



Yttrande över SOU 2017:75 Datalagring – brottsbekämpning och integritet

Den samhällsvetenskapliga fakulteten vid Umeå universitet har fått möjlighet att bereda Umeå universitets yttrande över SOU 2017:75 Datalagring – brottsbekämpning och integritet. Remissvaret baserar sig på ett underlag från Juridiska institutionen, utarbetat av universitetslektor Markus Naarttijärvi och prefekt Görel Granström.

Sammanfattning

Umeå universitet har framför allt synpunkter på utredningens tolkning av EU-domstolens domslut i *Tele2*, en tolkning som fått avgörande betydelse för utredningens fortsatta förslag. Utredningens avfärdande av centrala delar av domslutet såsom *obiter dicta*, kan ifrågasättas. Umeå universitets uppfattning är att det finns tydliga språkliga indikationer på att EU-domstolen kräver en mer avgränsad och riktad lagring än den som utredningen föreslår. Om utredningens förslag genomförs riskerar staten att försätter sig i en liknande situation som den nuvarande, med en lagstiftning som inte går att tillämpa samt ytterligare osäkerhet och tidsspillan. De brottsbekämpande myndigheternas tillgång till uppgifter om elektronisk kommunikation är av stor praktisk betydelse och det är av avgörande betydelse att ett långsiktigt hållbart regelverk kan komma på plats som är förenligt med EU-rätten och respekterar grundläggande rättigheter. Utvidgningen av lagringsskyldigheten som skett rörande uppgifter som kan identifiera abonnent vid internetåtkomst och den tekniskt neutrala lagstiftningsteknik som där har valts kan ifrågasättas, liksom det bemyndigande till regeringen som sker i fråga om den differentierade lagringstiden för olika uppgiftskategorier. Slutligen efterlyser Umeå universitet ytterligare utredning i fråga om lagring av, och brottsbekämpande myndigheters tillgång till, abonnemangsuppgifter.

Kapitel 3.1.2

Utredningens analys av Sveriges folkrättsliga förpliktelser och positiva skyldigheter

Utredningen har i sitt betänkande beaktat statens positiva skyldigheter under Europakonventionen att tillskapa effektiva utredningsmöjligheter för kränkningar av konventionens rättigheter på det horisontella planet. Utredningen bygger i stora delar sitt resonemang på Europadomstolens avgörande i *K.U. mot Finland*.

Det är värdefullt att utredningen beaktat denna del av Europadomstolens praxis. Samtidigt menar Umeå universitet att vissa aspekter av denna praxis bör lyftas fram tydligare än vad som har skett i utredningen. Positiva skyldigheter har kommit att bli en allt mer central del av Europadomstolens praxis och har de senare åren varit föremål för påtaglig utveckling. *K.U. mot Finland*, är likt *Söderman mot Sverige* och andra liknande fall, exempel på denna utveckling. De positiva skyldigheterna måste dock utövas inom, och i viss mån balanseras mot statens negativa förpliktelser. Betydelsen



av de intressen som aktualiseras av ett konkret fall har avgörande betydelse för förhållandet mellan de negativa och positiva förpliktelserna. I *K.U. mot Finland* tryckte domstolen på att en balans måste finnas mellan effektiva utredningsmöjligheter å ena sidan och skyddet för förtrolig kommunikation och yttrandefrihet å andra sidan. I fallet menade domstolen att den synnerligen allvarliga kränkningen av en minderårigs integritet som förelåg i fallet innebar en skyldighet att tillskapa effektiva utredningsmöjligheter. Domstolen betonade dock behovet av att balansera detta intresse mot skyddet för kopplingen mellan en enskild misstänkts identitet och dennes IP nummer och lade vikt vid att den finska lagstiftningen vid tidpunkten inte möjliggjorde en sådan balansering i fråga om den typ av kränkning som pojken i fallet drabbats av. Det är därtill svårt att utifrån *K.U. mot Finland* dra några slutsatser gällande de positiva skyldigheternas utsträckning i fråga om i fråga om lagring av trafik- och lokaliseringssuppgifter eller en mer generell lagringsskyldighet av sådana uppgifter. Fallet rörde endast abonnemangssuppgifter, tillgängliga hos en teleoperatör, vars utlämnande utifrån omständigheterna i ett enskilt fall kunde anses väga tyngre än den misstänktes skydd för kommunikation. Det bör därtill nämnas att Europadomstolen i *Osman mot Storbritannien* anförde att statens positiva skyldigheter inte kan anses ges sådan utsträckning att misstänkta rättssäkerhetsintressen åsidosätts. Skyldigheten att tillskapa effektiva utredningsmöjligheter i fråga om kränkningar på nätet måste således läsas inom ramarna som ställs upp av grundläggande rättigheter i vid mening och kan inte i sig rättfärdiga en sådan lagringsskyldighet som föreslås av utredningen i den mån den strider mot rättigheternas negativa sida.

