

Bahnhof AB  
Tunnelgatan 2  
111 37 Stockholm  
Stockholm 2018-01-12

Till:  
Regeringskansliet  
Justitiedepartementet  
103 33 Stockholm  
Diarienummer: Ju2017/07896/Å

## **Remissyttrande över SOU 2017: 75, Datalagring - brottsbekämpning och integritet**

Verkställande direktör Jon Karlung har beslutat i detta ärende. Bolagsjurist Wilhelm Dahlborn har varit föredragande.



Jon Karlung

### **Bakgrund**

Bahnhof AB ("Bahnhof") är en av Sveriges största internetoperatörer och tillhandahåller bredbandstjänster till närmare 300 000 hushåll. Bahnhof har under lång tid bedrivit opinionsbildning i frågor som rör personlig integritet och datalagring. Opinionsbildningen sker i dialog med Bahnhofs kunder, framför allt via olika sociala medier. Bahnhof har varit och är en del av rättsliga processer mot Post- och telestyrelsen som rör datalagring och myndigheters tillgång till lagrade data. Bahnhof är inte motståndare till datalagring, men anser att både lagringen och myndigheters inhämtning av lagrade uppgifter måste ske på ett rättssäkert sätt.

## **Sammanfattning**

Bahnhof ställer sig mycket kritiska till utredningen SOU 2017:75. Bahnhof riktar särskild kritik mot förslaget om fortsatt generell lagring av data om användare av olika kommunikationstjänster, och ser allvarligt på det faktum att utredningen helt vill behålla de nuvarande regler som ger myndigheter rätt att begära ut användarinformation i form av s.k. abonnentuppgifter. Dessa förslag strider helt emot EU-domstolens förhandsavgörande som utfärdades i samband med det s.k. Tele2-målet. Bahnhofs uppfattning är att en lagstiftning utformad enligt utredningens förslag kommer strida mot EU-rätten och bana väg för ytterligare rättsprocesser och prövning av EU-domstolen. Bahnhof hyser inga tvivel om att EU-domstolen i sådana fall återigen kommer underkänna den svenska regleringen. För att förhindra att Sverige på nytt lider ett pinsamt nederlag i EU-domstolen och att Sveriges status som rättsstat solkas ytterligare bör utredningens förslag lämnas utan åtgärd.

## **Disposition**

Här nedan inleder Bahnhof med några allmänna synpunkter på utredningen och dess förslag. Därefter utvecklar Bahnhof sin kritik mot de delar av utredningen som berör den fortsatt generella datalagringen och hanteringen av de s.k. abonnentuppgifterna mer ingående.

## **Allmänna synpunkter**

Till att börja med ställer sig Bahnhof frågande till de svenska statsmakternas svårighet att foga sig efter EU-rätten när det gäller datalagring. Den aktuella utredningen är den tredje på kort tid som utreder de svenska reglernas överensstämmelse med EU-rätten. Redan när EU-domstolen i samband med den s.k. Digital Rights- domen i april 2014 ogiltigförklarade det dåvarande datalagringsdirektivet kunde Bahnhof och många andra konstatera att svensk lagstiftning inte höll måttet. Den dåvarande regeringen vägrade att acceptera detta faktum och svarade med att tillsätta två utredningar som inte helt oväntat kom fram till att de svenska lagarna inte behövde ändras (Ds Ju 2014:23 och SOU 2015:31). Utredningarna fungerade som tillfälligt stöd för PTS och förvaltningsrätten som kunde upprätthålla illusionen av en felfri svensk lagstiftning. Den starka oviljan att anpassa lagarna resulterade så småningom i ett förhandsavgörande som EU-domstolen fick utfärda i det s.k. Tele2-målet, där domstolen fastslog att vår svenska datalagringslagstiftning inte går att motivera i ett demokratiskt samhälle.

Domstolens förhandsavgörande måste betraktas som utomordentligt pinsamt för de delar av den svenska statsmakten som envist hållit fast vid de gamla reglerna. Bahnhofs uppfattning är att denna rigida inställning har inneburit att resurser under lång tid har slösats på fel saker. Om regeringen redan efter Digital Rights- domen hade anpassat svensk lagstiftning efter EU-domstolens krav hade detta antagligen lett till att datalagrade uppgifter hade kunnat användas för klara upp brott, samtidigt som grundläggande krav på rättssäkerhet

hade kunnat tillgodoses. Nu befinner vi oss istället i ett dödläge där datalagringen i stort sett upphört i avsaknad av svenska reformerade regler. Den aktuella utredningens förslag - att låta samma gamla regler i allt väsentligt kvarstå, fast i ny förpackning - kommer innebära ytterligare resursslöseri i form av rättsprocesser, utebliven lagring och nya lönlösa utredningar.

