vilkårene i §§ 210b, 210c eller 216 b er oppfylt. Utlevering uten at vilkårene er oppfylt vil da normalt være ulovlig, og i noen tilfeller straffbart.⁹⁰

Det kan likevel tenkes tilfeller der utlevering av data vil fremstå som tvingende nødvendig, også uten at lovens vilkår er oppfylt. Straffeloven har to bestemmelser som

⁸⁹ *Buck v. Germany* (dom 28. april 2005) avsnitt 45

⁹⁰ Se ekomloven § 12-4 jf § 2-9

kan tenkes anvendelige i slike tilfeller, nødrett etter § 47 og nødverge etter § 48. Temaet i det følgende er om nødrett eller nødverge kan hjemle utlevering i etterforskningen. I 4.4 vurderes det samme med henblikk på å forebygge eller avverge forbrytelser.

Straffeloven § 47 lyder:

Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget for at redde nogens Person eller Gods fra en paa anden Maade uafvendelig Fare, naar Omstændighederne berettigede ham til at anse denne som særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes.

Selv om bestemmelsen innledes med ”Ingen kan straffes”, er det i teori og praksis lagt til grunn at en handling som oppfyller vilkårene er tillatt, ikke bare straffri. Dersom vilkårene for nødrett er til stede, vil påtalemyndighetens krav om utlevering dermed være rettmessig selv om vilkårene i primærhjemlene ikke er oppfylt.⁹¹

Vilkårene for nødrett etter straffeloven § 47 er for det første at handlingen er foretatt for å ”redde nogens Person eller Gods fra en paa en anden Maade uafvendelig Fare”. Etter rettspraksis innebærer ”Person eller Gods” liten eller ingen reell begrensning av hvilke lovlige private interesser som kan vernes etter § 47.

Etterforskning skal ivareta samfunnets interesse i å forfølge straffbare handlinger og de som er ansvarlige for dem. Straffeforfølgelse med eventuell fengsling som resultat kan nok i noen grad ”redde” personer og gjenstander, ved at kriminelle soner i stedet for å begå ny kriminalitet. Denne sammenhengen er i de fleste tilfeller ganske så avledet, og kan etter min mening vanskelig oppfylle vilkåret. En kan derfor ikke påberope seg ordlyden i bestemmelsen, som synes å beskytte kun private interesser, direkte.

At straffelovens § 47 i prinsippet omfatter også rene offentlige interesser synes det å være enighet om i teorien.⁹² Den rettslige begrunnelsen for dette er i hovedsak to

⁹¹ Andorsen, Kjell A. *Strafferettslig nødrett* (1999) s.12

⁹² Andorsen (1999) s. 120-121 med videre henvisninger, Husabø, Erling Johannes ”Nødrett som heimel for hemmeleg husransaking, romavlytting og fjernsynsovervaking i Treholt-saka” i *Dokument 7:2 S* (2011) kapittel 4

høyesterettsdommer fra rettsoppjøret etter krigen⁹³, forarbeidene til straffeloven av 1902 og den nye straffeloven av 2005s nødrettsbestemmelse.

Det avgjørende blir etter dette om manglende oppklaring eller fellende dom over en straffbar handling som følge av at man ikke har tilgang til trafikk- eller lokasjonsdata i etterforskningen kan ”redde” fra noen fare i straffeloven § 47s betydning, og at det kan tenkes omstendigheter som kan ”berettige ham [politi og påtalemyndighet] til å anse denne som Særdeles betydelig” i forhold til den skade som utlevering av data uten annen hjemmel kan ”forvolde”.

Mye taler for at manglende oppklaring ikke kan anses som en slik fare. Som Husabø påpeker har lovgiver foretatt avveiningen mellom effektivitet i strafferettspleien og andre hensyn i prosesslovgivningen: ”Dersom ein bryt med etablerte prosessreglar berre for å effektivisera etterforskninga av eit avslutta brotsverk, dreier det seg difor snarare om å oppnå ein fordel for offentlige interesser enn om å ”redde” slike interesser fra ein konkret fare”.⁹⁴

Nødrettsbestemmelsen er også vag og skjønnsmessig. Å tillate nødrett som utvidelse av straffeprosesslovens hjemler er problematisk også i et rettssikkerhets- og demokratiperspektiv. Andorsen skriver om dette at ”Noe annet [enn at nødrett ikke er anvendelig i slike sammenhenger] ville i realiteten innebære at politiet var gitt en generell, vag, og meget vidtrekkende dispensasjon fra straffeprosesslovens regler innenfor et område hvor vernet om det enkelte individs rettssikkerhet står sentralt”.⁹⁵

Riksadvokaten og Kommunikasjonskontrollutvalget har også kritisert de tilfeller der påtalemyndigheten og politiet har anført nødrett som hjemmel for å få utlevert data i etterforskningsøyemed på et lignende grunnlag.⁹⁶

⁹³ Rt. 1946 s. 75 og Rt. 1947 s. 612

⁹⁴ Husabø (2011) kapittel 6

⁹⁵ Andorsen (1999) s. 381

⁹⁶ Utlevering av trafikkdata – påberopelse av nødrett – *Riksadvokatens retningslinje RA-2009-514*, Kommunikasjonskontrollutvalgets årsrapport for 2009 (2010) s. 7-8

For nødverge etter straffeloven § 48 er inngangsvilkåret at en ”ellers straffbar Handling foretages til Afvergelse af eller Forsvar mot et retsstridig Angreb”. Også her er fokuset på avvergelsesmomentet, med liten rom for handlinger i ettertid. De samme betraktninger som diskutert ovenfor for nødrett gjør seg gjeldende, om mulig med enda større styrke.

Etter dette kan en konkludere med at det kreves noe mer enn kun interessen i å oppklare saken for å oppfylle kravene til nødrett og nødverge, om utlevering av data for å avverge kriminalitet kan være tilstrekkelig blir behandlet i kapittel 4.4.

4 Vilkår for utlevering i avvergende og forebyggende øyemed

4.1 Innledning

Tvangsmidler etter straffeprosessloven har tradisjonelt blitt benyttet i etterforskningen av straffbare handlinger.⁹⁷ Når det har vært nødvendig å gjøre inngrep for å avverge eller forebygge kriminelle handlinger har politiet støttet seg på nødrettsbetraktninger.⁹⁸

Ved lov 17. juni 2005 nr. 87 ble det imidlertid innført en ny hjemmel til avvergende bruk av tvangsmidler i straffeprosessloven § 222 d. Politiets Sikkerhetstjeneste fikk også som eneste instans hjemmel til å bruke tvangsmidler i forebyggende øyemed etter politiloven § 17 d. Begge disse hjemler utlevering av data.

