



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Juridiska institutionen

Göteborg 2023-11-01

Finansdepartementet

REMISSYTTRANDE

Inledning

Juridiska institutionen, Göteborgs universitet har fått i uppdrag att avge yttrande avseende betänkandet *Datalagring och åtkomst till elektronisk information*, SOU 2023:22. Betänkandet behandlar en mängd aspekter av lagring av, och åtkomst till, olika typer av data. Institutionens synpunkter fokuserar på vissa frågor rörande själva datalagringen, och hur utredningens lagförslag förhåller sig till EU-rättens krav vad gäller generell och riktad lagring.

Kortfattat kan sägas att huvudregeln enligt EU-rätten är att användare av elektroniska kommunikationsmedel i princip ska kunna förvänta sig att deras kommunikation förblir anonym, om de inte uttryckligen har samtyckt till något annat. Denna rättighet kan emellertid inskränkas. Av EU-domstolens praxis följer att medlemsstaterna, på vissa villkor, får kräva att data ska lagras. Denna data får sedan användas bland annat för att bekämpa brottslighet och skydda den nationella säkerheten. Vad gäller bekämpande av brottslighet ska det handla om grov brottslighet eller allvarliga hot mot den allmänna säkerheten. Generell och odifferentierad lagring är i princip inte tillåtet. Utgångspunkten är att lagringen ska vara riktad, tidsbegränsad, och bara ske i den omfattning som är strängt nödvändig. Baserat på objektiva och icke-diskriminerande faktorer ska lagringen vara avgränsad genom de kategorier av personer som berörs eller genom ett geografiskt kriterium. Vad gäller nationell säkerhet tillåts en generell och odifferentierad lagring, under en begränsad tidsperiod, förutsatt att lagringen är proportionell, och att beslutet om lagring kan bli föremål för effektiv kontroll av en domstol eller annan oberoende myndighet. Skälet till att en mer omfattande lagring tillåts för att skydda den nationella säkerheten är att detta mål anses viktigare än målet att bekämpa grov brottslighet.

I betänkandet föreslås att möjligheten att kräva lagring i syfte att bekämpa grov brottslighet regleras i en lag (Lag om lagring av uppgifter om elektronisk kommunikation i syfte att bekämpa grov brottslighet), och att möjligheten att kräva lagring i syfte att skydda den nationella säkerheten regleras i en annan lag (Lag om lagring och åtkomst till uppgifter om elektronisk kommunikation i syfte att skydda Sveriges säkerhet). Förstnämnda lag tillåter två typer av lagring: ”geografiskt riktad lagring” och ”utökad riktad lagring”. Sistnämnda lag möjliggör generell och odifferentierad lagring, så kallad ”nationell säkerhetslagring”. I det följande kommer vi att fokusera på den geografiskt riktade lagringen och den nationella säkerhetslagringen (den utökade riktade lagringen kan betraktas som ett komplement till den geografiskt riktade lagringen och kommer inte att beröras ytterligare i det här remissvaret).

Juridiska institutionen bedömer att den geografiskt riktade lagringen troligen kommer att få en större omfattning än vad EU-rätten tillåter. Vi menar också att det finns ett behov av att förtydliga tillämpningsområdet för den nationella säkerhetslagringen. Skälen för dessa bedömningar utvecklas i det följande.

Geografiskt riktad lagring

Enligt det ovan nämnda lagförslaget ska den geografiskt riktade lagringen avse ”de kommuner där antalet brottsanmälningar är samma eller högre än genomsnittet i landet” (3 §). Beräkningen ska grunda sig på ”den slutliga årsstatistiken över anmälda brott” och ska göras ”utifrån ett genomsnitt av anmälda brott delat med befolkningmängden under den treårsperiod som föregår lagringsskyldigheten” (3 §).