Den aktuella utredningen SOU 2017:75 innehåller resonemang och slutsatser som enligt Bahnhofns uppfattning i mycket stor utsträckning bygger på åsikter och material som härrör från diverse brottsbekämpande myndigheter. Flera av dessa myndigheter har alltsedan EU-domstolens dom i Tele2-målet vägrat acceptera EU-domstolens dom i sak, vilket avspeglas tydligt i utredningens särskilda yttranden som lämnats av representanter för olika brottsbekämpande myndigheter. I argumentationen framställs EU-domstolen och dess bestämmelser som ett hinder mot brottsbekämpning eftersom man berövar de berörda myndigheterna ett viktigt verktyg.

Bahnhof klandrar inga brottsbekämpande myndigheter för att de ser till sina egna intressen och - när det gäller datalagring - endast fokuserar på bekämpning av brottslighet utan att inväga det motstående intresset av rättssäkerhet för de personer vars uppgifter lagras. Däremot går det att klandra de tillsatta utredare som inte förmår att kritiskt granska de berörda myndigheternas argumentation och uppgifter. I den aktuella utredningen förekommer mycket lite – om ens någon – sådan kritisk granskning, vilket i praktiken leder till en onyanserad och ofullständig utredning.

I utredningen nämns inte heller artiklarna i EUs stadga för mänskliga rättigheter som EU-domstolens dom hänvisar till, eller de historiska fall av myndigheters kartläggning och förföljelse av enskilda individer som artiklarna bygger på. Sammantaget innebär detta att utredningen endast är ett eko av de brottsbekämpande myndigheternas argumentation där intresset av brottsbekämpning helt överskuggar intresset av rättssäkerhet. Följden är en ensidig och icke-utredande utredning som inte alls handlar om att anpassa svensk lagstiftning efter EU-domstolens dom, utan snarare om att med mer eller mindre egendomliga rättstolkningar istället försöka kringgå domen.

De enda röster som öppet försvarar rättssäkerheten och motsätter sig utredningens tolkningar är de avvikande uppfattningar som hedervärt redovisats av Datainspektionens och PTS representanter.

### **Fortsatt generell masslagring**

När det gäller lagringen föreslås i utredningen nya regler som likt de nuvarande bygger på en generell lagring av trafikuppgifter som gäller alla användare, vilket tyder på att EU-domstolens direktiv har tolkats motsatsvis. Utredningen har utgått från de uttalanden som förekommer i slutet av EU-domstolens dom, där domstolen besvarar frågor som Kammarrätten i Stockholm och den brittiska domstolen ställt i respektive begäran om

förhandsavgörande. Som direkt svar till en fråga som ställdes av Kammarrätten i Stockholm fastslår EU-domstolen till exempel att det inte är förenligt med EU-rätten att ha en ”generell och odifferentierad lagring” avseende ”samtliga trafikuppgifter och lokaliseringssuppgifter” för ”samtliga abonnenter” och ”samtliga kommunikationsmedel”.

Just det svaret har tagits till intäkt av utredningen, som i sina förslag vill modifiera lagringsreglerna så att lagringen blir ”differentierad”, inte avser ”samtliga trafikuppgifter och lokaliseringssuppgifter” osv, för att bättre följa EU-rätten. För att uppfylla kravet på ”differentiering” föreslår utredningen olika lagringstider för olika typer av trafikuppgifter. Ett annat förslag är att vissa typer av uppgifter som skulle lagras enligt nuvarande regler inte längre ska göra det, vilket i sin tur innebär en lagring som inte omfattar ”samtliga trafik och lokaliseringssuppgifter”. Enligt samma resonemang föreslås även att vissa kommunikationsmedel inte längre ska omfattas av lagringen. Utredarna har alltså fixerat sig vid vissa särskilda uttalanden som rör mer perifera direktiv och därigenom undvikit att benämna och uppfylla domens huvudsakliga förordningar.

