

ÁKVÆÐI FJARSKIPTALAGA UM GAGNAGEYMD

Til athugunar sérstaklega: Ákvæði 3. mgr. 42. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, um skyldu fjarskiptafyrirtækja til að varðveita lágmarksskráningu gagna um fjarskiptaumferð notenda í þágu rannsóknar sakamála og almannaöryggis.

42. gr. Gögn um fjarskipti.

Gögnum um fjarskiptaumferð notenda sem geymd eru og fjarskiptafyrirtæki vinnur úr skal eyða eða gera nafnlaus þegar þeirra er ekki lengur þörf við afgreiðslu ákvæðinnar fjarskiptasendingar.

Gögn um fjarskiptanotkun sem nauðsynleg eru til reikningsgerðar fyrir áskrifendur og uppgjörs fyrir samtengingu má geyma þar til ekki er lengur hægt að vefengja reikning eða hann fyrnist.

[Þrátt fyrir ákvæði 1. og 2. mgr. skulu fjarskiptafyrirtæki, í þágu rannsókna [sakamála]¹⁾ og almannaöryggis, varðveita lágmarksskráningu gagna um fjarskiptaumferð notenda í sex mánuði. Lágmarksskráningin skal tryggja að fjarskiptafyrirtæki geti upplýst hver af viðskiptavinum þess var notandi tiltekins símanúmers, IP-tölu eða notandanafns, jafnframt því að upplýsa um allar tengingar sem notandinn hefur gert, dagsetningar þeirra, hverjum var tengst og magn gagnaflutnings til viðkomandi notanda. Fjarskiptafyrirtæki skal tryggja vörslu framangreindra gagna og er óheimilt að nota eða afhenda umræddar upplýsingar öðrum en lögreglu eða ákærvaldi í samræmi við ákvæði 3. mgr. 47. gr. Eyða ber umferðargögnum að þessum tíma liðnum enda sé ekki þörf fyrir þau á grundvelli 2. mgr.]²⁾

Með samþykki áskrifanda er fjarskiptafyrirtæki heimilt að vinna úr gögnum skv. 1. mgr. vegna markaðssetningar fjarskiptaþjónustu eða framboðs á virðisaukandi þjónustu að því leyti sem nauðsynlegt er fyrir slíka þjónustu eða markaðssetningu. Samþykki má afturkalla hvenær sem er.

Þjónustuveitandi skal upplýsa áskrifendur fyrir fram um hvaða gögn um fjarskiptanotkun eru tekin til úrvinnslu og hversu lengi úrvinnsla mun standa.

Úrvinnslu gagna samkvæmt þessari grein skulu þeir einir sinna sem eru undir stjórn fjarskiptafyrirtækja og sjá um gerð reikninga eða stjórnun fjarskiptaumferðar, fyrirspurnir notenda, uppljóstrun misferlis, markaðssetningu fjarskiptaþjónustu eða virðisaukandi þjónustu og skal úrvinnslan einskorðast við það sem er nauðsynlegt í þágu slíkrar starfsemi.

[Fjarskiptafyrirtæki skulu setja sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæði þessarar greinar og skilyrði sem Persónuvernd kann að setja.

Stutt samantekt:

Þjóðréttarlegar skuldbindingar koma ekki í veg fyrir að unnt sé að fella brott ákvæði 3. mgr. 42. gr. laga um fjarskipti. Margt mælir reyndar sérstaklega með því, óháð þeirri þingsályktun sem markar starf starfshópsins. Evrópudómstóllinn hefur ógilt sambærilega tilskipun Evrópusambandsins á grundvelli alvarlegs ósamræmis við grundvallarréttindi um friðhelgi einkalífs og vernd persónuupplýsinga. Lagt er til að stýrihópurinn hefji gerð frumvarps um brottfall ákvæðisins. Gert er ráð fyrir að ákvæði 80. gr. laga um meðferð sakamála muni standa óhaggað og því kann einnig að reynast nauðsynlegt að leggja til breytingu á XI kafla laga um meðferð sakamála og kveða nánar á um þau skilyrði sem uppfylla þarf til að úrskurða megi um aðgang að gögnunum. Um sambærilegar kröfur yrði að ræða og við á um símhlustun og sambærileg úrræði.