Kapitel 12.4

Utredningens tolkning av EU-domstolens dom i Tele2/Watson

Umeå universitet konstaterar att centrala delar av utredningens ställningstaganden rörande utformningen av en framtida datalagring bygger på en tolkning av EU-domstolens dom i *Tele2* där punkterna 108–111 i domen avfärdas som *obiter dicta* och inte som krav som datalagring måste leva upp till för att vara förenlig med EU-rätten (s. 204–206 i utredningen). Utredningen anför att en annan tolkning vore långsökt då EU-domstolen annars hade tydliggjort detta. Utredningens tolkning rörande räckvidden av EU-domstolens dom blir således avgörande för att det tänkta systemet ska nå målet av förenlighet med EU-rätten. Utredningens tolkning är dock förenad med påtagliga betänkligheter. Umeå universitet har i denna del fyra huvudsakliga invändningar.

För det första bör EU-domstolens dom i *Tele2* läsas i ljuset av att flera centrala ställningstaganden rörande datalagring slogs fast redan i EU-domstolens dom i *Digital Rights Ireland*. Trots att denna dom gav tydliga signaler om att datalagring är svår att förena med EU-rätten kom flera medlemsstater, inklusive Sverige att göra bedömningen att *Digital Rights Ireland* inte påverkade deras nationella system på grund av mindre skillnader mellan den nationella lagstiftningen och datalagringsdirektivet. EU-domstolens dom i *Tele2* bör förstås utifrån att nationella domstolar sökt ledning från EU-domstolen rörande den närmare betydelsen av *Digital Rights Ireland* och dess räckvidd i fråga om nationella regler som liknar datalagringsdirektivet. Det är därför olyckligt om tolkningen av *Tele2* utgår ifrån att de mer detaljerade resonemang som EU-domstolen då tillhandahåller rörande kraven på ett sådant system i punkterna 108–111 skulle utgöra *obiter dicta*. Snarare bör dessa uttalanden betraktas som centrala för att förstå och klargöra effekterna av de principer som etablerades redan i *Digital Rights Ireland*. Det bör i sammanhanget framhållas att det har ifrågasatts om EU-domstolen överhuvudtaget gör en åtskillnad mellan *ratio decidendi* och *obiter dicta* i sin praxis. I den EU-rättsliga doktrinen har istället framhållits att samtliga delar av



texten i domslutet har betydelse och att domstolen själv i bruket av sin tidigare praxis lutar sig mot delar som för en utomstående kan framstå som *obiter dicta*.

För det andra menar Umeå universitet att betydelsen av dessa resonemang i domen går att utläsa direkt av ordalydelsen i EU-domstolens dom i *Tele2*, som ger klar ledning i fråga om vad som utgör krav respektive mer exemplifierande uttalanden. I punkt 107 avfärdas existerande lagringskrav i Sverige givet datalagringens generella och odifferentierade natur. I punkt 108 pekar dock EU-domstolen på möjligheten till riktad lagring i syfte att bekämpa grov brottslighet så länge lagringen vad gäller 1) uppgifter som lagras, 2) kommunikationsmedel som avses, och 3) vilka personer som berörs, och 4) hur längre lagringen ska ske, begränsas till vad som är strängt nödvändigt. Dessa krav måste ses som kumulativa, dvs. i alla dessa fyra avseenden tycks EU-domstolen kräva strikt nödvändighet. Sedan går EU-domstolen i punkt 109 vidare med ytterligare krav, vilket går att utläsa av bruket av ordet "måste" i meningen "För att uppfylla kraven i föregående punkt *måste* den nationella lagstiftningen för det första föreskriva tydliga och precisa bestämmelser som reglerar omfattningen och tillämpligheten av en sådan lagringsskyldighet...". Detta följs i p. 110 (än en gång med skrivningen "måste") av de materiella villkor EU-domstolen ställer på en sådan lagstiftning, nämligen "att även om villkoren kan variera utifrån vilka åtgärder som vidtas för att förebygga, undersöka, avslöja och väcka åtal för grov brottslighet, *måste* lagringen av uppgifterna alltid uppfylla objektiva kriterier, som fastställer ett samband mellan de uppgifter som ska lagras och det eftersträvade syftet. I synnerhet måste villkoren vara sådana att de klart avgränsar åtgärdens omfattning och följaktligen den berörda personkretsen." I nästa stycke (111) förtydligar EU-domstolen ytterligare hur det synnerliga kravet på en begränsad personkrets ska uppnås. Här anför domstolen att "Den nationella lagstiftningen *ska* grunda sig på objektiva omständigheter som gör det möjligt att ta sikte på en personkrets vars uppgifter kan avslöja en, åtminstone indirekt, koppling till grov brottslighet och på ett eller annat sätt kan bidra till att bekämpa grov brottslighet eller förhindra en allvarlig risk för den allmänna säkerheten". Först i andra halvan av detta stycke övergår domstolen till en exemplifierande rekommendation och anför att en "avgränsning *kan* säkerställas genom ett geografiskt kriterium". Utifrån ordalydelsen bör *riktad lagring* således ses som domstolens nomenklatur för en lagring som inte är *generell och odifferentierad*, dvs. en sådan lagring som skulle vara förenlig med EU-rätten. De krav som ställs i punkterna 108–111 utgör således krav som en lagringsskyldighet, för att vara förenlig med EU-rätten ska uppfylla. Det bör i sammanhanget dessutom nämnas att EU-domstolen redan i punkt 105 i domen påpekar att den svenska lagstiftningen rör personer där det inte föreligger några indicier som ger anledning att tro att deras beteende kan ha ett indirekt eller avlägset samband med grov brottslighet, dvs. inom ramen för vad utredningen pekat ut som den operativa delen av domslutet. Liknande uttalanden återfinns också i EU-domstolens dom i *Digital Rights Ireland* (p. 58–59).

