



**GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN**

1 / 1

Juridiska institutionen
BOX 650
405 30 GÖTEBORG

2018-01-30 dnr VR 2017/150

Justitiedepartementet
Ju2017/07896/Å

Remiss gällande Datalagring – brottsbekämpning och integritet (SOU 2017:75)

REMISSYTTRANDE

Juridiska institutionen, Göteborgs universitet har fått i uppdrag att avge yttrande avseende delbetänkandet Datalagring – brottsbekämpning och integritet (SOU 2017:75). Institutionen vill lämna följande synpunkter.

Inledningsvis noteras att utredaren har arbetat under stark tidspress, med frågor som involverar intresseavvägningar av stor vikt för det svenska samhället. Tele2-domen handlar om förhållandet mellan, å ena sidan intresset av att effektivt kunna bekämpa grov brottslighet, och å andra sidan intresset av att skydda individers privatliv, personuppgifter och yttrandefrihet. Avvägningen är inte lätt, oavsett om den görs av en lagstiftare eller en domstol. Det kan också konstateras att när domstolar gör denna typ av avvägningar finns det ofta ett förhållandevis stort tolkningsutrymme. Det är inte självklart var gränserna skall dras.

Från rättslig synvinkel står det dock klart att Sverige har att följa EU-rätten. Och EU-rätten uttolkas av EU-domstolen. Det framgår av utredningens direktiv att syftet med utredningen är att lämna förslag på hur det svenska regelverket kan anpassas till EU-rätten, såsom den uttolkats av EU-domstolen i Tele2-domen. En sådan anpassning kan medföra en annan intresseavvägning än den som hade gjorts om Sverige hade haft att avgöra frågan på egen hand. Det kan till och med vara så att anpassningen medför en intresseavvägning som Sverige finner oacceptabel. Hur Sverige skall agera i en sådan situation är i första hand en politisk fråga. Från rättslig synvinkel har Sverige som sagt en skyldighet att följa EU-rätten även i lägen då detta medför oönskade konsekvenser för det svenska samhället.

Det här yttrandet begränsar sig till att lämna synpunkter på de krav som kan anses följa av EU-rätten, såsom den uttolkats av EU-domstolen i Tele2-domen. Som konstateras i ut-

redningen finns det emellertid även andra typer av internationella regelverk som kan aktualiseras. EU-rätten står inte per automatik över sådana regelverk. Exempelvis kan det vara så att EU har gjort folkrättsliga åtaganden som ställer krav på utformningen av EU-rätten. Det kan också vara så att Sverige har gjort andra folkrättsliga åtaganden som kräver ett agerande som inte är förenligt med EU-rätten. Synpunkter kring denna typ av rättsliga frågor kommer inte att lämnas i det här yttrandet.

Det kan också noteras att förhållandet mellan EU-rätten och medlemsstaternas interna rättsordningar inte är okomplicerat. EU är en internationell organisation. Liksom andra sådana organisationer får EU bara agera inom ramen för sina befogenheter. Om EU:s institutioner agerar utanför sina befogenheter – *ultra vires* – är medlemsstaterna inte folkrättsligt bundna av de beslut som fattas. Kanske är det inte aktuellt att göra denna typ av rättslig analys vad gäller frågorna som behandlas i Tele2- domen. Möjligheten till en sådan analys nämns här bara som ett sätt att nyansera det ovan gjorda konstaterandet, att Sverige alltid har en skyldighet att följa EU-rätten. Denna skyldighet gäller så klart bara under förutsättning att EU har agerat inom ramen för sina befogenheter. Ytterligare synpunkter kring gränserna för EU:s befogenheter kommer inte att lämnas i det här yttrandet.

Ytterligare en aspekt att beakta är Sveriges konstitutionella bestämmelser. Riksdagen får bara överlåta beslutanderätt till EU på det sätt som regleras i 10 kap. 6 § regeringsformen. Här anges bland annat att beslutanderätt som rör ”principerna för statsskicket” inte får överlåtas. Den exakta innebörden i detta stadgande är oklar, men det är sannolikt inte bara de principer som regleras i 1 kap. regeringsformen som avses, utan även principer som regleras i andra kapitel i regeringsformen, och i andra grundlagar. Kanske är det inte heller aktuellt att göra denna typ av rättslig analys vad gäller frågorna som behandlas i Tele2- domen. Även här nämns möjligheten till en sådan analys som ett sätt att nyansera det ovan gjorda konstaterandet, att Sverige alltid har en skyldighet att följa EU-rätten. Det kan finnas situationer då Sverige har en EU-rättslig/folkrättslig skyldighet att följa en viss regel, men då grundlagen inte tillåter att regeln följs. Ytterligare synpunkter kring denna typ av rättsliga frågor kommer inte att lämnas i det här yttrandet.

