

WILHELM DAHLBORN
JURIDISK BYRÅ

Kammarrätten i Stockholm
Box 2302
103 17 Stockholm

Inges till Förvaltningsrätten i Stockholm via e-post forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Stockholm den 6 februari 2018

Överklagande och begäran om inhibition

Klagande: Bahnhof AB, Box 7702, 103 95 Stockholm

Ombud: jur kand Wilhelm Dahlborn, Tyra Lundgrens väg 5, 134 40 Gustavsberg

Motpart: Post- och telestyrelsen ("PTS") , Box 5398, 102 49 Stockholm

Överklagat beslut: Förvaltningsrättens i Stockholm dom 2018-01-19, mål nr 6895-16

Saken: Vitesföreläggande enligt 7 kap 5 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation ("LEK"); fråga om utlämnande av uppgifter om abonnemang.

I egenskap av ombud för Bahnhof AB ("Bahnhof") får jag anföra följande.

Yrkanden

1. Bahnhof yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd i målet och, med ändring av förvaltningsrättens dom, upphäver PTS föreläggande mot Bahnhof, åtminstone såvitt avser uppgifter om abonnemang där begäran om uppgifter antingen gäller ip-adresser som kan härledas till en viss abonnent eller vem som haft ett abonnemang till vilket en viss ip-adress kan härledas vid ett visst tillfälle. Bahnhof återkallar sitt tidigare framförda andrahandsyrkande.

Yrkandet ovan innebär ett förtydligande av det yrkande som Bahnhof framfört i förvaltningsrätten. Avsikten med förtydligandet är att anpassa yrkandet till den vanligaste typen av förfrågningar som Bahnhof mottar från i första polisen, nämligen vem som haft ett abonnemang till vilken en viss ip-adress kan härledas vid ett visst tillfälle.

2. Bahnhof yrkar att kammarrätten inhämtar förhandsavgörande av EU-domstolen i fråga om svenska myndigheters rätt att inhämta s.k. abonnemangsuppgifter enligt 6 kap 22 § punkten 2 LEK, särskilt ip-adresser och uppgift om vem som haft ett abonnemang till vilket en viss ip-adress kan härleda vid ett visst tillfälle, och andra uppgifter som enligt förvaltningsrätten är

att anse som abonnemangsuppgifter, är förenliga med artikel 15.1 direktiv 2002/58/EG med beaktande av artiklarna 7, 8 och 52.1 i EUs stadga om de grundläggande rättigheterna ("Stadgan") i ljuset av EU-domstolens domar C 293/12 och C 203/15.

3. Bahnhof yrkar - med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen – att kammarrätten beslutar att föreläggandet tills vidare inte ska gälla, i första hand i avvaktan på att kammarrätten tagit slutlig ställning till Bahnhofs överklagande, och, i andra hand, åtminstone tills det föreligger ett förhandsavgörande från EU-domstolen om ett sådant inhämtas.

Grunder för överklagandet

Allmänt

Bahnhof anser att det inledningsvis finns anledning att göra en del allmänna anmärkningar när det gäller förvaltningsrättens dom och handläggning av målet.

För det första konstaterar Bahnhof att förvaltningsrätten i sin dom kommer till ett resultat som är rakt motsatt det som förvaltningsrätten kom fram till i sitt interimistiska beslut 2017-05-05. Utan att underlaget för förvaltningsrättens dom, framför allt EU-domstolens dom i december 2016, har ändrats, har de förhållanden som förvaltningsrätten en gång ansåg innebära "en tämligen hög sannolikhet" för att Bahnhofs överklagande skulle bifallas i domen förvandlats till "att det inte går att dra slutsatsen att de svenska bestämmelserna om utlämnande av abonnemangsuppgifter står i strid med EU-rätten" (sid 16 i förvaltningsrättens dom). Någon närmare förklaring till denna helomvändning från förvaltningsrättens sida går inte att finna i domen.