Bakgrunnen for disse endringene var todelt. For det første ble det i forarbeidene vist til en økning i andelen organisert kriminalitet, som blir ”stadig mer omfattende og uoversiktlig”.⁹⁹ Videre ble det uttalt at den daværende relativt utbredte bruken av nødrett var uheldig.¹⁰⁰

Det er også grunn til å understreke at utlevering av data for å avverge straffbare handlinger kan hjemles direkte i straffeprosessloven §§ 210 b og 210 c i en del tilfeller. Der forberedelseshandlinger er straffbare, og enten på egen hånd har strafferamme over henholdsvis 4 og 5 år, eller spesifikt er inntatt i utleveringshjemlene, kan etterforskning av disse inngå i avvergelse av hovedhandlingen.¹⁰¹

⁹⁷ I motsetning til mer ordensmessig tvangsmiddelbruk etter for eksempel politiloven

⁹⁸ Se for eksempel Husabø (2011), Dokument nr. 15 (1995-1996) ”Lund-rapporten” kapittel 8.1.4

⁹⁹ NOU 2004: 6 s. 19

¹⁰⁰ Dokument nr. 15 (1995-1996) ”Lund-rapporten” kapittel 8.1.4, NOU 2004: 6 s. 45-47

¹⁰¹ Mer om dette i NOU 2004: 6 s. 16

Gjennomføringsloven til datalagringsdirektivet gjør ingen direkte endringer i hjemlene for avvergene eller forebyggende bruk av tvangsmidler. Forarbeidene konkluderer med ”at begge disse hjemlene er snevre, og at lovforslaget ikke innebærer noen endring av vilkårene for inngrepet”.¹⁰² Lagringstiden, og dermed omfanget av data tilgjengelig, vil derimot øke etter at loven trår i kraft.

4.2 Avvergende, jf straffeprosessloven § 222 d

Utlevering av trafikk- og lokasjonsdata i avvergende øyemed er hjemlet i straffeprosessloven § 222 d gjennom dennes henvisning til lovens kapittel 16, der §§ 210 b og 210 c befinner seg. Hovedvilkårene for dette er for det første at slik utlevering må skje som ”ledd i etterforskning”. Det er rimelig å se dette som en henvisning til straffeprosesslovens generelle etterforskningsbegrep i §§ 224 første ledd og 226. Dette støttes også av forarbeidene til bestemmelsen.¹⁰³

Paragraf 222 d har dermed både et fremtidig og et fortidig element. Husabø skriver tilsvarende for romavlytting: ”Sjølv om hovedvilkåret i § 222 d fokuserer på det framtidige [...], må det difor i den konteksten som ransakinga eller romavlyttinga skjer innanfor, også vera eit visst grunnlag for å tru at eit eller anna straffbart alt er gjort”.¹⁰⁴

Typetilfellet der § 222 d er anvendelig er da gjerne der man i løpet av en etterforskning får indikasjoner på at et annet lovbrudd er under planlegging.

Vurderingstemaet er om det er ”rimelig grunn til å tro” at noen kommer til å begå en nærmere opplistet gruppe straffbare handlinger. Av plasshensyn vil jeg ikke gjennomgå de enkelte straffebud, men kun konstatere at det dreier seg om alvorlige straffbare handlinger. Nivået er lagt høyere enn for utlevering i etterforskningen etter straffeprosessloven §§ 210 b og 210 c.

¹⁰² Prop. 49 L (2010-2011) s. 108

¹⁰³ Ot.prp nr.60 (2004-2005) s. 148

¹⁰⁴ Husabø, Erling Johannes *Grunnlova § 102 som skranke for ransaking, romavlytting og dataavlesing for å førebyggja eller avverja straffbare handlingar* (2010) s. 186

For noen grupper handlinger som ligger under Politiets Sikkerhetstjeneste er terskelen ”grunn til å tro”, jf § 222d annet ledd. I departementets forslag til loven var terskelen for begge tilfeller ”grunn til å tro”, men uttrykket ”rimelig” kom inn i komitébehandlingen.¹⁰⁵ Det er ikke lett å se hvordan dette påvirker terskelen, jeg viser til behandlingen av ”grunn til å tro” i kapittel 3.3.2

Som for kommunikasjonskontroll, jf § 216 c, er det satt som vilkår at ”det må antas at inngrepet vil gi opplysninger av vesentlig betydning for å kunne avverge handlingen, og at avverging ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort”, jf tredje ledd. Terskelen ”antas” og vesentlighetskravet i etterforskning er gjort rede for i kapittel 3.4.

Forholdsmessigheten av utlevering skal vurderes på samme måte som for etterforskning, jf straffeprosessloven § 170 a. Vurderingen vil nok likevel være enklere, risikoen for at handlingene vil bli begått står opp mot personvern hensyn. Dersom sannsynligheten for at noen er i ferd med å gjennomføre noen av de meget alvorlige straffbare handlingene som hjemler utlevering etter § 222 d fremstår som stor, vil nok dette veie meget tungt i avveiningen av om inngrepet er forholdsmessig.

4.3 Forebyggende, jf politiloven § 17 d

Politiets sikkerhetstjeneste har gjennom politiloven § 17 d adgang til å benytte en rekke tvangsmidler i forebyggende øyemed. Gjennom henvisningen til straffeprosessloven § 216 b gjelder dette også trafikkdata.

Forebyggende tvangsmiddelbruk er bare tillatt dersom ”det er grunn til å undersøke” om noen ”forbereder en handling som rammes av” straffebud om terrorisme, spionasje eller vold mot myndighetspersoner.

¹⁰⁵ Innst. O. nr. 113 (2004-2005) s. 20

På samme måte som ”grunn til å tro” som er behandlet tidligere i oppgaven, forutsetter ”grunn til å undersøke” noen objektive holdepunkter. Utover en slik noe overfladisk ordlydslesing finnes det få andre holdepunkter for tolkningen av dette vilkåret. Eventuell praksis er ikke offentlig tilgjengelig, og forarbeidene gir liten veiledning.

Av større betydning er nok begrensningene i andre ledd, som krever at det er grunn til å tro at inngrepet vil gi opplysninger av vesentlig betydning for å kunne forebygge handlingen, at forebygging ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort og at det ikke er uforholdsmessig.

4.4 Nødrett

Som diskutert i kapittel 2.6 kan nødrett etter straffeloven § 47 gjøre ellers ulovlige handlinger rettmessige. Både private og offentlige interesser som er utsatt for fare kan beskyttes, dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. I det følgende vil jeg vurdere om nødrett kan hjemle utlevering av trafikk- og lokasjonsdata for å *avverge* straffbare handlinger.