ÁSTÆÐUR FYRIR SKOÐUN OG TENGSL VIÐ ÞINGSÁLYKTUN

Fjölmiðlum er skylt skv. 25. gr. fjölmiðlalaga að virða nafnleynd heimildarmanna sinna. Þar sem heimildarmenn fjölmiðla hafa mjög oft samskipti við fjölmiðlaveiturnar gegnum síma eða Internet er ljóst að hægt er að sniðganga vernd heimildarmanna vegna gagnageymdar. Mannréttindadómstóll Evrópu

hefur ítrekað staðfest að símhleranir og annarskonar eftirlit með samskiptum blaðamanna og heimildarmanna brjóti ekki eingöngu í bága við 8. gr. heldur einnig 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.

88. Although questions raised by surveillance measures are usually considered under Article 8 alone, in the present case they are so intertwined with the Article 10 issue that the Court finds it appropriate to consider the matter under Articles 8 and 10 concurrently. [...]

102. The Court thus finds that the law did not provide safeguards appropriate to the use of powers of surveillance against journalists with a view to discovering their journalistic sources. There has therefore been a violation of Articles 8 and 10 of the Convention.¹

Athyglisverð er einnig glæný rannsókn um efnið og áhyggjur blaðamanna af eftirliti með samskiptum við heimildarmenn í gegnum fjarskipti.²

ÞJÓÐRÉTTARLEGAR SKULDBINDINGAR

Tilskipun 2002/58/EB um vernd einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta

Ákvæði 42. gr. og önnur ákvæði í IX kafla fjarskiptalaga á rætur að rekja til tilskipunar ESB nr. 2002/58/EB um vinnslu persónuupplýsinga og um vernd einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta. Samkvæmt 1. mgr. 15. gr. tilskipunarinnar er aðildarríkjum heimilt (með lögum) að takmarka umfang þeirra réttinda og skyldna sem kveðið er á um í tilteknum ákvæðum tilskipunarinnar, þar á meðal 6. gr. um umferðargögn, þegar slík takmörkun er nauðsynleg, viðeigandi og hlutfallsleg ráðstöfun í lýðræðisþjóðfélagi til að tryggja þjóðaröryggi, landvarnir, almannaoöryggi og til að koma í veg fyrir, rannsaka, koma upp um og ákæra fyrir lögbrot eða fyrir óleyfilega notkun á rafræna fjarskiptakerfinu.

42. gr. fjarskiptalaga er innleiðing á 6. gr. tilskipunarinnar um umferðargögn. Í ákvæðinu er m.a. fjallað um meðferð fjarskiptafyrirtækja á þessum gögnum, varðveislu þeirra vegna reikningsgerðar o.fl. og hvenær og hvernig þeim skuli eytt. Hið umdeilda ákvæði um gagnageymd í 3. mgr. 42. gr. er sett á grundvelli þessa undanþáguákvæðis 15. gr. tilskipunarinnar sem heimilar takmarkanir á 6. gr. eins og fyrr segir. Ákvæðið var lögfest árið 2005 með lögum nr. 78/2005. Í greinargerð með frumvarpinu kemur fram að breytingin sé gerð „að ósk ríkislögreglustjóra“.

Framangreind breyting með nýrri 3. mgr. 42. gr. núgildandi fjarskiptalaga er gerð að ósk ríkislögreglustjóra. Hún miðar að því að tryggja að lögregla og ákærvald hafi nægjanlegt svigrúm til að upplýsa brot þar sem uppfyllt eru skilyrði 86. og 87. gr. laga um meðferð opinberra mála, nr. 19/1991. Breytingin er í samræmi við 15. gr. persónuverndartilskipunarinnar. Nokkur ríki innan ESB *hafa þegar lagt fram tillögu í ráðherraráði* ESB um að umferðargögn (6. gr. tilsk.) séu varðveitt í 12–36 mánuði. (Sjá Council of the European Union, Brussels 28. apríl 2004, 8958/04. Ríkin sem lögðu fram tillöguna eru Frakkland, Írland, Svíþjóð og Bretland.)

Tilskipun 2006/24/EB um varðveislu fjarskiptaupplýsinga

Eins og getur um í tilvitnuðum athugasemdum frumvarpsins var tilskipun Evrópusambandsins um gagnageymdina enn á umræðustigi og var ekki samþykkt fyrr en 15. mars 2006 tæpu ári eftir að umrædd breyting á fjarskiptalögum var gekk í gildi.