Resterande del av det här yttrandet kommer att ägnas åt de krav som kan anses följa av EU-rätten, såsom den uttolkats av EU-domstolen i Tele2- domen, och hur dessa krav förhåller sig till det förslag som utredaren har lagt fram.

Domstolen konstaterar att det finns en principiell skyldighet för medlemsstaterna att säkerställa konfidentialitet för kommunikation och därmed förbundna trafikuppgifter. Undantaget från denna skyldighet, som möjliggör lagring av uppgifter, skall tolkas strikt, och får inte göras till huvudregel (p. 89). Vidare, vad gäller den svenska lagstiftningen, räknar domstolen upp de uppgifter som leverantörer av elektroniska kommunikationstjänster är skyldiga att lagra (p. 98). Domstolen konstaterar att det med hjälp av dessa uppgifter går att dra ”mycket precisa slutsatser om privatlivet för de personer vilkas uppgifter har lagrats, såsom deras vanor i vardagslivet, deras stadigvarande och tillfälliga uppehållsorter, deras dagliga förflyttningar och förflyttningar i övrigt, de aktiviteter de utövar, deras sociala relationer och de umgängeskretsar de rör sig i” (p. 99). Mot bakgrund av detta anser domstolen att det ingrepp i de aktuella rättigheterna som lagstiftningen innebär är ”synnerligen allvarligt” (p. 100). Domstolen menar också att det faktum att de berörda personerna inte är underrättade om lagringen kan ge dem ”en känsla av att deras privatliv står under ständig övervakning” (p. 100).

Vidare konstaterar domstolen att en effektiv bekämpning av grov brottslighet kan vara beroende av användningen av moderna utredningstekniker, men att detta inte kan moti-

vera en nationell lagstiftning som föreskriver ”en generell och odifferentierad lagring av samtliga trafikuppgifter och lokaliseringssuppgifter” (p. 103). Enligt domstolen får en sådan lagstiftning till följd att lagring blir huvudregeln, trots att regelverket kräver att lagring skall vara undantaget (p. 104). Domstolen menar att en sådan lagstiftning innebär att det inte görs några ”åtskillnader, begränsningar eller undantag utifrån det eftersträvade syftet” (p. 105). Lagstiftningen ”berör på ett allomfattande sätt samtliga personer som använder elektroniska kommunikationstjänster, utan att dessa personer ens indirekt befinner sig i en situation som kan föranleda lagföring” (p. 105). Detta innebär också enligt domstolen att lagstiftningen är ”tillämplig på personer beträffande vilka det inte föreligger något indicium som ger anledning att tro att deras beteende ens kan ha ett indirekt eller avlägset samband med grov brottslighet” (p. 105). Domstolen noterar att det inte krävs något ”samband mellan de uppgifter som ska lagras och ett hot mot den allmänna säkerheten”, och att lagstiftningen inte är begränsad till ”lagring av uppgifter avseende en viss tidsperiod och/eller ett visst geografiskt område och/eller en viss krets av personer som på något sätt kan vara inblandade i ett allvarligt brott eller till personer beträffande vilka lagringen av uppgifter av andra skäl skulle kunna bidra till bekämpningen av brott” (p. 106). Mot bakgrund av det ovan beskrivna konstaterar domstolen att den svenska lagstiftningen inte är förenlig med EU-rätten (p. 107).

Härefter fortsätter domstolen med vad som i utredningen beskrivs som ett *obiter dictum*, det vill säga ett uttalande som inte är nödvändigt för att besvara den aktuella rättsfrågan. Domstolen säger att EU-rätten inte hindrar en medlemsstat från att vidta lagstiftning som tillåter en ”riktad lagring” av trafikuppgifter och lokaliseringssuppgifter, förutsatt att lagringen begränsas till vad som är strängt nödvändigt avseende ”vilka slags uppgifter som ska lagras, vilka kommunikationsmedel som avses, vilka personer som berörs och hur länge lagringen ska ske” (p. 108). I detta sammanhang understryker domstolen även bland annat att lagringen av uppgifterna alltid måste ”uppfylla objektiva kriterier, som fastställer ett samband mellan de uppgifter som lagras och det eftersträvade syftet” (p. 110). Domstolen säger att villkoren måste vara sådana att de ”klart avgränsar åtgärdens omfattning och följaktligen den berörda personkretsen” (p. 110). En sådan avgränsning skall, enligt domstolen, göra 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” (p. 111). Domstolen anger vidare att denna typ av avgränsning kan säkerställas genom ”ett geografiskt kriterium när de behöriga nationella myndigheterna på grundval av objektiva omständigheter bedömer att det i ett eller flera geografiska områden finns en förhöjd risk för förberedelse eller genomförande” av ovan nämnda handlingar (p. 111).