Det er i avvergingstilfellene nødretts- og nødvergebetraktninger kan slå inn med størst kraft. For eksempel følger det direkte fra ordlyden at nødrett kan være aktuelt for å redde liv, ”nogens Person fra en paa anden Maade uafvendelig Fare”, jf straffeloven § 47. De to viktigste vilkårene er dermed om det finnes andre muligheter, og interesseavveiningen. Etter ordlyden skal omstendighetene ”berettigede ham til at anse denne [faren] som særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes.”

Det må være klart at faren ikke er ”uafvendelig” for politi og påtalemyndighet dersom de kan bruke lovfestede metoder direkte, for eksempel avvergingshjemmelen i straffeprosessloven § 222 d. At disse vil være mer ressurs- og arbeidskrevende kan ikke endre på det.

At det nå finnes lovfestende avvergingshjemler kan også begrense nødrettens anvendelsesområde, som diskutert for etterforskningstilfellene har lovgiver nå, i vertfall for mange tilfeller, grundig foretatt avveiningen mellom de ulike interesser. Det vil likevel kunne oppstå svært alvorlige farer som lovgiver ikke har hatt forutsetning for å vurdere. Dersom påtalemyndigheten på avgjørelsestidspunktet vurderer at tilfellet de står ovenfor faller innenfor denne gruppen må nødretten kunne være et alternativ. Utlevering av trafikk- og lokasjonsdata på bakgrunn av nødrett er også nevnt i forarbeidene til gjennomføringsloven, som en ”snever sikkerhetsventil”.¹⁰⁶

Siden de aktuelle tilfellene etter dette nesten per definisjon er umulige å forutse, er det vanskelig å vurdere ulike typetilfeller her. Interesseavveiningen må foretas konkret, og faren ved å ikke få utlevert data må fremstå som særdeles betydelig i forhold til blant annet de inngrep i personvernet som vil følge av dette.

¹⁰⁶ Prop. 49 L (2010-2011) s. 98

5 Rettssikkerhetsgarantier

5.1 Innledning

Rettssikkerhet er et begrep uten en helt avklart betydning. Fravær av vilkårlig behandling fra myndighetene ligger imidlertid i kjernen. Begrepet retter seg i stor grad mot prosessen heller enn materielle forhold ved lovgivningen. Det følgende sitatet fra forarbeidene til endringslov nr. 82/1999 peker på viktige sider av begrepet:¹⁰⁷

Med rettsikkerhet tenkes det særlig på at enkeltindividet skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, samtidig som vedkommende skal ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser.

For politiets adgang til å bruke tvangsmidler vil kravet om rettssikkerhet slå ut på ulike måter.

Beskyttelse mot overgrep har en side både til hvilke tvangsmidler som er tilgjengelig, og hvordan de eventuelt brukes. Noen tenkelige tvangsmidler er så sterke at enhver bruk vil utgjøre et overgrep, for eksempel tortur i ulike former. For den store gruppen tvangsmidler vil det likevel variere med omstendighetene om de utgjør et overgrep. Om de er brukt etter intensjonene i lovverket, forholdsmessigheten og andre forhold vil spille inn.

Vilkårlighet kan sies å være motsatsen til likhet for loven. Det er en alminnelig forventning i en rettstat at borgerne behandles likt uavhengig av posisjon i samfunnet, etnisk avstamning og andre forhold. Dersom hardere tvangsmidler blir brukt mot en gruppe i samfunnet enn andre, kan dette sies å stride mot rettssikkerheten.

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) s. 38

Disse ideelle verdiene beskyttes tradisjonelt gjennom at systemet skal være forutberegnelig og ved rettslige kontrollmekanismer. En objektiv part, domstolene og ulike kontrollfunksjoner, skal kontrollere at de vilkår som er satt for bruk av tvangsmidlene etterleves. For at domstolene skal kunne ta en riktig avgjørelse, vil det ofte være nødvendig å høre begge sider av saken. Vedkommende som utsettes for tvangsmidler bør derfor ha rett til kontradiksjon, å bli hørt med sine argumenter. Retten til innsyn i påtalemyndighetens dokumenter er sentralt i å sikre en reell kontradiksjon.

I en del tilfeller vil formålet med bruken tvangsmiddelet lide dersom den mistenkte blir klar over at de er brukt. For eksempel vil en som er klar over at hans trafikkdata vil bli utlevert kunne advare sine kontakter som kan bli implisert i etterforskningen av straffbare handlinger. Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse kan derfor stå direkte imot kontradiksjon. Det er derfor forsøkt å finne løsninger som i noen grad kan kompensere for manglende kontradiksjon i slike tilfeller.

Rettsikkerhetsgarantier i strafferetten og straffeprosessen er et stort og omfattende tema. I det følgende vil jeg se på enkelte momenter som enten vil kunne falle annerledes ut for utlevering av trafikk- og lokasjonsdata enn for mange andre tvangsmidler, eller som etter min mening er særlig interessante i denne sammenheng. Gjennomgangen er på ingen måte tenkt å dekke fullstendig de problemstillinger som kan oppstå.

5.2 Domstolskontroll og påtalemyndighetens hastekompetanse

Utgangspunktet er at det kreves kjennelse fra retten for utlevering av trafikk- og lokasjonsdata både i rene etterforskningssaker og ved avvergende og forebyggende saker. Dette følger av straffeprosessloven §§ 210 b og 210 c første ledd direkte for etterforskningsformål, og § 222 d første ledd for avvergende bruk av tvangsmidler. For forebyggende tvangsmidler gjelder det samme etter politiloven § 17 d første ledd.

5.2.1 Påtalemyndighetens hastekompetanse i etterforskningen

Som for andre tvangsmidler har påtalemyndigheten selv myndighet til å beordre utlevering gjennom henvisningen til straffeprosessloven § 210 annet ledd. Dette omtales som påtalemyndighetens hastekompetanse, og vilkåret er ”dersom det ved opphold er fare for at etterforskningen vil lide”.

En slik beslutning skal, gjennom henvisningen til § 197 tredje ledd, så vidt mulig være skriftlig. Den skal opplyse ”om hva saken gjelder, formålet med ransakingen og hva den skal omfatte”. Om den blir gitt muntlig skal den ”snarest mulig nedtegnes”. Skriftlighet er viktig for å kunne etterprøve om vilkårene var oppfylt på beslutningstidspunktet, og må antas å kunne forebygge vilkårlige avgjørelser. Skriftlighet vil også kunne legge bedre til rette for etterfølgende kontroll.

