

Bruksela, 28 maja 2018 r.
(OR. en)

9418/18

Międzyinstytucjonalne numery
referencyjne:
2018/0107 (COD)
2018/0108 (COD)

JAI 516
COPEN 166
CYBER 117
DROIPEN 76
JAIEX 56
ENFOPOL 284
DAPIX 158
EJUSTICE 62
MI 399
CODEC 873

NOTA

Od: Prezydencja

Do: Rada

Dotyczy: Elektroniczny materiał dowodowy

a) Rozporządzenie o europejskim nakazie wydania dowodów dotyczącym elektronicznego materiału dowodowego i europejskim nakazie zabezpieczenia dowodów dotyczącym elektronicznego materiału dowodowego

b) Dyrektywa o mianowaniu przedstawicieli prawnych w celu gromadzenia dowodów

= Debata orientacyjna

I. Wprowadzenie

1. W dniu 17 kwietnia 2018 r. Komisja przyjęła dwa wnioski ustawodawcze: *wniosek dotyczący rozporządzenia w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych*¹ oraz *wniosek dotyczący dyrektywy ustanawiającej zharmonizowane przepisy dotyczące mianowania przedstawicieli prawnych w celu gromadzenia dowodów na potrzeby postępowań karnych*². Mają one poprawić transgraniczny dostęp do elektronicznego materiału dowodowego poprzez utworzenie ram prawnych, które umożliwią bezpośrednie kierowanie nakazów sądowych do przedstawicieli prawnych usługodawców bez konieczności interwencji organu państwa członkowskiego, w którym zlokalizowany jest ich przedstawiciel prawny.

¹ Dok. 8110/18.

² Dok. 8115/18.

Pierwsze dyskusje na szczeblu ekspertów i debata na forum komitetu CATS pokazały, że istnieje szereg ważnych politycznie kwestii, które prezydencja zamierza przedstawić Radzie (WSiSW) w dniu 4 czerwca, aby uzyskać polityczne wskazówki nie tylko co do kierunku, w jakim mają toczyć się dalsze negocjacje w sprawie przedmiotowych wniosków, lecz również co do stosunków zewnętrznych UE w tym zakresie z kluczowymi partnerami, takimi jak USA.

II. Zakres zastosowania wniosków ustawodawczych przedstawionych przez Komisję

2. Niektóre delegacje pozytywnie przyjęły przedmiotowe wnioski, ale były rozczarowane ograniczonym zakresem zastosowania proponowanego rozporządzenia, które nie reguluje *bezpośredniego dostępu do elektronicznego materiału dowodowego* (bezpośredni dostęp do danych bez pomocy strony trzeciej (usługodawcy) występującej w roli pośrednika) ani *przechwytywania danych w czasie rzeczywistym*. Zdaniem wielu delegacji tych dwóch elementów nie można pomijać, ponieważ odpowiadają one na potrzebę operacyjną i tym samym wymagają dalszego bardziej szczegółowego przeanalizowania. Niemniej zdania były podzielone co do tego, czy takiej analizy należy dokonać z myślą o włączeniu tych elementów do przedmiotowych wniosków, czy też raczej analiza powinna być prowadzona równolegle do prac nad wnioskami, tak aby nie opóźniać ani nie przedłużać trwających negocjacji.
3. Jeśli chodzi o *przechwytywanie danych w czasie rzeczywistym*, do tej pory zwrócono uwagę na następujące kwestie:
 - środek ten ma wrażliwy i inwazyjny charakter,
 - możliwość taka przewidziana jest w większości przepisów państw członkowskich w odniesieniu do sytuacji krajowych, w dyrektywie o europejskim nakazie dochodzeniowym i w amerykańskiej ustawie CLOUD; w tym szerszym kontekście należy rozważyć możliwość wprowadzenia unijnej podstawy przechwytywania danych w czasie rzeczywistym, która uwzględni konieczność wyposażenia organów państw członkowskich w pełen zestaw narzędzi do walki z przestępczością w erze cyfrowej (takie, jakimi dysponują ich amerykańscy koledzy). Ponadto państwa członkowskie podkreśliły, że dyskutując o przedmiotowym środku, należy również uwzględnić możliwość włączenia – na zasadzie wzajemności – kwestii przechwytywania danych w czasie rzeczywistym do umowy wykonawczej przewidzianej w amerykańskiej ustawie CLOUD.

4. Jeśli chodzi o *bezpośredni dostęp do elektronicznego materiału dowodowego*, do tej pory zwrócono uwagę na następujące kwestie:
- jest to niezwykle skuteczne narzędzie w przypadku utraty lokalizacji lub w przypadku usługodawców niechętnych współpracy – uprawnia ono organy państw członkowskich do zdalnego dostępu do danych dostępnych w wyniku przeszukania i przejęcia urządzenia lub użycia uzyskanych zgodnie z prawem danych uwierzytelniających, które umożliwiają dostęp do konta;
 - przepisy krajowe, które regulują taki bezpośredni dostęp w poszczególnych państwach członkowskich, znacznie się od siebie różnią, w szczególności jeśli chodzi o dopuszczalne zabezpieczenia i uprawnienia;
 - ewentualne utworzenie wspólnych unijnych ram prawnych byłoby korzystnym rozwiązaniem, ale takie unijne podejście należy dokładnie przemyśleć w świetle wspomnianych rozbieżności między przepisami poszczególnych państw; ponadto należy dokładnie przeanalizować szereg kwestii prawnych, takich jak właściwa podstawa prawna.
5. ***Ministrowie są proszeni o przeprowadzenie wymiany poglądów na temat pilności przedmiotowej kwestii i sposobów kontynuowania w bliskiej przyszłości dyskusji nad utworzeniem unijnych ram „bezpośredniego dostępu do elektronicznego materiału dowodowego” i „przechwytywania danych w czasie rzeczywistym”.***

