

LOVFORSLAG OM SKATS ADGANG TIL DATASPEJLING UDEN RETSKENDELSE ER I STRID MED EMRK

Ifølge et nyt lovforslag vil SKAT få hjemmel til at kopiere al information på virksomheders computere som led i kontrolundersøgelser. Denne adgang vil medføre, at SKAT får adgang til bl.a. privat korrespondance, persondata, forretningshemmeligheder, samt hvad der ellers måtte befinde sig på virksomhedens computere. Lovforslaget udgør et vilkårligt og uproportionelt indgreb i danske virksomheders og deres medarbejderes ret til respekt for hjem og privatliv. Lovforslaget er dermed uforeneligt med artikel 8 i den Europæiske Menneskerettigheds-konvention (EMRK), ligesom det givetvis strider imod retssikkerhedslovens 52.

Indledning

Et nyt forslag fra Skatteministeriet lægger op til at SKAT skal have hjemmel til at kopiere al data på danske virksomheders IT systemer (såkaldt dataspejling) som en del af SKATS kontrolundersøgelser. SKAT får dermed ret til uden retskendelse at tage kopi af data, mails, dokumenter, personoplysninger, kladder, slettede filer, programmer og meget mere. Det udgør et vidtgående og uproportionelt indgreb i danske virksomheders og deres medarbejderes respekt for hjem og privatliv og er stærkt problematisk i forhold til retssikkerhedsloven og Danmarks overholdelse af den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) art. 8.

Formålet med lovforslaget

Ifølge forarbejderne er formålet med lovforslaget bl.a., "at tilpasse de eksisterende kontrolbestemmelser til den udvikling, der er sket i forhold til udarbejdelse og opbevaring af regnskabsmateriale og forretningskorrespondance m.v.," da "det ikke må være afgørende for myndighedens kontroladgang, hvordan dokumenter udarbejdes og opbevares" (p. 7m).

Der vil derfor gives lov til at "beslaglægge" digital data, på samme måde som det kan gøres med fysiske papirer. Lovforslaget giver derfor SKAT lov til at foretage en komplet spejling af en virksomheds computersystem. En sådan spejling vil omfatte både tekstfiler samt eventuelle lyd og billedfiler. Herudover vil spejlingen også omfatte programmer og andre systemer fra det spejlede computersystem.

Dette skyldes ifølge SKAT, at det ofte vil være umuligt at opdage manipulation med f.eks. regnskabsdata uden samtidig at have adgang til regnskabsprogrammer, logfiler samt andre filformater end direkte tekst.

Problemet med SKATs parallel er dog, at der i et IT system findes mange flere data, end der gør i en virksomheds mapper med regnskabspapirer. Herunder ansattes private mails, der er sendt fra deres firmamail, forretningshemmeligheder, endnu ikke offentliggjorte aftaler m.m., ligesom – det særligt i mindre virksomheder – kan tænkes, at en computer både anvendes til privat og forretningsmæssige forhold og derfor indeholder personfølsomme oplysninger. Lovforslaget lægger således op til, at dataspejling uden retskendelse får et langt større omfang end hidtil, og at SKAT derved vil komme i besiddelse af en lang række informationer, der dels er person- eller forretningsfølsomme, dels er uvedkommende for SKATs skatterelaterede kontrolundersøgelse. At SKAT vil komme i besiddelse af personfølsomme oplysninger understreges af, at skatteministeriet i forarbejderne til lovforslaget anfører, at det vil være nødvendigt at benytte en undtagelsesbestemmelse i persondataloven for at leve op til kravene i denne lov samt et underliggende EU-direktiv. Datatilsynet har da også udtalt stærk kritik af lovforslaget, som af denne myndighed betegnes som en “vidtgående ordning, som i dens nuværende form vil få nogle alvorlige bemærkninger med på vejen og også nogle ønsker om, at der bliver taget mere hensyn til borgerne¹”.