Utleveringshjemplene inneholder noe helt nytt i det norske rettssystemet. Etter straffeprosessloven § 210 b fjerde ledd og henvisningen til denne i § 210 c skal ”henvendelser utenfor kontortiden rettes til Oslo Tingrett”. Det legges dermed opp til at domstolen skal etablere en vaktordning, der påtalemyndigheten kan be om kjennelser også utenfor åpningstiden. Med denne vaktordningen på plass vil hastekompetansen etter straffeprosessloven § 210 b femte ledd nødvendigvis bli mindre aktuell, da vilkåret om at etterforskningen vil lide sjeldnere vil være oppfylt.

Denne ordningen kom inn etter Stortingskomiteens innstilling, og var et fremtredende element i avtalen mellom Arbeiderpartiet og Høyre. Innstillingen er knapp i omtalen av denne ordningen, utover bestemmelsens egen henvisning til ”nærmere bestemmelser gitt av departementet”. I skrivende stund er ikke slike bestemmelser fastsatt. I hvilken utstrekning denne ordningen vil påvirke rammen for påtalemyndighetens hastekompetanse er dermed fremdeles uklart.

5.2.2 Hastekompetanse i avvergings- og forebyggingstilfeller

Påtalemyndighets og sjefen for PSTs hastekompetanse til å beordre utlevering av data i hastetilfeller følger direkte av de aktuelle hjemlene, henholdsvis straffeprosessloven § 222 d fjerde ledd og politiloven § 17 d tredje ledd. Disse hjemlene blir ikke direkte endret i gjennomføringsloven.

Det kan dermed se ut som om bruk av vaktordningen i Oslo tingrett som er beskrevet over ikke er påkrevd der tvangsmiddelbruken er hjemlet i disse bestemmelsene, siden straffeprosessloven § 210 b ikke direkte kommer til anvendelse. Spørsmålet synes ikke vurdert i innstillingen fra Stortingskomiteen¹⁰⁸, der ordningen ble inntatt i lovforslaget. Som påpekt i forarbeidene til avvergings- og forebyggingshjemlene utgjør disse til dels betydelige inngrep i personvernet.¹⁰⁹ Det er også sannsynlig at det rutinemessig vil være nødvendig å iversette utlevering av data raskt i slike tilfeller.

De lege ferenda taler mye dermed for en analogisk anvendelse av § 210 b fjerde ledd også der utlevering er aktuelt i avvergende og forebyggende øyemed. Så lenge det ikke følger en plikt til dette direkte av lovgivningen antar jeg dette kan løses gjennom forskrift eller instruks fra Riksadvokaten for avvergingstilfellene, og fra justisdepartementet for PSTs forebyggende virksomhet.

5.3 Status som siktet

En rekke av de rettigheter straffeprosessloven gir den mistenkte er avhengig av status som siktet. Den siktede anses blant annet som part i rettsmøtene i anledning saken, også på etterforskningsstadiet. Retten til å nekte forklaring er også sterkere for en siktet enn en mistenkt. Den siktede har også i mange saker rett på offentlig forsvarer.

¹⁰⁸ Innst. 275 L (2010-2011)

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) Kapittel 1.2

I det følgende vil jeg vurdere i hvilke tilfeller utlevering av trafikk- og lokasjonsdata vil medføre at noen blir siktet etter straffeprosessloven.

Etter straffeprosessloven § 82 inntreer siktelse for det første der påtalemyndigheten erklærer dette, eller ”forfølging mot ham” er innledet ved retten. Det er klart at forfølging er innledet når tiltalen er oversendt retten. Det er også holdepunkter i teorien og praksis for at status som siktet etter dette alternativet kan inntreffe også der påtalemyndigheten begjærer rettens samtykke til bruk av tvangsmidler.¹¹⁰

Videre gis det status som siktet dersom det er ”besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller lignende forholdsregler rettet mot ham [mistenkte]”. Det første spørsmålet som oppstår er om utlevering av data er å regne som lignende forholdsregel.

Andenæs og Myhrer synes å sondre mellom tvangsmidler som har til formål å oppklare begått kriminalitet, som omfattet av begrepet, mens andre tvangsmidler ikke nødvendigvis er det.¹¹¹ Forarbeidene til straffeprosessloven § 222 d om avvergende bruk tvangsmidler forutsetter likevel at bruk av disse gir status som siktet, med de begrensninger som følger av § 82 tredje ledd.¹¹²

Forholdsreglene må være rettet ”mot” en mistenkt. Pålegg om utlevering av trafikk- og lokasjonsdata er formelt utleveringspålegg rettet mot tilbyder av kommunikasjonstjenesten, jf straffeprosessloven §§ 210 b og 210 c. Rettspraksis om andre bestemmelser har ikke begrenset seg til en så formell forståelse, det foretas en vurdering av om forholdsregelen *i realiteten* retter seg mot en eller flere bestemte personer, og om bruken faktisk er motivert av mistanke mot disse personene.¹¹³

¹¹⁰ Se for eksempel Rt. 1985 s. 1258 og Andenæs og Myhrer (2009) s. 60

¹¹¹ Andenæs og Myhrer (2009) s. 59

¹¹² Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 78

¹¹³ Se blant annet Rt. 1998 s. 1083 og Rt. 1997 s. 1523

Kjennelsen inntatt i Rt. 1997 s. 1523 gir flere holdepunkter. Spørsmålet i saken var om fire medlemmer i Hells Angels skulle anses som siktet i en drapssak, og dermed ha rett på dokumentinnsyn og offentlig forsvarer. Før kjæremålsutvalgets behandling var de ansett som vitner i saken. De anførte to grunnlag for status som siktet.

For det første ble det anført status som siktet etter straffeprosessloven § 82 første ledd annet alternativ, innledet forfølgning ved retten. Dette på bakgrunn av innkallelse til rettslig avhør. Her viser kjæremålsutvalget til lagmannsrettens domsgrunner, som avviser anførselen siden mistanken retter seg mot ”en ubestemt personkrets, og er ikke rettet mot de kjærende parter spesielt”. Videre uttales det at ”de er i likhet med de øvrige personene i miljøet mulige gjerningsmenn, men får ikke av den grunn status som siktet”. Kjæremålsutvalget sluttet seg til lovforståelsen, men kunne ikke prøve bevisbedømmelsen og den konkrete subsumsjonen.

Videre ble det anført at påtalemyndighetens innehenting av utskrifter fra deres mobiltelefoner ga status som siktet etter straffeprosessloven § 82 første ledd, ”beslag eller lignende forholdsregler” rettet mot de kjærende parter. Beslaget av utskriftene var fra påtalemyndighetens side hjemlet i de daværende regler om beslag i straffeprosessloven § 203, og tilbyderens taushetsplikt var opphevet av forhørsretten.