För det andra konstaterar Bahnhof att det är uppenbart att förvaltningsrätten, utan att det utsägs klart i domen, har tagit mycket starkt intryck av de resonemang och slutsatser som redovisats i utredningen SOU 2017:75 som presenterades 2017-10-11. I utredningen påstås bl.a. att abonnemangsuppgifter inte omfattas av EU-domstolens dom och att inte heller en proportionalitetsprövning medför att de svenska reglerna för inhämtning av abonnemangsuppgifter strider mot EU-rätten. Förvaltningsrättens domskäl framstår här som en blek men trogen kopia av utredningens slutsatser utan någon närmare prövning av de argument som talar mot dessa slutsatser.

För det tredje konstaterar Bahnhof att förvaltningsrätten efter det att utredningen presenterades tycks ha haft viss brådska att meddela dom. I sammanhanget bör nämnas att målet hos förvaltningsrätten anhängiggjordes 2016-04-06, att förvaltningsrätten meddelade sitt interimistiska beslut 2017-05-05 och att Bahnhofs senaste kontakt med förvaltningsrätten var ett yttrande som Bahnhof skickade till förvaltningsrätten 2017-06-07. Enligt Bahnhofs mening borde förvaltningsrätten ha kunnat meddela dom i målet långt tidigare än den tidpunkt då utredningen presenterades. Mot bakgrund av likheterna i utredningens slutsatser och förvaltningsrättens dom får nu Bahnhof det bestämda intrycket av att förvaltningsrätten – utan att höra Bahnhofs eller PTS åsikt - väntat med att meddela dom till dess att utredningen hade publicerats. Förvaltningsrätten kan möjligen inte klandras för att man tagit intryck av utredningen, men man kunde i så fall ha avvaktat remisstiden för att få en så allsidig belysning av de aktuella frågorna som knappast kan betraktas som okontroversiella. Bahnhof finner det också märkligt att vare sig Bahnhof eller PTS erbjudits tillfälle att slutföra sin talan i målet i förvaltningsrätten. Om förvaltningsrätten tagit så starkt intryck av

utredningen 2017:75 att man var beredd att helt ändra sin uppfattning i fråga om EU-domen räckvidd jämfört med det interimistiska beslutet så borde man också ha gett parterna möjlighet att inför en dom uttrycka sin uppfattning om utredningen. Ett ytterligare skäl att ge parterna tillfälle att slutföra sin talan är att PTS expert i utredningen ansett det nödvändigt att uttrycka sin avvikande mening i ett särskilt yttrande och i detta framfört en väsentligt annan uppfattning än den PTS framfört i målet. Det sistnämnda förhållandet borde åtminstone ha föranlett förvaltningsrätten att ge PTS möjlighet att förtydliga sin talan i målet.

Mot bakgrund av det som sagts ovan och den övriga kritik som kan riktas mot förvaltningsrättens dom när det gäller den ensidiga och okritiska attityd som förvaltningsrätten antagit i förhållande till en av regeringen utsedd utredning finns det enligt Bahnhof skäl att ifrågasätta om förvaltningsrätten uppfyllt de krav på integritet och självständighet som avses i 11 kap 3 § regeringsformen.

Förvaltningsrättens felaktiga tolkning av EU-domstolens dom i det s.k. Tele2-målet

Bahnhof anser att förvaltningsrätten gjort en felaktig tolkning av EU-domstolens dom i det s.k. Tele2-målet och därmed förutsättningarna för att lämna ut abonnemangsuppgifter, särskilt när det gäller uppgift om ip-adresser och uppgifter om abonnent till vilken en viss ip-adress kan härledas.

De regler som ligger till grund för EU-domstolens dom är direktivet 2002/58, det s.k. Eprivacy-direktivet. Det är också detta direktiv och EU-domstolens uttolkning av detta direktiv i Tele2-målet som ligger till grund för Bahnhofs talan i målet.