Ifølge lovforslaget er det ikke hensigten, at SKAT skal foretage spejlinger hos samtlige virksomheder, der underkastes kontrol. Forarbejderne oplyser således, at der ikke vil være nogen øget gevinst i at anvende dataspejling overfor virksomheder, der fører korrekt regnskab og i øvrigt er behjælpelig med afviklingen af kontrollen. Ifølge lovforslaget er det dog op til SKAT selv at afgøre, hvornår dataspejling iværksættes, ligesom det er op til skatteministeren at fastsætte nærmere regler for den nærmere anvendelse af dataspejling. Det er således endnu ikke helt klart, hvordan reglerne vil blive administreret. Der lægges dog op til en praksis, som er overordentligt bekymrende, da det som nævnt er skatteministeren selv, der skal udfærdige retningslinjerne, ligesom de retssikkerhedsgarantier, som skitseres i lovforslaget primært skal forestås af SKAT selv frem for af uafhængige instanser.

Retstilstanden i dag

Efter gældende ret kan SKAT allerede foretage dataspejlinger. Dog kun i tilfælde hvor der er en fuldstændig opdeling mellem regnskabsmateriale og andre oplysninger, og virksomheden samtykker samt i andre tilfælde², hvor der forud for dataspejlingen er indhentet retskendelse.

Udover i tilfælde hvor spejlingen foretages efter indhentelse af en retskendelse, er det altså kun regnskabsmateriale, der i dag må tages kopi af. Denne væsentlige, objektive og saglige afgrænsning af omfanget af dataspejling harmonerer langt bedre med både retssikkerhedslovens

¹ <http://www.business.dk/oekonomi/datatilsynet-rejser-heftig-kritik-af-lovforslag> .

² Forarbejderne til lovforslaget side 3.

§ 2 og EMRK's art. 8 og er langt mindre retssikkerhedsmæssigt betænkeligt end det foreliggende forslag, allerede fordi der sjældent ligger private informationer eller forretningshemmeligheder i regnskabsdata.

Forholdet til grundloven

Grundlovens § 72 fastslår, at "boligen er ukrænkelig. Husundersøgelse, beslaglæggelse og undersøgelse af breve og andre papirer samt andre brud på post- telegraf- og telefonhemmeligheden må, hvor ingen lov hjemler en særegen undtagelse, alene ske efter en retskendelse". § 72 omfatter også virksomheder. Da lovforslaget udtrykkeligt hjemler adgang til dataspejling uden retskendelse, giver det ikke anledning til problemer i forhold til grundloven. Lovforslagets hjemling af en særdeles vidtgående og diskretionær adgang til dataspejling uden retskendelse harmonerer dog meget dårligt med grundlovens hovedregel om, at sådanne tvangsindgreb kun som en "særegen undtagelse" skal undtages fra kravet om forudgående retskendelse.

Forholdet til Retssikkerhedsloven

Efter retssikkerhedslovens § 2 må tvangsindgreb kun anvendes, hvis mindre indgribende foranstaltninger ikke er tilstrækkelige, og hvis indgrebet står i rimeligt forhold til formålet. Retssikkerhedsloven opstiller således såvel en øvre som en nedre grænse for, hvornår tvangsindgreb kan iværksættes. Den øvre grænse fremgår således af § 9, der henviser sagen til behandling hos politiet, såfremt mistanken er tilstrækkelig stærk, mens den nedre grænse fremgår af § 2, der kodificerer det almindelige forvaltningsmæssige princip om proportionalitet således, at tvangsindgreb – in casu dataspejlinger – alene kan iværksættes, såfremt der ikke findes mindre indgribende tiltag, samt at selve spejlingen skal stå i rimeligt forhold til det mål, som undersøgelsen søger at opnå³. Selvom begge krav i princippet fulgte af andre retsregler⁴, har den eksplicitte formulering af disse principper skabt en øget grad af klarhed. Navnlig det sidste krav, d.v.s. proportionalitetsforudsætningen, forudsætter en rimelighedsvurdering, hvilket implicit må forudsætte en grad af mistanke rettet mod den enkelte virksomhed. Selvom der således ikke nødvendigvis forefindes en konkret mistanke rettet mod den specifikke virksomhed, må der som minimum findes en mistanke om alvorlige skattemæssige uregelmæssigheder, førend en dataspejling kan igangsættes. Dette fremgår også implicit af forarbejder der fastslår, at det først og fremmest er virksomheder der ikke efterlever gældende lovgivning eller som slet ikke har afleveret regnskaber eller har afleveret mangelfulde regnskaber, som dataspejling skal anvendes overfor. Lovforslaget tager dog ikke den logiske konsekvens heraf i form af et krav om objektive betingelser og forudgående retskendelse som krav for dataspejling.