Kjæremålsutvalget slutter seg til lagmannsrettens lovtolkning også her. Det ble vist til at taushetsplikten ble opphevet av forhørsretten på grunn av at teleselskapet motsatte seg utlevering, ikke ”fordi det var større grunn til å mistenke de kjærende parter enn de andre medlemmer av MCNorway (Hells Angels)”. Deres anførsel om at beslag krever skjellig grunn til mistanke, og at en rettslig kjennelse dermed er en sterk indikasjon på direkte mistanke mot de kjærende parter ble ikke bifalt av retten. Lagmannsretten og utvalget la til grunn at beslag, i motsetning til mange andre tvangsmidler, ikke krever at mistanken er rettet mot en viss person.

Det ble også uttalt at utlevering av utskrift fra deres mobiltrafikk ikke var et så ”vidtrekkende inngrep i den enkeltes liv at vedkommende abonnent får stilling som

siktet”. Det ble lagt til grunn at hensynet til abonnenten ble tilstrekkelig ivaretatt av taushetsplikten, og den prøving forhørsretten måtte gjøre før opphevelse av denne.

Kjennelsen setter en høy terskel for status som siktet ved utlevering av trafikkdata etter reglene som gjaldt på avgjørelsestidspunktet. Selv om det ikke blir tatt opp direkte i domsgrunnene, synes det som om kjæremålsutvalget avviser anførselen om at utlevering av trafikkdata er en ”lignende forholdsregel” i straffeprosessloven § 82s betydning.

Heller ikke etter de nye regler i straffeprosessloven §§ 210 b og 210 c er det krav om at mistanken skal rette seg mot en bestemt person, se kapittel 3.2.2. Den generelle terskelen for utlevering er imidlertid formelt hevet betraktelig i forhold til de tidligere reglene om beslag.

Personvern hensyn har også fått en større plass i samfunnsdebatten, forarbeidene til lovendringen og rettspraksis siden dommen ble avsagt.¹¹⁴ Etter mitt syn tilsier dette en mer nyansert vurdering av om utlevering medfører status som siktet. I denne vurderingen bør man som i den nevnte kjennelse, under spørsmålet om rettslig avhør, legge vekt på hvor konkret mistanken er mot vedkommende som får sine trafikkdata utlevert. Hensynet til personvernet, og de styrkede mulighetene som offentlig oppnevnt forsvarer gir for kontradiksjon, taler slik jeg ser det for en mindre restriktiv praksis. Den mulige belastning det medfører å bli betegnet som siktet i en sak er et relevant mothensyn.

5.4 Underretning til mistenkte og andre rammede

Hovedregelen ved utlevering av data er at de som blir rammet av det skal underrettes straks. Dette følger av det alminnelige krav til kontradiksjon og straffeprosessloven § 208 annet punktum.¹¹⁵

¹¹⁴ Personvern er et gjennomgående hensyn i drøftelsene i Prop. 49 L (2010-2011). Se spesielt kapittel 6

¹¹⁵ Andenæs og Myhrer (2009) s. 318

Paragraf 208 første ledd gir etter ordlyden ”enhver som rammes av beslaget” rett til å bringe dette inn for retten. Påtalemyndigheten skal etter annet punktum sørge for at han ”blir gjort kjent med denne rett”.

5.4.1 Kretsen av rammede

Etter ordlyden kan det synes uklart hvem som ”rammes” av utlevering av trafikk- og lokasjonsdata. Det synes klart at den som en begjæring direkte retter seg mot må forstås som rammet, spesielt om begjæringen er spesifisert på navn. Som diskutert ovenfor er betraktningen om at utleveringsbegjæringen formelt retter seg mot tilbyder ikke i tråd med rettspraksis når det gjelder siktelse, og etter mitt syn heller ikke tjenelig når det gjelder underretning.

Mer uklart er det om alle det er loggført at vedkommende har ringt eller på annen måte vært i elektronisk kontakt med i tidsrommet kjennelsen gjelder skal betraktes som rammet. Ved begjæring om tilgang til trafikkdata, spesielt om bruk av internett, vil dette kunne dreie seg om et stort antall personer.

Bestemmelsen byr på enda større tvil ved basestasjonsdata etter straffeprosessloven § 210 c, der det typisk vil bli hentet inn data om alle som har brukt mobiltelefon innenfor et visst område og tidsrom. Her er den potensielle kretsen av rammede svært stor. Effektivitetshensyn tilsier en snever forståelse av hvem som skal regnes som rammet av utleveringen, kostnadene og arbeidet med underrettelse til en vid krets kan fort bli så store at det i realiteten hindrer bruk av trafikkdata som verktøy i etterforskningen.

Etter forarbeidene skal ”kriteriet forstås på samme vis som i straffeprosessloven §§ 210 a og 377.”¹¹⁶ Det forutsettes videre at vedkommende har en ”viss faktisk interesse i saken”.¹¹⁷

¹¹⁶ Prop. 49 L (2010-2011) s. 132-133

Kjæremålsutvalget uttalte seg om § 377s tilsvarende kriterium i Rt. 2008 s. 158:

Formuleringen viser at det ikke bare er partene som kan inngi kjæremål – adgangen gjelder også tredjemann som ”rammes” av kjennelsen. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at tredjemann har en interesse i utfallet av saken. Straffeprosessen har således ikke ordningen med hjelpeintervensjon / partshjelp slik som i sivilprosessen. Det er alminnelig antatt at bare tredjemann som har en aktuell interesse i den avgjørelse som angripes, kan anses som rammet av kjennelsen, jf. Bjerke/Keiserud, Straffeprosessloven med kommentarer side 1193-194. Denne interessen må ha en konkret tilknytning til sakens utfall.

Ved domstolsbehandling av en begjæring om utlevering av trafikk- eller lokasjonsdata vil det for en tredjeperson regelmessig være personverninteresser som står i sentrum. Denne interessen i personvern og privatliv vil være aktuell, i betydningen av at domstolen på dette tidspunktet skal avgjøre om dataene skal utleveres til politi og påtalemyndighet. Det fremstår derimot noe uklart hvordan en skal forstå utvalgets tilknytningskrav til ”sakens utfall” ovenfor. Kreves det aktuell interesse i utfallet av en eventuell fremtidig straffesak, eller kan dette forsås til den konkrete utleveringskjennelsen?

Om man legger an et ”relativisert” syn på personvern, slik det er gjort i forarbeidene det er vist til i kapittel 1.5, vil inngrepet kunne være mer alvorlig for personer som ikke er involvert i de straffbare handlingene som åpner for utlevering enn for de sentrale i saken. Dette kan være for eksempel personer som har vært i telefonisk kontakt med de mistenkte, uten at de har noe med de aktuelle handlingene å gjøre.

Mye taler dermed for den sistnevnte forståelsen, det må kreves en konkret tilknytning til utfallet av utleveringskjennelsen.