Förvaltningsrätten påstår – i likhet med utredningen SOU 2017:75 – i sin dom att abonnemangsuppgifter såsom begreppet tolkats av svenska myndigheter – inte omfattas av EU-domstolens dom till skillnad mot ”de mer integritetskänsliga trafik- och lokaliseringssuppgifterna”. Förvaltningsrättens – liksom utredningens - påstående saknar grund i EU-domstolens dom och kan kort och gott avvisas som felaktigt. Om EU-domstolen avsett att utesluta abonnemangsuppgifter från domens omfattning hade man klagat på detta i domen. Förvaltningsrättens felaktiga tolkning gäller i synnerhet uppgifter om vilka ip-adresser som kan härledas till en specifik abonnent och uppgifter om vilka abonnenter till vilka en viss ip-adress kan härledas vid en viss tidpunkt. Bahnhof hänvisar här till de argument som Bahnhof framfört i yttrande till förvaltningsrätten 2017-06-07. Som ytterligare argument för att förvaltningsrätten påstående är felaktigt vill Bahnhof anföra följande.

Bahnhof menar att förvaltningsrättens resonemang om de abonnemangsuppgifterna bygger på en begreppsexercis utan förankring i berörda EU-regler och som är ägnad att förvirra. Begreppet abonnemangsuppgift finns inte i definierat i Eprivacy-direktivet utan är ett begrepp som återfinns i LEK och vars ursprung härstammar från den gamla telelagen och dessförinnan i de särskilda regler som gällde för Televerket. När förvaltningsrättens påstår att EU-domstolens dom inte gäller s.k. abonnemangsuppgifter så tycks denna slutledning bygga på att författarna till Eprivacy-direktivet och EU-domstolen noga har studerat det svenska begreppet abonnemangsuppgifter och i direktivet och i domen bestämt sig för att inte reglera denna typ av uppgifter. Så är givetvis inte fallet. Ur ett EU-perspektiv är det ointressant hur en viss uppgift klassificeras och betecknas i svensk lagstiftning. Frågan om t.ex. en ip-adress är en ”abonnemangsuppgift” eller inte är således irrelevant i ett EU-rättsligt sammanhang. Det viktiga är om uppgiften kan klassificeras som en konfidentiell personuppgift som ska skyddas

enligt E-privacydirektivet och som därför inte ska röjas eller lämnas ut till myndighet på andra villkor än de som gäller enligt de särskilda reglerna i artikel 15.1 direktivet som de uttolkats av EU-domstolen. Enligt Bahnhof ligger det närmast till hans att anse att en ip-adress utgör en i direktivet definierad trafikuppgift, alltså en uppgift ”som behandlas i syfte att överföra en kommunikation via ett elektroniskt kommunikationsnät eller för att fakturera den”.

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 uppgift om t.ex. vem som vid ett visst tillfälle haft ett visst ip-nummer eller annars få ut uppgifter som kan härledas till en viss persons kommunikation via data- eller teletjänster innebär att en anmodan om att lämna ut en konfidentiell personuppgift. Redan utifrån syftet med Eprivacy-direktivet borde det alltså stå klart att sådan begäran från myndighet måste prövas enligt EU-domstolens krav. För det andra; den reglering av skyddet för ”trafikuppgifter” och ”lokaliseringssuppgifter” gäller givetvis uppgifter som kan härledas till en enskild person. Utan någon sådan koppling finns det ingen anledning att skydda uppgifterna eller för en myndighet att begära ut uppgifter. Bahnhof förmodar att detta förhållande varit en självklarhet för båda 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 uppgift om vilken abonnent som vid ett visst tillfälle har haft en viss ip-adress bör därför behandlas på samma sätt som en begäran om att få uppgift om vilka ip-adress en viss abonnent utnyttjat vid vissa tillfällen. I båda fallen gäller myndighetens begäran om uppgifter om en enskilds abonnents aktiviteter på Internet som skyddas av Eprivacy-direktivet som konfidentiella trafikuppgifter och som i enlighet med EU-domstolens dom endast kan lämnas ut i samband med bekämpning av grov brottslighet och efter oberoende myndighets förhandsgranskning.