För det tredje är den vikt utredningen lägger vid EU-domstolens uttalanden i fråga om PNR-uppgifter i yttrande 1/15 av den 26 juli 2017 problematisk. Som EU-domstolen understrukt i såväl *Tele2* som i *Digital Rights Ireland* är den typ av trafik- och lokaliseringssuppgifter fallen rör mycket känsliga. Förbudet mot en generell och odifferentierad lagring av sådana uppgifter är en konsekvens av ett förändrat synsätt på sådana uppgifter som beaktar den långtgående kartläggning av individen som uppgifterna möjliggör. En kartläggning som i stor utsträckning kan ske automatiserat. Domstolen framhåller att de inte bör ses som mindre känsliga än kommunikationens innehåll (p. 99 i *Tele2*) Det är viktigt att poängtera att EU-domstolens yttrande rörande avtalet om PNR-uppgifter med Kanada innehåller flera ställningstaganden som gör att denna generaliserade lagring inte blir jämförbar med trafik- och lokaliseringssuppgifter. För det första fann EU-domstolen att PNR-uppgifter som kunde innehålla eller indirekt ge ledning till känsliga personuppgifter inte fick lämnas över till Kanada och således inte fick bli föremål för lagring. Dessutom



pekade EU-domstolen på att effekterna av avtalet med Kanada i rättighetshänseende begränsades av att PNR-uppgifterna endast rörde vissa aspekter av privatlivet, särskilt flygresor mellan Kanada och unionen. EU-domstolens yttrande måste vidare läsas i ljuset av att Kanada enligt EU-domstolen hade rätt att besluta om tillträde till landets territorium, samt de krav EU-domstolen framhöll i fråga om objektiva omständigheter för tillgång till uppgifterna i ett senare skede, samt radering av uppgifterna efter passagerarens återresa till EU.

För det fjärde bör något sägas om utredningens uttalande om att EU-domstolen inte utan närmare resonemang och överväganden skulle beröva brottsbekämpande myndigheter möjligheter till effektiva brottsutredningar. Här bör först understrykas att EU-domstolens avgörande, oaktat hur strikt tolkning av domen som görs, inte är avsett att förstöra för brottsbekämpande myndigheter, utan avsett att säkerställa att medlemsstaterna respekterar grundläggande rättigheter som ska tillförsäkras samtliga unionens medborgare. Brottsbekämpning och underrättelseverksamhet är viktiga delar av statens uppgifter men måste, liksom all annan offentlig maktutövning äga rum inom ramarna för de grundläggande rättigheter som medlemsstaterna åtagit sig att upprätthålla. Väljer medlemsstaterna att ge brottsbekämpande myndigheter tillgång till metoder som går bortom dessa rättigheters begränsningsmöjligheter är det således metoder som aldrig varit rättsligt godtagbara. EU-domstolens roll är, bland annat, att bevaka och träda in när unionens eller medlemsstaternas myndigheter gått utöver dessa gränser. Det bör också framhållas att EU-domstolen för jämförelsevis ingående resonemang i *Tele2* i just de delar som utredningen avfärdat. Att utredningen efterlyser mer ingående resonemang och på samma gång avfärdar de mer ingående resonemang som EU-domstolen faktiskt tillhandahållit som *obiter dicta* framstår därmed som problematiskt. I den mån EU-domstolens domskrivning trots allt uppfattas som kortfattad måste detta förstås i ljuset av dels den franska rättstradition som fortfarande präglar den, samt det faktum att skiljaktiga meningar inte är möjliga i domstolens domskrivning. EU-domstolens domskrivning brukar beskrivas som synnerligen kortfattad, strikt och magistral. Därtill brukar policyöverväganden sällan förekomma i EU-domstolens rättspraxis och domstolen försöker sällan rättfärdiga sina etablerade principer på sådana grunder. Utredningens resonemang även i detta avseende framstår därför som en svag grund att bygga en så viktig del av sina ställningstaganden på.