Árið 2011 var gagnageymdartilskipunin tekin til umræðu á vettvangi sameiginlegu EES nefndarinnar og gerð drög að ákvörðun um upptöku tilskipunarinnar í EES samninginn. Utanríkismálanefnd Alþingis óskaði þá eftir því við utanríkisráðuneytið að ráðuneytið beitti sér fyrir því að hin tilvonandi ákvörðun

¹ Dómur MDE í *Telegraaf og fleiri gegn Hollandi*, 22. nóvember 2012.

² <http://blog.wan-iffra.org/2015/05/25/new-research-changed-reporting-practices-stronger-laws-required-to-protect-sources-in-the>

yrði tekin af dagskrá fyrirhugaðs fundar í sameiginlegu EES nefndinni til að gefa utanríkismálanefnd færi á að fjalla nánar um málið m.t.t. persónuverndarsjónarmiða. Það var gert og málið var tekið af dagskrá nefndarinnar eins og sjá má á dagskrá fundarins.³ Þann 12 september 2013 tilkynnti ráðuneytisstjóri utanríkisráðuneytisins utanríkismálanefnd að ráðherra hygðist leggja til að tilskipunin verði tekin upp í EES samninginn á fundi nefndarinnar 8. nóvember sama ár. Utanríkismálanefnd Alþingi sendi enn eitt bréfið til utanríkisráðherra og mæltist til að íslensk stjórnvöld frestuðu því að taka málið upp í sameiginlegu EES-nefndinni. Eftir að Evrópudómstóllinn (ECJ) ógilti gagnageymdartilskipunina með dómi þann 8. apríl 2014 féllu frekari ráðagerðir um upptöku tilskipunarinnar í EES sjálfkrafa niður.

Að þessu sögðu er fullkomlega ljóst að Ísland er ekki skuldbundið af gagnageymdartilskipun ESB. Þá er einnig ljóst að því hefur verið lýst yfir að ekki standi til að setja aðra samræmda ESB löggjöf um gagnageymd eftir að dómur Evrópudómstólsins féll.

Dómur ECJ um gagnageymd

Þar sem umrædd tilskipun nr. 2006/24/EB hefur ekki verið innleidd hér á landi hefur dómurinn ekki bein áhrif á gildandi rétt lagaumhverfi hér á landi. Þar sem ákvæði 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga kveður á um samskonar varðveisluskyldu og tilskipunin er ekki óeðlilegt að ætla að ákvæðið sé, að einhverju leyti allavega, haldið sambærilegum annmörkum og tilskipunin og því mögulega í anstöðu við 71. gr. stjórnarskrárinnar og ákvæði mannréttindasáttmála Evrópu um friðhelgi einkalífs.

Í dómi ECJ kemur fram að efni tilskipunarinnar varð tvenn grundvallarréttindi Evrópusambandsins, annars vegar friðhelgi einkalífs og hins vegar vernd persónuupplýsinga. Í ljósi umfangs gagnasöfnunarinnar og alvarleika inngrips í friðhelgi einkalífs taldi dómurinn að ekki væri kveðið á um nægilegar öryggisráðstafanir til að tryggja að tilskipunin gangi ekki lengra en nauðsyn ber til. Tilskipunin fer þannig í bága við meðalhófsreglu Evrópuréttarins.

Helstu forsendur dómsins og samanburður við íslenska ákvæðið:

- a) Tilskipunin tekur til alls almennings og allra tegunda fjarskipta án þess að reynt sé að takmarka, afmarka eða gera undantekningar á gagnaöfluninni m.t.t. þeirra markmiða sem stefnt er að.
Þessi annmarki á líka við um íslenska ákvæðið.
- b) Ekki er nægilega afmarkað og skilgreint hvað teljist „alvarlegt brot“ heldur er aðildarríkjum látið eftir að útfæra það sjálfum í landsrétti – og ekki mælt fyrir um að aðgangur yfirvalda að gögnunum skuli háður dómsúrskurði.
Í íslenskum rétti þarf dómsúrskurð til að fá aðgang að gögnum en hins vegar eru ekki skilyrði um alvarleika brots. (sjá tillögu um afurð á næstu síðu).
- c) Ekki er kveðið á um nægilegar öryggisráðstafanir varðandi vernd upplýsingana hjá fjarskiptafyrirtækjum til að fyrirbyggja hugsanlega misnotkun. Þá séu ekki reglur um hvernig upplýsingum skuli eytt að loknum tilskildum varðveislutíma.
Óljóst er hvort íslenska ákvæðið teljist uppfylla þessi skilyrði. Gerð er fortakslaus krafa í lögnum um eyðingu gagnanna að varðveislutíma loknum en ljóst er að upplýsingarnar hafa verið misnotaðar auk þess sem Vodafonelekinn sýndi fram á ákveðna öryggisgalla. Þá hefur því verið lýst að lögreglan hafi