När det gäller frågan om hur den föreslagna regleringen förhåller sig till EU-rätten har utredaren framför allt tagit fasta på vad EU-domstolen uttalade i SpaceNet-domen (C-793/19 och C-794/19) om möjligheten att grunda riktade lagringsåtgärder på ett ”geografiskt kriterium”. Följande två stycken i domen är av särskild relevans:

108. En riktad lagringsåtgärd av trafik- och lokaliseringssuppgifter kan, beroende på den nationella lagstiftarens val och med strikt iakttagande av proportionalitetsprincipen, även grundas på ett geografiskt kriterium när behöriga nationella myndigheter på grundval av objektiva och icke-diskriminerande faktorer, bedömer att det i ett eller flera geografiska områden finns en förhöjd risk för förberedelse eller genomförande av grov brottslighet. Dessa områden kan bland annat utgöras av platser som utmärks av att det där begås ett stort antal allvarliga brott, platser vilka är särskilt utsatta med avseende på grov brottslighet, såsom platser och infrastruktur som regelbundet besöks eller nyttjas av ett stort antal personer, eller strategiskt viktiga platser, såsom flygplatser, järnvägsstationer, kustområden och vägtullstationer (dom av den 5 april 2022, *Commissioner of An Garda Síochána m.fl.*, C-140/20, EU:C:2022:258, punkt 79 och där angiven rättspraxis).

109. Det ska understrykas att behöriga nationella myndigheter, i fråga om de områden som avses i föregående punkt, enligt denna rättspraxis kan vidta en riktad lagringsåtgärd som grundar sig på ett

geografiskt kriterium, såsom bland annat den genomsnittliga graden av brottslighet inom ett geografiskt område, utan att de nödvändigtvis har några konkreta indikationer på att allvarliga brott håller på att förberedas eller begås i de berörda områdena. I och med att en riktad lagring som grundar sig på ett sådant kriterium, beroende på den grova brottslighet som avses och situationen i respektive medlemsstat, kan beröra både platser som kännetecknas av ett stort antal allvarliga brott och platser som är särskilt utsatta ur brottssynpunkt, är den i princip inte heller av sådan art att den kan ge upphov till diskriminering, eftersom kriteriet avseende den genomsnittliga graden av allvarlig brottslighet i sig inte har något samband med potentiellt diskriminerande omständigheter (dom av den 5 april 2022, *Commissioner of An Garda Síochána m.fl.*, C-140/20, EU:C:2022:258, punkt 80).

Det är tydligt att domstolen menar att riktade lagringsåtgärder får ta sikte på ett eller flera ”geografiska områden”. Det är också tydligt att det inte behöver finnas några ”konkreta indikationer på att allvarliga brott håller på att förberedas eller begås”. Åtgärderna får baseras på ”den genomsnittliga graden av brottslighet” i området. Dessa uttalanden kan sättas i relation till lagförslaget. Förslaget innebär att lagring ska kunna ske i vissa geografiska områden, nämligen vissa kommuner. Det innebär också att lagringsåtgärder ska baseras på ett genomsnitt av anmälda brott. Så långt uppfyller förslaget de krav som EU-rätten ställer.

Men det är också tydligt att domstolen menar att datalagring allmänt sett är ett allvarligt intrång i de rättigheter som användare av elektroniska kommunikationsmedel har, eftersom man utifrån de lagrade uppgifterna kan dra mycket precisa slutsatser om personernas privatliv (punkt 61). Möjligheten att lagra data utgör enligt domstolen ett undantag som ska tolkas restriktivt (punkt 57 och 74). Liksom vid annan typ av lagring får lagringsåtgärder som baseras på ett geografiskt kriterium bara vidtas med ett ”strikt iakttagande av proportionalitetsprincipen” (punkt 108). I de ovan citerade styckena utvecklar inte domstolen i någon större utsträckning vad som menas med ett ”geografiskt område”. Men man talar bland annat om ”platser som utmärks av att det där begås ett stort antal allvarliga brott”, och ”strategiskt viktiga platser”, exempelvis flygplatser och järnvägsstationer.