Enligt Bahnhof är utredningens tillämpning av EU-domstolens dom helt felaktig, och vittnar om en ansträngd misstolkning av domen. EU-domstolens uttalanden i slutet av domen är en ren konsekvens av hur de frågande domstolarna har formulerat sina frågor, och det finns ingen anledning att snedtolka EU-domstolens budskap såsom utredarna har gjort. För att kunna dra slutsatser om EU-domstolens syn på EU-rätt måste man först läsa EU-domstolens motivering. Även om den nu föreslagna lagringen i viss mån är differentierad vad gäller lagringstid och inte gäller ”samtliga trafik och lokaliseringssuppgifter” osv, är det fortfarande fråga om en lagring som ska ske utan anknytning till grov brottslighet och utan avgränsning till vissa brottsmistänkta personer. Förslaget innebär alltså en lagring av integritetskänsliga uppgifter för mer eller mindre samtliga personer som använder internettjänster, vilket befäster datalagringspraktiken som regel snarare än undantag.

De avskaffade lagringsskyldigheterna som utredningen föreslår är inte heller så omfattande och betydande som de kan framstå. Ett förslag är till exempel att ta bort lagringsskyldigheten avseende vissa uppgifter som rör fast telefoni och IP-telefoni, men även om lagringsskyldigheten tas bort för vissa uppgifter gällande dessa tjänster kommer många uppgifter ändå fortsätta vara åtkomliga för berörda myndigheter eftersom de sparas av operatörerna som grund för fakturering. Dessutom är fast telefoni en mycket liten och ständigt krympande marknad som oftast bara utgör någon enstaka procent av en operatörs sammanlagda verksamhet, vilket betyder att de avskaffade lagringsskyldigheterna endast skulle omfatta en förhållandevis minimal grupp av abonnenter.

Sammantaget kan det nya förslaget om lagringsregler liknas vid ”kejsarens nya kläder” – en innovation utan förnyelse. Det går inte att hitta några väsentliga eller avgörande skillnader mellan de nuvarande regler som EU-domstolen bedömt som oförenliga med EU-rätten och de nya regler som föreslås i utredningen. Enligt Bahnhof råder det ingen tvekan om att EU-domstolen skulle bedöma de föreslagna reglerna på precis samma sätt som de nuvarande.

Det naturliga för utredarna hade varit att även inkludera EU-domstolens resonemang om riktad lagring som domstolen även hänvisade till i Digital Rights-domen. Men på samma sätt som de brottsbekämpande myndigheterna vägrar att ens diskutera en lösning med riktad lagring avstår även utredarna från att undersöka frågan ytterligare. Som skäl anges ett märkligt resonemang om ”obiter dicta”, med innebörd att EU-domstolens anvisning om riktad lagring nog inte är så allvarligt menad. Enligt Bahnhof finns det inget som tyder på att EU-domstolens anvisningar om riktad lagring inte skulle vara menade att tas på allvar. Resonemanget om ”obiter dicta” framstår därför endast som ett svepskäl för att undvika ämnet och därmed slippa konfrontation med de myndigheter som tycks motsätta sig riktad lagring av principskäl. Att frågan om riktad lagring inte utreds närmare är enligt Bahnhof ännu en allvarlig brist som går väl i linje med utredningens övriga ofullständighet.

### **Inhämtning av s.k. abonnentuppgifter enligt LEK**

När det gäller inhämtning av s.k. abonnemangsuppgifter enligt LEK föreslår utredarna inga förändringar av nuvarande regler. Det innebär alltså att polisen och andra myndigheter ska fortsätta kunna begära ut uppgifter, t.ex. om vem som haft ett visst IP-nummer vid ett visst tillfälle, och på så sätt enkelt kartlägga vem som besökt en viss webbsida eller vem som har skickat chatmeddelanden via någon webbtjänst – helt utan krav på föreliggande misstanke om allvarlig brottslighet, eller ens att de uppgifter som begärs ut gäller en person som är misstänkt för brott.

Mot bakgrund av EU-domstolens uttalanden om de krav som ska gälla för myndigheters tillgång till lagrade uppgifter framstår utredningens förslag om helt kravlös tillgång till abonnemangsuppgifter som minst sagt märkligt. Utredningen motiverar sitt ställningstagande med att EU-domstolens uttalande inte gäller abonnemangsuppgifter, utan endast ”trafikuppgifter” och ”lokaliseringsuppgifter”. Liknande resonemang har framförts i den pågående rättsprocessen mellan Bahnhof och PTS om utlämning av abonnemangsuppgifter enligt de nuvarande reglerna. Utredarna går t.o.m. så långt som att påstå att de artiklar i EUs direktiv 2002/58 (ePrivacy-direktivet) som ligger till grund för EU-domstolens dom inte gäller abonnemangsuppgifter och att dessa uppgifter därför inte omfattas någon tystnadsplikt.