³ Ove Hasselgaard m.fl., "Retssikkerhedsloven med Kommentarer," Jurist- og Økonomforbundet, 2005, p. 50.

⁴ Proportionalitetsprincippet følger af den almindelige forvaltningsretlige grundsætning, jf. Hans Gammeltoft Hansen m.fl., "Forvaltningsret," Jurist- og Økonomforbundet, 2. Udgave 2003, p. 372.

Uanset at lovforslaget henviser til retssikkerhedsloven, synes denne lovs proportionalitetskrav ikke foreneligt med lovforslagets vide og diskretionære adgang til at foretage omfattende og uafgrænsede spejlinger.

Forholdet til Den europæiske Menneskeretskonvention

EMRK artikel 8 sikrer enhver retten *“til respekt for... privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance”*. Indgreb i denne rettighed kan kun finde sted *“for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed”*.

Den europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har i en række sager fundet, at tvangsindgreb i form af ransagelser og beslaglæggelse af virksomheders dokumenter var i strid med artikel 8⁵. EMD har tillige slået fast, at undtagelser til hovedreglen om, at tvangsindgreb er tilladt, skal fortolkes indskrænkende⁶. Endvidere skal EMRK's rettigheder være *“praktiske og effektive”*, således at deres beskyttelse ikke bliver illusorisk⁷. I vurderingen af om et indgreb er nødvendigt i et demokratisk samfund, har EMD endvidere klargjort, at den relevante lov skal indeholde *“tilstrækkelige og effektive retssikkerhedsgarantier mod misbrug og vilkårlighed”*⁸. EMRK's beskyttelsesområde er således bredere end grundlovens, idet ethvert indgreb i *“hjemmet”* ikke blot kræver lovhjemmel, men også at loven forfølger et legitimt mål, og at indgrebet er proportionelt. Fortrolige oplysninger omkring personer eller virksomheder, SKAT måtte komme i besiddelse af i forbindelse med spejling, er således omfattet af EMRK art. 8 og skal derfor overholde ovenstående kriterier.

Med hensyn til legalitetskravet er det ikke tilstrækkeligt, at et indgreb er hjemlet ved lov og forfølger et legitimt mål (som skattekontrol utvivlsomt udgør). EMD fastsætter tillige kvalitative krav om forudsigelighed og tilgængelighed, samt at lovbestemmelsen indeholder tilstrækkeligt værn mod vilkårlighed. EMD kræver således, at lovgivning der hjemler indgreb i privatlivets fred klart og tydeligt angive omfanget af myndighedernes kompetence og hvorledes beføjelserne til

⁵ Société Colas Est and others v. France (16. Juli 2007) para 47 og Van Rossem c. Belgique, (9. december 2004).

⁶ Société Colas Est para. 47.

⁷ Louizidou v. Turkey (23. Marts 1995), para. 72 og Jon Fredrik Kjølbro *“Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere”* (2005) p. 20.

⁸ Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria (16. oktober 2007) par. 57, Buck v. Germany (28. April 2005) para. 46 og 50, og Van Rossem c. Belgique, (9. december 2004) para. 45. Se også Jon Fredrik Kjølbro *“Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere”* (2005) p. 47.

at foretage indgreb vil blive udøvet⁹. I den forbindelse kan det overvejes, om det forhold, at lovforslaget giver SKAT ekstremt vide beføjelser til selv at afgøre, hvornår man vil anvende dataspejling og at de retssikkerhedsgarantier, der vil blive opstillet, udfærdiges af Skatteministeren, medfører, at lovforslaget ikke lever op til EMRK's legalitetskrav. Det er dog mere nærliggende at behandle spørgsmålet om lovforslagets forenelighed med EMRK artikel 8 paragraf 2's krav om nødvendighed og proportionalitet, og hvis elementer i et vist omfang overlapper med den kvalitative vurdering af legalitetskravet.