III. Ostatnie wydarzenia międzynarodowe i skutki amerykańskiej ustawy CLOUD

6. Amerykańska ustawa CLOUD³, przyjęta przez Kongres USA w dniu 23 marca 2018 r., nowelizuje ustawę *Stored Communications Act* z 1986 r. i precyzuje, że amerykańscy usługodawcy są zobowiązani do ujawniania – na wniosek amerykańskich organów – danych dotyczących treści, bez względu na to, gdzie takie dane są przechowywane⁴. Ponadto ustawa CLOUD umożliwia zawieranie – pod pewnymi warunkami – umów wykonawczych z zagranicznymi rządami, na podstawie których amerykańscy usługodawcy będą mogli przekazywać dane dotyczące treści bezpośrednio tym zagranicznym rządóm (a także przechwytywać informacje przekazywane drogą przewodową), na warunkach, które zostaną określone w danej umowie wykonawczej.

³ *Clarifying Lawful Overseas Use of Data.*

⁴ Tym samym bezprzedmiotowa stała się sprawa USA przeciwko Microsoft Corporation dotycząca tej samej kwestii, tj. pytania, czy na mocy ustawy *Stored Communications Act* z 1986 r. amerykańskie organy ścigania mogą na podstawie nakazu sądowego zobowiązać usługodawcę mającego siedzibę w USA do udostępnienia treści konta poczty elektronicznej przechowywanych na serwerze znajdującym się za granicą.

7. Kwestia ta była omawiana na marcowym posiedzeniu Rady (WSiSW). Ministrowie opowiedzieli się za wypracowaniem wspólnego unijnego podejścia w stosunku do USA, podkreślając, że nie tylko w dużym stopniu przyczyniłoby się ono do zapewnienia usługodawcom i właściwym organom państw członkowskich jasnej sytuacji prawnej, lecz także zapobiegłoby mnożeniu rozbieżnych systemów, fragmentacji uregulowań w obrębie UE i nierównemu traktowaniu w poszczególnych państwach członkowskich.
8. Na posiedzeniu komitetu CATS, które odbyło się w dniu 18 maja, Komisja i Służba Prawna Rady wyjaśniły, że UE przysługuje kompetencja do przystąpienia do takich negocjacji z USA i że państwa członkowskie nie powinny rozpoczynać negocjacji dwustronnych. Komisja podkreśliła również niektóre z wyżej wymienionych korzyści. Komisja i prezydencja potwierdziły kompetencję UE w przedmiotowej kwestii również podczas posiedzenia ministerialnego UE–USA, które odbyło się w Sofii w dniach 22 i 23 maja 2018 r.
9. Możliwość zawarcia umowy wykonawczej między UE i USA należy także rozpatrywać w świetle art. 48 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych, które właśnie zaczęło być stosowane. W artykule tym przewidziano, że „*wyrok [...] wymagający od administratora lub podmiotu przetwarzającego przekazania lub ujawnienia danych osobowych może zostać uznany lub być egzekwowalny wyłącznie, gdy opiera się na umowie międzynarodowej [...] między wzywającym państwem trzecim a Unią [...] bez uszczerbku dla innych podstaw przekazania na mocy [...] rozdziału [V]*”.
10. Ponadto przy definiowaniu przyszłych stosunków należy zwrócić szczególną uwagę na przepisy zawarte w odpowiednich tekstach ustawodawczych dotyczące przypadków, w których usługodawcy napotykają na sprzeczności między uregulowaniami poszczególnych państw. Amerykańska ustawa CLOUD zawiera „klauzulę kurtuazji”⁵, natomiast projekt unijnego rozporządzenia ustanawia w art. 15⁶ postępowanie odwoławcze w przypadku konfliktu obowiązków. Konieczna będzie uważna i szczegółowa analiza tych przepisów w celu zapewnienia wzajemności i skuteczności operacyjnej.

⁵ Na podstawie klauzuli kurtuazji usługodawcy mogą występować do amerykańskiego sądu o unieważnienie lub zmianę nakazu wydanego w celu zabezpieczenia lub ujawnienia danych, jeśli dane dotyczą osoby niebędącej obywatelem amerykańskim i jeśli wykonanie nakazu prowadziłoby do naruszenia przez nich prawa obowiązującego w państwie, z którym USA zawarły umowę wykonawczą zapewniającą podobne możliwości usługodawcom na mocy ich prawa.

⁶ Artykuł 15 przewiduje prowadzenie dialogu z organem centralnym danego państwa trzeciego. Tylko wtedy, gdy organ ten nie zgłosi sprzeciwu, europejski nakaz wydania dowodów zostanie utrzymany w mocy i dojdzie do przekazania danych.

11. Ministrowie są proszeni o potwierdzenie, że ich zdaniem należy szybko rozpocząć negocjacje z USA dotyczące zawarcia umowy wykonawczej między UE a USA; proszeni są również o zwrócenie się do Komisji, aby w tym celu pilnie przedstawiła Radzie zalecenie dotyczące mandatu negocjacyjnego. Ministrowie są proszeni o zwrócenie się do Komisji, aby podjęła podobne kroki w odniesieniu do drugiego protokołu dodatkowego do konwencji budapeszteńskiej, nad którym obecnie prowadzone są prace pod auspicjami Rady Europy.