Dessutom; genom domen C 293/12 (Digital Rights-domen) ogiltigförklarade EU-domstolen direktivet 2006/24 (datalagringsdirektivet). Direktivet avsåg lagring av bl.a. sådana uppgifter som förvaltningsrätten anser vara abonnentuppgifter. Om EU-domstolen ansett att uppgifter av typen abonnentuppgifter inte hade varit tillräckligt integritetskänsliga så borde man rimligen ha begränsat ogiltigförklarandet av direktivet till att gälla andra typer av lagrade data. Så skedde inte.

Om förvaltningsrättens tolkning av EU-domstolens dom vore riktig när det gäller inhämtning av abonnentuppgifter, så borde EU-domstolens dom rimligen tolkas på motsvarande sätt även när det gäller den generella lagringsskyldigheten. När det gäller lagring av abonnentuppgifter skulle således skyldighet att lagra sådana uppgifter inte strida mot EU-rätten. Slutsatsen av förvaltningsrättens resonemang skulle därmed bli att kammarrätten dragit fel slutsatser av EU-domstolens dom och dömt fel i målet 7380-14 mellan Tele2 och PTS eftersom man upphävt PTS föreläggande såvitt avser skyldigheten att lagra även abonnentuppgifter. Bahnhof konstaterar att inte ens PTS har hävdat att kammarrättens dom skulle vara felaktig.

Förvaltningsrättens proportionalitetsprövning

Enligt Bahnhof är det inte nödvändigt att göra någon särskild proportionalitetsprövning vad avser inhämtning av abonnentuppgifter utöver den som EU-domstolen gjort i sin dom. Om Bahnhof's uppfattning skulle visa sig felaktig ska en prövning göras. Den prövning som gjorts av förvaltningsrätten bygger till stor del på felaktiga uppgifter och är till stor del en illa

dold kopia av motsvarande prövning som gjort i utredningen SOU 2017:75.

När det gäller brister i förvaltningsrättens prövning vill Bahnhof särskilt peka på följande.

1. En prövning ska inte ta särskild hänsyn till statens ansvar för att skydda ”enskildas privatliv och personliga integritet”. Statens intresse av att bekämpa brott är redan den naturliga utgångspunkten vid en proportionalitetsprövning i det här sammanhanget. Att ytterligare väga in statens intresse gentemot enskilda vore detsamma som att väga in samma intresse två gånger i samma prövning.

I likhet med utredningen hänvisar förvaltningsrätten till rättsfallet från Europadomstolen K.U. mot Finland. På samma sätt som utredningen misstolkar förvaltningsrätten innebörden av domen i målet. Kritiken mot Finland gällde inte möjligheten att inhämta lagrade uppgifter utan avsaknaden av regler i stort som gjorde det möjligt att göra en avvägning mellan intresset av integritet och intresset av brottsbekämpning, se p 49 i domen.

Förvaltningsrätten påstår på nytt att abonnemangsuppgifter ”typiskt sett är mindre integritetskänsliga än t.ex. trafik- och lokaliseringssuppgifter”. Bahnhof konstaterar att förvaltningsrätten saknar grund för sitt uttalande, i synnerhet när det är fråga om ip-adresser, och hänvisar till vad Bahnhof redan har anfört i sitt yttrande 2017-06-07.