Det er i den forbindelse stærkt tvivlsomt, om proportionalitetsprincippet er overholdt. SKAT mener selv, at princippet er overholdt, da SKAT kun vil anvende dataspejling i tilfælde, hvor virksomheden ikke vil samarbejde og hvor det vurderes, at mindre indgribende metoder ikke vil føre til et tilfredsstillende resultat¹⁰. Dette argument forekommer dog langt fra overbevisende, når henses til intensiteten og omfanget af dataspejling og det meget lave krav, der stilles til iværksættelse af SKATs kontrolbesøg. Det eneste krav for at iværksætte en kontrolundersøgelse er således, at SKAT skønner det nødvendigt. Det forhold, at SKAT selv kan afgøre hvornår det er "nødvendigt" at iværksætte spejling uden forudgående retskendelse, medfører en risiko for, at SKAT kan bruge truslen om at foretage spejling til at få udleveret dokumenter m.v. fra virksomheder, der har reelle grunde til at modsætte sig et ønske fra SKAT, ligesom SKAT, uden at virksomhederne kan modsætte sig, vil kunne iværksætte "fiskeekspeditioner" hos virksomheder, hvor man ikke har nogen reel formodning om uregelmæssigheder.

Dette er problematisk, da EMD som nævnt ovenfor har klargjort, at en lov, der griber ind i privatlivets fred, skal indeholde "tilstrækkelige og effektive retssikkerhedsgarantier mod misbrug og vilkårlighed"¹¹.

Endvidere skal der i vurderingen af lovforslagets forenelighed med EMRK lægges vægt på, at dataspejling vil kunne foretages uden retskendelse. EMD har tidligere i sine vurderinger af tvangsindgreb lagt stor vægt på ikke alene, hvorvidt indgrebet er baseret på en forudgående retskendelse, men endvidere på udformningen af en sådan retskendelse, herunder om den er tilstrækkeligt afgrænset og præcis og dermed udgør et reelt værn mod misbrug. Dette er især tilfældet, hvor tvangsindgreb kan resultere i alvorlige sanktioner, hvilket er tilfældet i tilfælde af overtrædelse af skattelovgivning¹². I den seneste retspraksis har EMD endog erklæret

⁹ S and Marper v. UK (5. December 2008) para. 95.

¹⁰ Forarbejderne til lovforslaget s.6.

¹¹ Louizidou v. Turkey (23. Marts 1995), para 48, Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria (16. oktober 2007) par. 57, Buck v. Germany (28. April 2005) para. 46 og 50, og Van Rossem c. Belgique, (9. december 2004) para. 45. Se også Jon Fredrik Kjølbro "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere" (2005) p. 475.

¹² Van Rossem c. Belgique, (9. december 2004) para. 45.

ransagninger og beslaglæggelser for uforenelige med EMRK artikel 8 *alene* på baggrund af den mangelfulde udformning af retskendelser¹³. Det skal bemærkes, at de ovennævnte afgørelser med undtagelse af Société Colas Est vedrører tvangsindgreb indenfor strafferetsplejen. Tvangsindgreb her i landet skal gennemføres efter reglerne i retsplejeloven om strafferetsplejen i tilfælde, hvor adressaten “med rimelig grund mistænkes for at have begået en lovovertrædelse”, jf. retssikkerhedslovens § 9.

I Société Colas Est lagde EMD dog udtrykkeligt til grund, at der var tale om “a large-scale administrative investigation”, og ransagningen blev da også forestået af de franske konkurrencemyndigheder. På denne baggrund må ovennævnte principper antages også at finde anvendelse for så vidt angår andre administrative tvangsindgreb og ikke være forbeholdt tvangsindgreb indenfor strafferetsplejen. Denne praksis tilsiger, at der i forbindelse med iværksættelse af tvangsindgreb som dataspejling bør stilles krav om en forudgående retskendelse.