Med detta sagt, angående domstolens resonemang, kan konstateras att en av de mest framträdande aspekterna av utredningens förslag är att det inte föreslås någon riktad lagring (s. 208). De begränsningar som föreslås för att anpassa svensk lagstiftning till EU-rätten handlar i princip om att begränsa omfattningen vad gäller uppgiftskategorier och tjänster, samt att differentiera lagringstiderna. Genom denna typ av begränsningar menar utredaren att lagringsskyldigheten inte blir ”generell (i betydelsen huvudregel) men differentierad, dvs. i varje del anpassad efter vad som är strängt nödvändigt” (s. 215). Enligt utredaren kan lagringsskyldigheten ”inte begränsas till en viss personkrets, eftersom det är strängt nödvändigt att alla abonnenters och registrerade användares uppgifter omfattas” (s. 218).

Nu till frågan om hur förslaget förhåller sig till EU-rätten, såsom den uttolkats i Tele2-domen. Som nämnts ovan är det uppenbart att EU-domstolen har ett tolkningsutrymme

vid denna typ av avvägningar. Det är inte självklart var gränserna skall dras. Och liksom i många andra fall är det inte glasklart vad domstolen menar i varje enskild del av sitt resonemang. En central del av resonemanget handlar om att en ”generell och odifferentierad” lagring av uppgifter inte kan vara motiverad, och att EU-rätten inte tillåter att lagring blir huvudregel istället för undantag. Utredaren verkar tolka dessa uttalanden som att det handlar om generell/icke-generell eller huvudregel/undantag framförallt i förhållande till den totala mängden uppgifts- och tjänstetyper. Det vill säga, genom att minska antalet typer som omfattas av lagstiftningen blir lagringen icke-generell. Lagringen går från att vara huvudregel till att bli undantag. Att den totala mängden uppgifts- och tjänstetyper har betydelse i bedömningen verkar rimligt. Frågan är om detta är det enda som har betydelse. Domstolens uttalanden skulle också kunna tolkas som att det handlar om generell/icke-generell eller huvudregel/undantag i förhållande till den totala mängden uppgifter som lagras inom en viss uppgiftstyp. Det vill säga, lagringen är generell och kan betraktas som huvudregel om den omfattar i princip alla uppgifter för alla individer vad gäller en viss uppgiftstyp, även om det totala antalet uppgiftstyper som omfattas av lagstiftningen har minskats. Utredarens uppfattning verkar vara att domen inte skall tolkas på det sättet. Av denna anledning är utredningens förslag heller inte utformad på ett sätt som tar hänsyn till en sådan tolkning av domen.

Det finns emellertid en hel del i domen som talar för att den inte bara skall tolkas på det förstnämnda sättet ovan – utredarens tolkning – utan även på det sistnämnda sättet. Som har beskrivits ovan anser domstolen att det ingrepp i de aktuella rättigheterna, som den svenska lagstiftningen medför, är synnerligen allvarligt. Detta med hänsyn till att det går att dra mycket precisa slutsatser om privatlivet för de personer vilkas uppgifter har lagrats. Av allt att döma anser domstolen att denna typ av lagring är problematisk alldeles oavsett hur lagringstiderna ser ut, och hur säker lagringen är. Flera uttalanden som domstolen gör talar för att det inte bara är mängden uppgifts- och tjänstetyper som är problematisk, utan också det faktum att ett mycket stort antal personer berörs, oavsett deras koppling till grov brottslighet. Som har beskrivits ovan konstaterar domstolen att den svenska lagstiftningen innebär att uppgifter lagras för personer där det inte finns någon anledning att tro att deras beteende ens kan ha ett indirekt eller avlägset samband med grov brottslighet. Domstolen noterar också att lagringen som sker med stöd av den svenska lagstiftningen inte är begränsad vad gäller tidsperioder, geografiskt område, eller krets av personer som kan vara inblandade i allvarliga brott. Även med de ändringar i svensk lagstiftning som utredaren föreslår, det vill säga i huvudsak en begränsning av de uppgifts- och tjänstetyper som omfattas, är det sannolikt så att det fortfarande skulle gå att dra precisa slutsatser om privatlivet för den stora krets personer som omfattas.

Slutsatsen blir därför följande. Utredningens förslag innebär av allt att döma att svensk lagstiftning görs mer förenlig med EU-rätten än vad den är idag. Det finns emellertid mycket som talar för att förslaget inte är tillräckligt för att göra regelverket fullt ut förenligt med EU-rätten, såsom den uttolkats av EU-domstolen i Tele2-domen.

Yttrandet är författat av docent Joachim Åhman för juridiska institutionens räkning.

I tjänsten



Thomas Erhag (Prefekt)