Av betänkandet framgår att med den typ av beräkning som lagförslaget föreskriver, baserat på åren 2020–2022, skulle 132 av landets 290 kommuner, samt 7,3 miljoner av Sveriges 10,4 miljoner invånare, omfattas av geografiskt riktad lagring (s. 261). Lagringen skulle bland annat omfatta invånarna i landets tre största kommuner: Stockholm, Göteborg och Malmö. Detta är inte samma sak som en generell och odifferentierad lagring. Men det är en mycket omfattande lagring, som skulle omfatta drygt 70% av befolkningen. Mängder av människor, som inte har någon som helst koppling till brottslighet, kommer att få sina uppgifter lagrade. Lagförslaget synes innebära ett system där lagring i praktiken kommer att utgöra huvudregel snarare än undantag. Mot bakgrund av detta finns det anledning att tro att den lagring som regleringen möjliggör är mer omfattande och odifferentierad än vad EU-rätten tillåter.

Juridiska institutionen har förståelse för att de brottsbekämpande myndigheterna har behov av en så stor lagring som möjligt för att effektivt kunna bekämpa grov brottslighet. Det kan vara svårt att hitta lämpliga sätt att ytterligare avgränsa de områden som skulle kunna bli föremål för geografiskt riktad lagring. Och om lagringen blir för begränsad finns det risk att den inte blir särskilt användbar som redskap i brottsbekämpningen. Det finns också andra rättsliga aspekter än de som EU-domstolen uttalat sig om i ovan nämnda dom. Domstolen fokuserar på rättighetsskyddet för användarna av

elektroniska kommunikationsmedel. Men som påpekas i betänkandet finns det även ett rättighetsskydd som avser de personer som blir utsatta för grov brottslighet. Vilka typer av intrång som kan göras i vissa rättigheter för att upprätthålla skyddet av andra rättigheter, utifrån de regler som finns i EU-rätten, annan internationell rätt och svensk konstitutionell rätt, är en svår bedömningsfråga. Juridiska institutionen har inte gjort någon sådan bedömning i det här remissvaret. Bedömningen ovan tar enbart sikte på huruvida lagförslaget är förenligt med den uttolkning av EU-rätten som EU-domstolen gjort i de domar som betänkandet tar upp.

Nationell säkerhetslagring

I La Quadrature du Net-domen (C-511/18, C-512/18 och C-520/18) uttalade EU-domstolen att skyddet av den nationella säkerheten handlar om att ”skydda statens väsentliga funktioner och samhällets grundläggande intressen och inbegriper förebyggande och beivrande av verksamhet som allvarligt kan störa de grundläggande konstitutionella, politiska, ekonomiska eller sociala strukturerna i ett land och i synnerhet direkt hota samhället, befolkningen eller staten som sådan, såsom bland annat terrorverksamhet” (punkt 135). Enligt domstolen är skyddet av den nationella säkerheten ett viktigare mål än att bekämpa grov brottslighet (punkt 136). Av denna anledning tillåts mer långtgående ingrepp i de grundläggande rättigheterna, nämligen en generell och odifferentierad lagring (punkt 137). En sådan åtgärd får dock bara vidtas om det ”föreligger tillräckligt konkreta omständigheter för att anse att den berörda medlemsstaten står inför ett ... allvarligt hot mot nationell säkerhet ... beträffande vilket det är visat att det är verkligt och aktuellt eller förutsebart” (punkt 137). Åtgärden ska vara tidsbegränsad och proportionerlig, och det ska finnas en effektiv kontroll av en domstol eller annan oberoende myndighet (punkt 137–139). Enligt domstolen är det viktigt att det säkerställs att åtgärden ”de facto är begränsad till situationer där det föreligger ett allvarligt hot mot nationell säkerhet” (punkt 139).

Lagförslaget i betänkandet har utformats för att uppfylla ovan nämnda krav. Säkerhetspolisen ska få meddela föreläggande om nationell säkerhetslagring, det vill säga en generell och odifferentierad lagring (2 §). Föreläggandet ska gälla i högst ett år, men kan förlängas (2 §). Denna typ av lagring ska bara få ske om det föreligger ”ett allvarligt hot mot Sveriges säkerhet”, och hotet måste vara ”verkligt och aktuellt eller förutsebart” (2 §). Vidare ska ett föreläggande bara få meddelas när det är ”absolut nödvändigt för att skydda Sveriges säkerhet”, och måste begränsas till vad som är ”absolut nödvändigt för syftet med lagringen” (3 §). Ett offentligt ombud ska övervaka enskildas intressen (4 §), och ombudet ska ha möjlighet att överklaga Säkerhetspolisens beslut till Säkerhets- och integritetsskyddsmyndigheten (8 §). Om beslutet överklagas ska myndigheten pröva om det ska fastställas eller upphävas (10 §).