¹¹⁷ *ibid.*

5.4.2 Tilsier retten til effektiv prøving en videre forståelse?

Som det er gjort rede for blant annet i kapittel **Error! Reference source not found.** vil utlevering av data ofte kunne være et inngrep i EMK artikkel 8, også for personer som begjæringen ikke direkte retter seg mot. Etter konvensjonens artikkel 13 ”right to an effective remedy” kan disse ha krav på en mulighet til få prøvet om utleveringen er konvensjonsstridig. EMD har også innfortolket elementer av en slik rett direkte i andre rettigheter i konvensjonen, også i retten til privatliv etter artikkel 8.¹¹⁸

Det eksisterer ulike mekanismer for slik prøving i Norge, også utover rettens behandling i den konkrete saken. En klage til riksadvokaten eller anmeldelse av den aktuelle påtalejurist som har begjært utleveringen kan være mulige metoder.

Spørsmålet er heller om en slik prøvingsadgang er effektiv, når den strenge forståelsen av hvem som er ”rammet” diskutert ovenfor fører til at vedkommende ikke får underrettelse om at slik utlevering er foretatt. EMDs storkammerdom i saken *Klass and others v. Germany*¹¹⁹ kan gi noen holdepunkter.

Dommen omhandlet påstått overvåking fra den tyske stat av Klass og en gruppe andre. Før saken kom opp hadde ikke klagerne fått opplyst av staten om de i noen tilfeller hadde blitt overvåket, de hadde ikke krav på dette etter intern rett. Etter tysk rettspraksis hadde myndighetene likevel en plikt til å informere om foretatt overvåking så snart dette kan gjøres uten å risikere formålet med overvåkningen

EMD godtar innledningsvis at formålet, ”the very nature and logic”¹²⁰, med hemmelig overvåking kan rettferdiggjøre utsatt underretning. Beskyttelse av politiets og sikkerhetstjenestenes metoder og hensynet til den enkelte saken kan også rettferdiggjøre slik utsettelse etter overvåkningen er avsluttet. Etter en vurdering av de tyske regler

¹¹⁸ Se omtalen av *Klass and others v. Germany* under.

¹¹⁹ *Klass and others v. Germany* (dom 6.9.78)

¹²⁰ *ibid.* avsnitt 55.

konkluderer domstolen med at klagernes rettigheter etter artikkel 8 og 13 ikke var krenket.

Også i norsk rett er det anledning til utsatt og unnlatt underretning, og disse reglene blir behandlet under. Spørsmålet her er heller hvor langt plikten til underretning går når slike hensyn ikke gjør seg gjeldende, eller vilkårene for dette ikke er oppfylt. Om dette spørsmålet uttaler EMD at "...there is in principle little scope for recourse to the courts by the individual concerned unless he is advised of the measures taken without his knowledge and thus able retrospectively to challenge their legality".¹²¹

Siden kjernen i EMK artikkel 13 nettopp er tilgang til et rettsmiddel ved krenkelse av konvensjonsrettighetene, er det mye som tyder på at "rammet" må gis en noe videre betydning ved utlevering av trafikkdata enn hva som tradisjonelt har vært innfortolket i straffeprosessloven § 208.

5.4.3 Utsatt eller unntatt underretning

Fra retten til underretning er det gjort en rekke unntak, som under ett blir omtalt som utsatt eller unnlatt underretning. For beslag generelt er det gjort unntak i straffeprosessloven § 208 a, som gir adgang til dette dersom det er strengt nødvendig for etterforskningen, og det er skjellig grunn til mistanke om en forbrytelse med strafferamme over 6 måneder. Lignende bestemmelser er gitt for utleveringspålegg og kommunikasjonskontroll.

Det er to sett med unntaksregler fra plikten til underretning. Den første gir adgang til å utsette varselet, for noen straffehjemler er det en snever adgang til helt å unnlate underretning.

For utlevering av trafikk- og lokasjonsdata i etterforskningen følger unntaket av nye straffeprosessloven § 210 d. Underretning til mistenkte eller andre som rammes kan

¹²¹ ibid. avsnitt 57

utsettes dersom det er ”stengt nødvendig for etterforskningen i saken at underretning ikke gis”. ”Strengt nødvendig” gjør etter ordlyden dette til et snevert unntak fra hovedregelen om underrettelse. Det legger opp til at etterforskningen omtrent må bli forfeilet om underretning finner sted.

På den annen side er det ikke så langt fra kravet om vesentlig betydning i etterforskningen i §§ 210 b og 210 c til ”strengt nødvendig” i § 210 d. Dersom vilkårene for utlevering er oppfylt, og underretning sterkt vil svekke verdien av de utleverte data, vil det i mange tilfeller kunne være stor grad av samsvar mellom de relevante bevis og anførsler som underbygger bruk av disse bestemmelsene.

5.4.4 Offentlig advokat ved utsatt underretning

Straffeprosessloven § 100 a om offentlig advokat er endret ved gjennomføringsloven, slik at utsatt underretning ved utlevering av trafikk- og lokasjonsdata kvalifiserer til offentlig advokat. Advokaten skal ivareta etter ordlyden ”ivareta den mistenktes interesser” ved rettens behandling av begjæringen. I forarbeidene er det også forutsatt at advokaten skal ”representere allmennheten og påse at det tas tilstrekkelig hensyn til personvernet...”.¹²²

Når det som for utlevering av trafikk- og lokasjonsdata ikke er krav om at mistanken må rette seg mot en eller flere spesielle personer, kan det tenkes begjæring uten en konkret mistenkt. Etter straffeprosesslovens system skal det da ikke oppnevnes offentlig advokat. Forarbeidenes forutsetning om en uavhengig aktør som skal ivareta også samfunnets interesser i personvernet slår her ikke til, og kontradiksjonen om utleveringss spørsmålet blir da svak.

¹²² NOU 1997:15 punkt 8.10.7

5.5 Etterfølgende kontroll

Med etterfølgende kontroll i denne oppgaven menes ordninger for mer systematisk gjennomgang av politi- og påtalemyndighetens bruk av utleveringshjemplene. Den systematiske kontrollen kan bidra til å gi oversikt over det totale omfanget av tvangsmiddelbruken, og antas å motvirke uheldig praktisering av regelverket for fremtiden.

Riksadvokaten har, som leder av påtalemakten, en generell kontrollfunksjon over politi og påtalemyndighetens bruk av tvangsmidler, jf straffeprosessloven § 56 annet ledd. Denne vil også gjelde for utlevering av data etter bestemmelsene.

I komitéinnstillingen til Stortinget fremgår det at den norske gjennomføringen av datalagringsdirektivet skal evalueres etter fire år.¹²³ Her er det forutsatt at både vilkårene for utlevering av data og erfaringene med domstolsvakt utenfor kontortiden skal evalueres.