³ Draft Decision No 136/2011 amending Annex XI (Electronic communication, audiovisual services and information society) to the EEA Agreement – Data retention Directive 2006/24/EC.

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/europaportalen/images/3488/111201_jointcommittee_agenda.pdf?id=2320397 (sjá neðarlega á bls. 2, þar sem strikað hefur verið yfir liðinn)

ítrekað fengið aðgang að gögnum hjá fjarskiptafyrirtækjum sem eru mun eldri en 6 mánaða gömul, jafnvel margra ára gömul.

d) Ekki gerð skilyrðislaus krafa um að meðferð, vinnsla og varðveisla upplýsingana skuli fara fram innan lögsögu Evrópusambandsins – sem gæti haft áhrif á verndina, þ.e. að vinnslan njóti verndar gildandi lagaákvæðis innan lögsögu Evrópusambandsins.

Ekki er farið fram á að vinnsla upplýsingana fari fram á Íslandi eða innan EES svæðisins.

12. mars sl. lýsti Dimitris Avramopoulos, yfirmaður innanríkis- og innflytjendamála Evrópusambandsins, því yfir að framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hygðist ekki setja nýja Evrópulöggjöf um gagnageymd eftir dóm Evrópudómstólsins.⁴

TILLAGA UM AFURÐ

Lagt er til að stýrihópur vinni frumvarp um brottfall 3. mgr. 42. gr. laga um fjarskipti.

Til nánari skoðunar:

- Hvort tryggja þurfi með öðrum hætti vernd heimildarmanna að þessu leyti með vísan til dómafordæma MDE.
- Hvort ákvæði 80. gr. laga um meðferð sakamála standi óhaggað eftir sem áður um skyldu fjarskiptafyrirtækja til að verða við beiðni lögreglu um fjarskiptagögn (sem þau kunna að varðveita vegna reikningsgerðar o.fl.)
- Hvort ekki þurfi að gera lagfæringar á XI kafla laga um meðferð sakamála í takt við dóm Evrópudómstólsins að því er varðar alvarleika brots sem til rannsóknar og skilyrði fyrir aðgang að gögnum sem fjarskiptafyrirtæki varðveita á grundvelli 1. og 2. mgr. 42. gr.

Þegar gagnageymdarákvæðið varð að lögum voru enn í gildi lög um meðferð opinberra mála 91/1991. Á grundvelli þeirra var skilyrði fyrir aðgangi að umræddum gögnum ef ætla má að umræddar upplýsingar skipti miklu fyrir rannsókn máls og ef brot það sem til rannsóknar er getur varðað 8 ára fangelsi eða ríkir almanna- eða einkahagsmunir krefjist þess að upplýsingar séu veittar.

Skilyrði um að brot sem til rannsóknar er þurfi að varða 8 ára fangelsi var breytt með lagabreytingu ári eftir að gagnageymdarákvæðið tók gildi og fært niður í kröfu um að brot varði 2 ára fangelsi sbr. 4. gr. laga nr. 74/2006.⁵

Þegar ný lög um meðferð sakamála tóku gildi 2008 var skilyrði um tiltekinn alvarleika refsingar fellt brott að því er varðar aðgang lögreglu að fjarskiptagögnum og eina skilyrðið í dag er því að ætla megi að upplýsingarnar skipti miklu fyrir rannsókn máls. Skilyrði fyrir aðgangi yfirvalda að gögnunum er því ekki háður alvarleika brots, sem er eitt þeirra atriða sem Evrópudómstóllinn setti sérstaklega út á í tilskipuninni.

⁴ <http://www.reuters.com/article/2015/03/12/us-eu-data-telecommunications-idUSKBN0M82CO20150312>

⁵ Persónuvernd gerði alvarlegar athugasemir við breytinguna í umsögn við frumvarpið.