Förvaltningsrättens prövning består i att man – med hänvisning till ett rättsfall – konstaterar att Sverige är skyldigt att ha regler som gör det möjligt att inhämta lagrade uppgifter, särskilt när det gäller brott mot barn, och att abonnentuppgifter inte är värda särskilt mycket ur integritetssynpunkt. Med dessa utgångspunkter är det inte svårt att gissa sig till resultatet av förvaltningsrättens prövning. Som Bahnhof har anfört bygger prövningen på felaktiga premisser, både när det gäller fakta och sättet för prövning.

Enligt Bahnhof ska en proportionalitetsprövning innebära en prövning av om åtgärderna a) är ägnade att uppfylla de mål som eftersträvas och b) inte går utöver vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå de eftersträvalda målen. När det gäller a) är det inte tillräckligt att hävda att åtgärderna syftar till att bekämpa brott i största allmänhet. Man måste också kunna visa att åtgärderna även är effektiva. När det gäller b) måste en prövning göras utifrån i första hand artiklarna 7 och 8 i EUs rättighetsstadga. En sådan prövning kan inte göras utan att man väger risker och nytta mot varandra med avseende på den åtgärd som ska prövas. Enligt Bahnhof försöker inte ens förvaltningsrätten visa varför inhämtning av abonnentuppgifter, särskilt ip-adresser och uppgifter om abonnenter till vilka en viss ip-adress kan härledas vid ett visst tillfälle ska kunna ske utan föregående prövning av oberoende myndighet och utan att inhämtningen sker i syfte att bekämpa grov brottslighet.

Grunder för det interimistiska yrkandet

Mot bakgrund av EU-domstolens dom kan det med fog ifrågasättas om de svenska bestämmelserna i 6 kap 22 § är förenliga med EU-rätten. Detta gäller i synnerhet uppgift om ip-adresser som kan härledas till en viss abonnent eller uppgift om abonnent till vilken en viss ip-adress kan härledas vid ett visst tillfälle. Tillräckliga skäl föreligger därför för att bifalla Bahnhofs yrkande om inhibition, i vart fall med avseende på uppgift om ip-adresser som kan härledas till en viss abonnent eller uppgift om abonnent till vilken en viss ip-adress kan härledas vid ett visst tillfälle.

Grunder för yrkandet om för prövningstillstånd

Som grund för yrkandet om prövningstillstånd åberopar Bahnhof att

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. att det inte utan sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till, och
3. att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt.

Beträffande punkt 1 ovan åberopar Bahnhof samma grunder som anförts ovan under ”Grunder för överklagandet”.

Beträffande punkten 2 menar Bahnhof att det först efter att kammarrätten inhämtat förhandsavgörande från EU-domstolen går att avgöra om förvaltningsrättens dom är riktig eller inte.

Vad slutligen angår punkten 3 är det av väsentlig vikt för Bahnhof och andra Internetoperatörer, kunder och brottsbekämpande myndigheter att frågan om inhämtning av abonnentuppgifter får ett entydigt svar. Som framgår av de olika domstolsbeslut som meddelats i detta mål och senast förvaltningsrättens dom har utgången varierat på ett sätt som inte är förenligt med rimliga krav på rättssäkerhet. Det är även anmärkningsvärt att PTS egen uppfattning som den kom till uttryck i PTS yttrande 2017-05-22 idag tycks ha förbytts till tvivel, framför allt när det gäller ip-adresser, se särskilt yttrande till utredningen 2017:75 av PTS expert Staffan Lindmark, sid 343ff.

Grunder för yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande

Utöver vad Bahnhof anført beträffande punkt 3 i grunderna för prövningstillstånd vill Bahnhof framhålla att utgången i målet beror på tolkning av EU-rätt och EU-domstolens domar. Bahnhof anser visserligen att EU-domstolens dom är tillräckligt klar för att Bahnhofs talan i målet ska bifallas. Vid tvivel bör tolkningen av EU-rätten och EU-domstolens domar emellertid göras av EU-domstolen själv genom att kammarrätten inhämtar förhandsavgörande på sätt som Bahnhof har yrkat.



Wilhelm Dahlborn