Givet ovanstående invändningar rörande utredningens tolkning av *Tele2*-domen ifrågasätter Umeå universitet om de förändringar i regelverket som utredningen föreslår är tillräckliga och ansluter sig således i denna del till de särskilda yttrandena från Jonas Agnvall och Staffan Lindmark. Såväl i fråga om differentierad lagringstid, vilka uppgifter som lagras, samt behovet av en oberoende prövning vid utlämning har förstärkningar föreslagits som ligger mer i linje med EU-domstolens uttalanden i *Tele2*. Umeå universitet menar dock att även en avgränsning av den krets vars uppgifter kan bli föremål för lagring behöver införas för att uppnå en lagstiftning som inte är generell och därigenom EU-rättsligt hållbar. Det behöver således införas villkor för att lagringen ska ta sikte på en personkrets vars uppgifter kan avslöja en, åtminstone indirekt, koppling till grov brottslighet och på ett eller annat sätt kan bidra till att bekämpa grov brottslighet eller förhindra en allvarlig risk för den allmänna säkerheten.



Kapitel 12.2 & 12.9

Utredningens ställningstaganden rörande IP-nummer och abonnemangsuppgifter

Umeå universitet ansluter sig i fråga om utredningens bedömningar rörande abonnemangsuppgifter till den analys som gjorts i det särskilda yttrandet till utredningen av Staffan Lindmark och efterlyser en närmare utredning av tillgången till, och lagringen av sådana uppgifter.

Kapitel 12.6

Teknikneutralitet och utvidgning av lagringsskyldighet rörande uppgifter som kan identifiera abonnent vid internetåtkomst.

Umeå universitet menar att utredningens överväganden rörande problemen med NAT-teknik lyfter relevanta frågor, men ifrågasätter valet att på ett teknikneutralt sätt reglera kravet på att lagra uppgifter som kan identifiera en abonnent vid internetåtkomst. Utredningen pekar själv på den otydlighet som den föreslagna bestämmelsen innebär men anför att närmare detaljer kan regleras genom föreskrift. Vid sidan av att det framstår som olämpligt att i ljuset av EU-domstolens dom utvidga lagringsskyldigheten finns det betänkligheter med en teknikneutral lagstiftningsteknik i detta sammanhang. Skrivningen möjliggör en långtgående lagringsskyldighet och en långtgående delegation av normgivningsmakt på ett område som så påtagligt påverkar individens rättighetsskydd framstår som olämplig. Umeå universitet menar att trots att teknikneutralitet många gånger kan vara önskvärt i en lagstiftning som reglerar ny teknik är denna typ av lagstiftning inom ett rättighetsbegränsande område mer problematisk då den kan orsaka påtagliga glidningar av tolkning och tillämpning från de proportionalitetsbedömningar som gjorts vid bestämmelsens tillkomst.

Kapitel 12.7

Differentierad lagringstid och regeringens bemyndigande

Utredningen föreslår en reglering av lagringstiden där den generella lagringstiden som anges i lagen förlängs, men där regeringen i förordning kan ange kortare lagringstider för vissa typer av uppgifter. Umeå universitet menar att detta förvisso ger flexibilitet och skapar möjlighet till differentiering. Samtidigt framstår det som olämpligt i ljuset av EU-domstolens dom att förlänga den i lag reglerade maximitiden och istället delegera normgivningsmakt som har så stor betydelse för datalagringens integritetsbegränsande effekter. Givet att utredningen identifierat lämpliga lagringstider för olika kategorier av uppgifter anser Umeå universitet att det ur demokrati- och rättighetshänseende vore mer lämpligt att fastslå dessa tidsgränser i lag.



Beslut i ärendet har fattats av professor Ruth Mannelqvist, den Samhällsvetenskapliga fakultetens dekan, efter föredragning av fakultetssamordnare Åsa P Isaksson.

För den Samhällsvetenskapliga fakulteten

Ruth Mannelqvist
Dekan

Åsa P Isaksson
Fakultetssamordnare