Kommunikasjonskontroll, også utlevering av trafikkdata gjennom straffeprosessloven § 216 b, er omfattet av en særskilt kontroll gjennomført av det uavhengige Kommunikasjonskontrollutvalget.¹²⁴ Hjemmelen for dette er straffeprosessloven § 216 h, sammen med den tilhørende forskrift om kommunikasjonskontroll.¹²⁵ Paragraf 216 viser til et utvalg hjemler i straffeprosessloven som skal være underlagt utvalgets kompetanse. De nye utleveringshjemplene § 210 b og § 210 c er ikke blant disse.

¹²³ Innst. 275 L (2010-2011) s. 10

¹²⁴ Se kapittel 1.6

¹²⁵ Forskrift 31. mars 1995 nr. 281 om kommunikasjonskontroll

6 Konklusjon

De nye reglene om politiets og påtalemyndighetens tilgang til trafikk- og lokasjonsdata balanserer etter mitt syn de ulike hensyn i hovedsak på en god måte. Jeg har likevel i oppgaven identifisert enkelte områder der det kan være rom for forbedringer.

En mulig svakhet med reglene er den like oppbygningen av hjemlene for utlevering trafikk- og personspesifikke lokasjonsdata og for basestasjonsdata. Som jeg har vist i oppgaven er de underliggende hensyn og vurderinger i mange tilfeller forskjellige. Der utlevering av trafikkdata gjerne retter seg mot en person eller en avgrenset krets av personer, vil basestasjonsdata etter straffeprosessloven § 210 c per definisjon omfatte en ubestemt krets. Siden hjemlene skiller seg lite i utforming, kan dette bidra til å skjule den store forskjellen mellom disse tvangsmidlene.

Spesielt er dette fremtredende for mistankekravet, som ikke krever mistanke mot en spesiell person. For data fra basestasjonssøk kan dette være naturlig, gitt at bruksområdet ofte er å få oversikt over hvem som har befunnet seg nær et åsted i en innledende fase av etterforskningen. For trafikkdata er dette ikke like selvsagt, som den danske gjennomføringsloven viser er det mulig å differensiere mellom data fra basestasjonssøk og andre data for mistankekravet.

Systematisk har reglene for utlevering av data flere trekk felles med hjemlene for kommunikasjonskontroll. Dette har gode grunner for seg, utlevering av trafikkdata kan gi politi og påtalemyndighet innsyn i kommunikasjonsmønsteret til en eller flere personer. Utstrakt tilgang til lokasjonsdata kan også gi oversikt over bevegelsesmønster, i likhet med for eksempel teknisk sporing etter straffeprosessloven § 202 b.

Lovgiver har likevel ikke tatt skrittet fullt ut, lovteknisk er reglene plassert i straffeprosesslovens kapittel om utleveringspålegg. Som vist i kapittel 5.5 betyr dette at forskriften om kommunikasjonskontroll, og den etterfølgende kontrollkommunikasjonskontrollutvalget utfører, ikke kommer til anvendelse på utlevering av data. Dette svekker den systematiske og overordnede kontroll med bruken av potensielt

meget inngripende tvangsmidler, og det synes merkelig at samme tvangsmiddel etter to ulike regelsett skal behandles annerledes i denne forbindelse.

Min hovedkritikk er at det i noen tilfeller kun er ”frie” forholdsmessighetsbetraktninger som stenger for potensielt meget inngripende tiltak ved mistanke om mindre alvorlige kriminelle handlinger. For eksempel innebærer henvisningen til utlendingsloven § 108 fjerde ledd at data etter ordlyden kan tenkes utlevert ved mistanke om proforma-ekteskap.¹²⁶ Det er ikke tvil om at lokasjonsdata kan være av ”vesentlig betydning for etterforskningen” i slike tilfeller, at ”ektefellenes” mobiltelefoner knapt har vært nær hverandre over en lengre tidsperiode vil kunne være et viktig bevis. Kun rettsanvenderens nokså frie avveining av forholdsmessigheten etter straffeprosessloven § 170 a og EMK står i veien for utlevering i slike tilfeller. Jeg finner det tvilsomt om utleveringsreglene her oppfyller det krav til nødvendighet og klarhet som er oppstilt i EMDs praksis.

¹²⁶ Se kapittel 3.3.4

7 Litteratur og kilder

7.1 Lover

7.1.1 Norske lover

Lov 22. mai 1902 nr. 10 – Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 7.april 2003 nr. 8 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven)

Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).

7.1.2 Utenlandske lover

Danmark - lov om rettens pleje - lovbekendtgørelse nr. 1237 af 26. oktober 2010

7.2 EU-direktiver

Directive 2006/24/EF on the retention of data generated or processed in connection with

the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC

95/46/EC

7.3 Forarbeider / offentlige utredninger

7.3.1 Innstillinger til Stortinget

Innst. 275 L (2010-2011) Innstilling fra transport- og kommunikasjonskomiteen om endringer i ekomloven og straffeprosessloven mv. (gjennomføring av EUs datalagringsdirektiv i norsk rett)

Innst. O nr. 113 (2004-2005)

7.3.2 Stortingsproposisjoner

Prop. 49 L (2010-2011) Endringer i ekomloven og straffeprosessloven mv. (gjennomføring av EUs datalagringsdirektiv i norsk rett)

Ot.prp. nr.60 (2004-2005) (endringslov) Straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)

Ot.prp. nr.64 (1998-1999) (endringslov) Straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)

Ot.prp. nr. 56 (1989-1990) Megling i konfliktråd og om endringer i straffeloven m.m. (hemmelig opptak av samtale og offentlig gjengivelse; fjernsynsovervåking; uforsiktig omgang med skytevåpen; ulovlig innførsel, produksjon og omsetning)

av alkohol; falsk utrykningsmelding; skyldkravet ved heleri m.m.)