Bahnhof menar att utredarnas resonemang om abonnemangsuppgifterna bygger på en begreppsexercis utan förankring i berörda EU-regler som enbart är ämnad att förvirra. Begreppet abonnemangsuppgift finns inte i definierat i ePrivacy-direktivet utan är ett begrepp som återfinns i LEK och härstammar från den gamla telelagen och dessförinnan de särskilda regler som gällde för Televerket. När utredarna påstår att EU-domstolens dom inte gäller abonnemangsuppgifter tycks deras slutledning bygga på att begreppen ”trafikuppgifter” och ”lokaliseringsuppgifter” enbart kan syfta till uppgifter som redan benämns med just dessa begrepp, och att författarnas uteblivna användning av det delvis synonyma begreppet ”abonnemangsuppgifter” innebär att dessa inte behöver

regleras. En barnslig logik som krystats fram med medveten och utstuderad naivitet. Men för EU-domstolen är det oviktigt hur en viss uppgift klassificeras och betecknas i svensk lagstiftning, och i ett EU-rättsligt sammanhang är det därför helt irrelevant om en IP-adress är en "abonnemangsuppgift" eller inte. Det viktiga är om uppgiften kan klassificeras som en konfidentiell personuppgift som i sådana fall ska skyddas enligt ePrivacy-direktivet och inte får röjas eller lämnas ut till myndighet på andra villkor än de som redovisas i artikel 15.1 i ePrivacy-direktivet. Enligt Bahnhof är det uppenbart att en IP-adress bör betraktas som en i direktivet definierad trafikuppgift.

Ett huvudsyfte med ePrivacy-direktivet är att skydda rätten till integritet och konfidentialitet vid behandling av personuppgifter i samband med elektronisk kommunikation (artikel 1.1 och 5.1 i ePrivacy-direktivet). En begäran från en myndighet att få ut uppgifter om vem som haft ett visst IP-nummer vid ett visst tillfälle eller andra uppgifter som kan härledas till en viss persons kommunikation via data- eller teletjänster innebär en anmodan om att lämna ut en konfidentiell personuppgift. Redan sett till det övergripande syftet med ePrivacy-direktivet borde det alltså stå klart att den typen av begäran från myndigheter måste prövas enligt EU-domstolens krav.

Skyddet av "trafikuppgifter" och "lokaliseringssuppgifter" motiveras givetvis av det faktum att de kan härledas till en enskild person - utan någon sådan koppling finns det ingen anledning att skydda uppgifterna eller för en myndighet att begära ut dem. Bahnhof förmodar att detta förhållande varit en självklarhet för både författarna till ePrivacy-direktivet och ledamöterna i EU-domstolen utan att detta uttryckligen måste påpekas i definitioner eller överväganden. En begäran från myndighet att få uppgifter om vilken abonnent som vid ett visst tillfälle har haft en viss IP-adress bör enligt Bahnhof därför behandlas på samma sätt som en begäran om uppgifter om vilken IP-adress en viss abonnent utnyttjat vid vissa tillfällen. I båda fallen gäller myndighetens begäran en enskilds abonnents aktiviteter på internet vilka i enlighet med EU-domstolens dom endast får lämnas ut i samband med bekämpning av grov brottslighet efter en oberoende myndighets förhandsgranskning.

Enligt Bahnhof är det hög tid att mönstra ut begreppet abonnemangsuppgift ur den svenska lagstiftningen som obsolet och obehövt. Som tidigare framhållits saknar begreppet någon direkt motsvarighet inom EU-rätten, vilket resulterar i förvirring när begreppet ska tolkas i ett EU-rättsligt sammanhang. Enligt LEK kan s.k. abonnemangsuppgifter inhämtas av brottsbekämpande myndigheter "vid misstanke om brott" utan förhandsprövning av utomstående myndighet, men någon närmare definition av begreppet finns inte i svensk lag. Idag tycks begreppet abonnemangsuppgift endast ha ett värde för dem som i så stor utsträckning som möjligt vill undvika förhandsprövning av domstol eller annan oberoende myndighet i samband med en begäran om uppgifter som rör enskilda abonnenters aktiviteter på internet. Begreppet har blivit ett verktyg för att kringgå lagen och tillgängliggöra konfidentiella personuppgifter utanför en brottsutredningskontext – ett intresse som enligt Bahnhof inte är särskilt skyddsvärt.