Eftersom generell och odifferentierad lagring innebär ett långtgående ingrepp i grundläggande rättigheter anser Juridiska institutionen att det bör vara så tydligt som möjligt när sådana åtgärder får vidtas. Som beskrivits ovan får Säkerhetspolisen meddela föreläggande om det föreligger ”ett allvarligt hot mot Sveriges säkerhet”, och hotet måste vara ”verkligt och aktuellt eller förutsebart”. Den centrala frågan blir då när ett sådant hot kan anses föreligga.

I betänkandet noteras att det varken i nationell eller internationell rätt finns någon tydlig definition av uttrycket ”nationell säkerhet” (s. 182). Betänkandet hänvisar bland annat till den svenska nationella säkerhetsstrategin som publicerades 2017. Strategin utgår från ett antal brett definierade mål för svensk säkerhet. Det kan handla om militära hot, men även om exempelvis terrorism, organiserad brottslighet, hälsohot och klimatförändringar. Att uttrycken nationell och internationell säkerhet ges allt vidare definitioner är också tydligt på internationell nivå, bland annat i FN:s arbete för att främja ”internationell fred och säkerhet”. Som beskrivits ovan har EU-domstolen i viss utsträckning definierat uttrycket ”nationell säkerhet”, men definitionen är av mycket övergripande karaktär.

Att varken i författningstexten eller i betänkandet ge rättstillämparen någon större ledning för bedömningen av vad som kan anses utgöra ”ett allvarligt hot mot Sveriges säkerhet”, och när ett sådant hot kan anses ”verkligt och aktuellt eller förutsebart”, verkar vara ett medvetet val. I betänkandet anges att det ”inte med någon större säkerhet [går] att förutse vilka företeelser som kan komma att innebära ett hot mot den nationella säkerheten”, och att det ”rimligen [måste] vara den behöriga myndigheten som, på ett så komplett underlag som möjligt, avgör om det finns tillräckligt konkreta omständigheter för att anse att det finns ett allvarligt och verkligt hot” (s. 187). Att det ska finnas ett så komplett underlag som möjligt verkar rimligt. Men underlaget utgör de faktiska omständigheterna, och ger i sig ingen ledning för hur rättsregeln ska tolkas.

Juridiska institutionen har förståelse för, å ena sidan behovet av att möjliggöra lagring för att skydda den nationella säkerheten, å andra sidan svårigheterna med att beskriva gränserna för när sådan lagring ska tillåtas. Samtidigt anser vi att det kan vara problematiskt att lämna frågan om vad som utgör ”ett allvarligt hot mot Sveriges säkerhet” för öppen. Som beskrivits ovan ges uttrycket ”nationell säkerhet” ofta en mycket vid definition, som kan inkludera en mängd olika typer av situationer. Mot bakgrund av detta kan det vara svårt att veta vilka situationer som ska betecknas som ett hot mot Sveriges säkerhet. Det kan också vara svårt att veta hur allvarligt ett hot måste vara för att det ska utgöra ett ”allvarligt hot” enligt den föreslagna lagen. Otydligheterna gäller både för Säkerhetspolisen, när föreläggande ska meddelas, och för Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden, när Säkerhetspolisens beslut ska prövas. För att skapa bättre förutsebarhet, och för att säkerställa att generell och odifferentierad lagring inte används i fler situationer än vad EU-rätten tillåter, anser Juridiska institutionen att det vore önskvärt att ge rättstillämparen ytterligare ledning för bedömningen av när det kan anses föreligga ett allvarligt hot mot den nationella säkerheten.

Yttrandet är upprättat av professor Joachim Åhman.

I tjänsten

Mikael Baaz

Prefekt