7.3.3 Norske offentlige utredninger (NOU)

NOU 2009:15	Skjult informasjon – åpen kontroll
NOU 2009: 1	Individ og integritet. Personvern i det digitale samfunnet
NOU 2004: 6	Mellom effektivitet og personvern
NOU 1999: 27	Ytringsfrihed bør finde sted

7.4 Rettspraksis

7.4.1 Norske dommer

Rt. 1982 s. 1437

Rt. 1994 s. 610

Rt. 2001 s. 1006

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 2004 s. 887

Rt. 2004 s. 887

Rt. 1998 s. 593

Rt. 1999 s. 1115

Rt. 2006 s. 648

Rt. 1998 s. 1076

Rt. 1991 s. 1496

Rt. 2007 s. 1109

Rt. 2007 s. 1128

Rt. 2008 s. 1102

Rt. 2011 s. 221

Rt. 1993 s. 759
Rt. 2008 s. 1102
Rt. 1985 s. 1258
Rt. 1997 s. 1238
Rt. 1997 s. 1523
Rt. 2008 s. 158

7.4.2 Internasjonale domstoler (EMD)

Saadi v. United Kingdom 29.1.2008
S and Marper v. United Kingdom 4.12.2008
Société Colas Est and others v. France 16.4.2002
Malone v. United Kingdom 2.8.1984
Copland v. United Kingdom 3.4.2007
Rotaru v. Romania 4.5.2000
Buck v. Germany 28.4.2005
Klass and others v. Germany 6.9.1978
K.U. v. Finland 2.12. 2008

7.5 Offentlige dokumenter og rapporter

Datatilsynet *Høringsuttalelse – implementering av datalagringsdirektivet (2006/24/EC)*
2010 <http://www.regjeringen.no/pages/2281080/Datatilsynet-med-4-vedl.pdf>
Lest 23.4.2012

Dokument nr. 15 (1995-1996) *Rapport til Stortinget fra kommisjonen som ble oppnevnt av Stortinget for å granske påstander om ulovlig overvåking av norske borgere («Lund-rapporten»)* <http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Dokumentserien/1995-1996/Dok15-199596/> Hentet 11.4.2012

European Commission *Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC)* 2011

Kripos *Datalagringsdirektivet – høringsvar fra Kripos* 2010

<http://www.regjeringen.no/pages/2281080/kripos.pdf>

Hentet 25.1.2012

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht *Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO* Freiburg 2008

<http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/mpi-gutachten.pdf>

Hentet 20.02.2012

Samferdselsdepartementet *Høringsnotat – datalagring* 2010.

http://www.regjeringen.no/pages/2281081/hnotat_datalagring. Hentet 20.02.2012

Stopp Datalagringsdirektivet *Høring om datalagringsdirektivet* Oslo 2010

http://www.regjeringen.no/pages/2281080/Stopp_datalagringsdirektivet.pdf. Hentet

20.02.2012

Willassen, Svein *Datalagringsdirektivet – Verdi i etterforskning og risikofaktorer for personvern* Svein Willassen AS Oslo 2010

http://www.regjeringen.no/pages/2281080/Utrekning_Svein_Willassen_AS.pdf Hentet

20.02.2012

7.6 Artikler og bøker

Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter* 3.utg. Bergen 2011

Aall, Jørgen ”Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker”

Tidsskrift for rettsvitenskap 1998 s. 1. Universitetsforlaget 1998. Lovdata

Andenæs, Johs. og Myhrer, Tor-Geir *Norsk straffeprosess* 4. utg. Oslo 2010

Andenæs, Kristian ”Straffbar hjelp i ny utlendingslov” i *Lov og Rett* 2009 s. 755 Oslo 2009. Lovdata

Andersen, Kjell V. *Strafferettslig nødrett* Oslo 2010

Andersen, Kjell V. ”Skjellig grunn til mistanke og bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler” i *Lov og rett* 1994 s. 559 Lovdata

Apenes, Georg ”Totalitært svermeri” i *Dagbladet* 17.12.2006

Auglend, Kjell V, Mæland, Henry Johan og Røsandhaug, Knut *Politirett* 2. utg. Oslo 2004

Bing, Jon ”Datalagrins-direktivet en del av norsk lov” i *Hegnar.no*
<http://www.hegnar.no/juss/article598865.ece> Hentet 23.4.2012

Bjerke, Hans Kristian *Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler* 2.utg. Oslo 1986

Bjerke, Hans Kristian; Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik *Straffeprosessloven Kommentanutgave*. 4.utg. Oslo 2011

Blandhol, Sverre ”Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?” i *Lov og Rett* 2005 side 316
Lovdata.

Bratholm, Anders ”Politiet og personlighetsvernet” i *Lov og rett* 1968 s. 289 Oslo 1968.
Lovdata.

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære* 5. utg. Oslo 2001.

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind *Forvaltningsrett* 9.utg Oslo 2010.

Fredriksen, Halvard Haukeland EU / EØS-rett i norske domstoler i *Rapport # 3 – Europautredningen* 2011. Lovdata

Graver, Hans Petter ”Juss, politikk og dommeraktivisme i en flytende europeisk rettsorden” i *Festskrift til Carl August Fleischer*. Oslo 2006. Lovdata

Hov, Jo *Rettergang II* Oslo 2007

Husabø, Erling Johannes ”Grunnlova § 102 som skranke for ransaking, romavlytting og dataavlesing for å førebyggja eller avverja straffbare handlingar” i *Overvåkning i en rettsstat: Nordisk årbok i rettsinformatikk 2010*, Dag Wiese Schartum (red.) Bergen 2010

Husabø, Erling Johannes “Nødrett som heimel for hemmeleg husransaking, romavlytting og fjernsynsovervaking I Treholt-saka” i *Dokument 7:2 S* 2011
Lovdata

Jacobs, Francis G, White, Robin C. og Ovey, Clare *The European Convention on Human Rights* 5.utg Oxford University Press 2010.

Mahler, Tobias, Ranheim, Malin Renate og Cojocarasu, Dana Irina ”Hvordan vurderer nasjonale domstoler datalagringsdirektivet opp mot grunn- og menneskerettigheter?” i *Overvåkning i en rettsstat – Nordisk årbok i rettsinformatikk 2010*, Dag Wiese Schartum (red.) Bergen 2010

Myhrer, Tor-Geir ”Etterforskningsbegrepet” i *Tidsskrift for strafferett* 2001 s. 6. Oslo 2001. Lovdata.

Myhrer, Tor-Geir ”Påtalemyndighetens praksis som rettskilde” *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2003 s. 219 Oslo 2003. Lovdata.

Schartum, Dag Wiese, ”Oversikt og innledende observasjoner” i *Overvåkning i en rettsstat – Nordisk årbok i rettsinformatikk 2010*, Dag Wiese Schartum (red.) Bergen 2010 .

Selmer, Knut S. ”Det stramme samfunn” i *Data og personvern*, Ragnar Dag Blekeli og Knut S. Selmer (red). Oslo 1977

Skoghøy, Jens Edvin A. ”Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner” i *Lov og Rett* 2002 s. 337 Oslo 2002. Lovdata

Wessel-Aas, Jon, ”Datalagringsdirektivet – er dets krav om lagring av trafikkdata forenelig med Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen?” i *Overvåkning i en rettsstat: Nordisk årbok i rettsinformatikk 2010*, Dag Wiese Schartum (red.) Bergen 2010 .