Når henses til EMD’s praksis, og at spejling udgør et særdeles vidtgående indgreb i respekten for virksomheders (og ansattes) hjem og privatliv, må det anses for klart utilstrækkeligt at lade et sådant tvangsindgreb afgøre af SKATs eget skøn af, hvorvidt dette skridt er “nødvendigt”. Intensive tvangsindgreb bør være afhængige af objektive kriterier og kun kunne iværksættes ved forudgående retskendelser, der tillige er udformet på en sådan måde, at den afgrænser de data og informationer, som SKAT kan søge i og beslaglægge. Derved vil en uafhængig instans – domstolene – kunne føre kontrol med, at SKAT ikke misbruger sine kompetencer. I den forbindelse kan der peges på, at konkurrencestyrelsens tvangsindgreb kræver forudgående retskendelse¹⁴. I henhold til konkurrencelovens §§ 17 og 18 kan konkurrencestyrelsen bl.a. pålægge virksomheder at udlevere dokumenter, at lade sig underkaste en fysisk inspektion, samt “beslaglægge” dokumenter og oplysninger. Disse tvangsindgreb bringes i anvendelse, når Konkurrencestyrelsen har “mistanke” om uregelmæssigheder i en branche. Omvendt må mistanken hverken generelt eller mod den specifikke virksomhed have en sådan fasthed, at sagen rettelig burde være oversendt til politiet til videre efterforskning, jf. retssikkerhedslovens § 9. Konkurrencestyrelsens anvendelse af såvel §§ 17 og 18 forudsætter således en delikat balancegang mellem en mistanke, der hverken må være for løs eller for stærk, og alene indenfor dette rum kan bestemmelserne bringes i anvendelse. Dette adskiller sig ikke fra den situation, SKAT står overfor i forbindelse med kontrolbesøg, da SKAT også er forpligtet til at overgive en undersøgelse til politiet, såfremt der er mistanke om et strafbart forhold, jf. retssikkerhedslovens § 9. Der ses ikke at foreligge nogen tungtvejende grunde til, at SKATs ønske

¹³ Smirnov v. Russia (6. juli 2007) og Stefanov v. Bulgaria (22. maj 2008).

¹⁴ Om de særskilte problemer med konkurrencestyrelsens praksis ved tvangsindgreb, se Jacob Mchangama i Erhvervsjuridisk tidsskrift, 2010, nr. 3.

om dataspejling skal behandles anderledes end konkurrencestyrelsens begæringer om kontrolundersøgelser.

EMD har i nyere praksis tillige lagt vægt på at alene det at opbevare følsomme persondata (hvilket lovforslaget i mange tilfælde vil hjemle) udgør et indgreb i retten til privatliv og at et sådant indgreb derfor kræver effektive retssikkerhedsgarantier i form af regler om opbevaring og behandling deraf.¹⁵ Eftersom reglerne for hvordan dataspejling skal foretages i praksis endnu ikke er udfærdiget er det ikke muligt at give en fuldstændig vurdering af, hvorledes dette forhold skal bedømmes. Dog fremgår det af praksis at der i særdeleshed skal lægges vægt på, at de relevante data ikke er for omfattende i forhold til det formål de skal anvendes til, hvilket krav er svært foreneligt med lovforslaget som giver SKAT adgang til alle informationer på et givent IT-system. Endvidere lægger lovforslaget op til at SKAT skal slette indhentede informationer der ikke er relevante. Det er dog SKAT selv der skal afgøre hvilke informationer der er relevante. Det giver SKAT vilkårlige beføjelser der ikke kan gøres til genstand for uafhængig kontrol og de øvrige forslag til kontrolmekanismer der skal sikre at det spejlede data ikke misbruges lægger også primært op til intern kontrol der foretages af SKAT selv, hvilket stemmer dårligt overens med praksis fra EMD.

Sammenholdt med nyere praksis fra EMD om ransagninger af private virksomheder og krav til opbevaring af følsomme personoplysninger må det antages, at lovforslaget er uforeneligt med proportionalitetsprincippet i EMRK artikel 8, ligesom det er tvivlsomt i forhold til retssikkerhedslovens § 2.

Konklusion og anbefalinger

Lovforslagets bemyndigelse af dataspejling af samtlige en virksomheds data uden retskendelse er uproportionalt og mangler tilstrækkelige retssikkerhedsgarantier, hvorfor lovforslaget må antages at være uforeneligt med EMRK art. 8, ligesom lovforslaget er tvivlsomt i forhold til retssikkerhedslovens § 2. På denne baggrund bør skatteministeren trække lovforslaget tilbage og sikre, at fremtidige lovforslag møntet på kontrol og tvangsindgreb indeholder en bedre balance mellem hensynet til SKATs effektivitet og virksomheder og private borgeres retssikkerhed herunder disses rettigheder som sikret i EMRK.

¹⁵ S and Marper v. UK.