

Vlada Republike Srbije
Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija
Nemanjina 22-26
11 000 Beograd

Komentari na Predlog pravilnika o zahtevima za uređaje i programsku podršku za zakonito presretanje elektronskih komunikacija i zadržavanje podataka o elektronskim komunikacijama

U skladu sa pozivom Ministarstva trgovine, telekomunikacija i turizma Republike Srbije na javne konsultacije o Predlogu pravilnika o zahtevima za uređaje i programsku podršku za zakonito presretanje elektronskih komunikacija i zadržavanje podataka o elektronskim komunikacijama, SHARE fondacija podnosi komentare na Predlog pravilnika.

Direktiva EU o zadržanim podacima je proglašena nevažećom

Od usvajanja Zakona o elektronskim komunikacijama prošlo je skoro pet godina. Od tada su se desile brojne promene u evropskom regulatornom okviru, a posebno u pogledu implementacije kontroverzne Direktive Evropske unije o zadržanim podacima 2006/24/EC, koja je od usvajanja bila sporna sa aspekta saglasnosti sa zahtevima koji se odnose na zaštitu ljudskih prava. Naš zakon je delimično usklađen sa ovom Direktivom, te je neophodno ukazati na činjenicu da je tu Direktivu Evropski sud pravde još u aprilu 2014. godine proglasio nevažećom¹, a čime su standardi poštovanja ljudskih prava vraćeni na nivo pre usvajanja tog akta, odnosno pre 2006.

Politika EU u ovoj oblasti mora fundamentalno da se promeni, pa možda nije najbolji momenat da se usvaja podzakonski akt koji dotiče i pitanja ove sporne Direktive. To se naročito odnosi na bliže definisanje kategorija zadržanih podataka, za koje je Evropski sud našao da su u suprotnosti sa standardima zaštite prava na privatnost korisnika usluga. Smatramo da nije opravdano donositi u ovom trenutku ovaj Pravilnik, budući da sama EU polazi od početka u redefinisaju pravnog okvira za zadržavanje podataka. Takođe, činjenica je da je zakonski rok za usvajanje ovog akta istekao još u junu 2011. godine, pa nema ni opravdanja da se u ovom momentu žuri, ako je već taj rok uveliko prekoračen.

Podsećamo da su pojedine odredbe Zakona o elektronskim komunikacijama 2013. godine proglašene neustavnim². Među njima je bila i ona koja se odnosila na ovlašćenje ministarstva da donosi podzakonski akt koji se odnosi na zadržane podatke. Kako Ustavni sud nije detaljno obrazložio odluku, može se samo nagađati šta je bila intencija kasiranja ove odredbe. Ipak, ta odluka se može tumačiti i na taj način da je sam osnov za donošenje Pravilnika u domenu

¹ "Back to the Drawing Board: Direktiva o zadržavanju podataka nevažeća", SHARE Defense, 10.4.2014. Dostupno na:

<http://www.shareconference.net/sh/defense/back-drawing-board-direktiva-o-zadrzavanju-podataka-nevaz-eca>

² Odluka Ustavnog suda Republike Srbije u predmetu IUz-1245/2010 od 13.6.2013. godine, "Sl. glasnik RS", br. 60/2013, dostupno na: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/9081/?NOLAYOUT=1>

zadržavanja podataka neustavan. Zato treba ukazati na potencijalnu neustavnost odredaba koje se odnose na zadržane podatke.

Da li Pravilnik u ovoj formi odstupa od zakonskog ovlašćenja?

Smatramo da je predmet Predloga pravilnika sporan, budući da formulacije opsega primene Pravilnika nisu formulisane u skladu sa članom 127, stav 5. Zakona o elektronskim komunikacijama ("Sl. glasnik RS", br. 44/2010, 60/2013 - odluka US i 62/2014, u daljem tekstu: ZEK), na osnovu koga se donosi podzakonski akt, tj. Pravilnik. Naime, saglasno spomenutom članu ZEK, podzakonski akt koji donosi nadležno ministarstvo mora **bliže** da propiše:

- zahteve za uređaje i programsku podršku za vršenje zakonitog presretanja elektronskih komunikacija, i
- **tehničke** zahteve za ispunjenje obaveza zadržavanja podataka o komunikaciji koji nisu sadržaj komunikacije.

U Predlogu pravilnika je izostavljena odrednica "tehnički zahtevi", te se govori o "zahtevima" u vezi sa zadržavanjem podataka. Problem nije terminološke prirode, budući da su zahtevi u vezi sa zadržavanjem podataka, zapravo obaveze operatora u pogledu zadržanih podataka, vrste zadržanih podataka i zaštita zadržanih podataka, uz obaveze dostavljanja statističkih podataka (članovi 128-130a ZEK). Pravilnik, kao podzakonski akt, nikako ne bi smeo da ulazi u predmet zakona, odnosno morao bi da **bliže** uredi samo **tehnički način ostvarivanja zahteva u vezi sa pristupom zadržanim podacima**, ali ne i same zahteve koji su već navedeni u zakonu, odnosno koji jedino zakonom i mogu da se propišu. To je naročito evidentno u delu IV Predloga pravilnika koji govori o "ostalim zahtevima", gde se najočiglednije prekoračuje zakonsko ovlašćenje.

Definicije iz člana 2. Predloga pravilnika su takođe sporne kada je reč o usklađenosti sa ZEK, a opet su u pitanju one koje se odnose na zadržane podatke. Predlog pravilnika zadržane podatke definiše kao "*podatke o elektronskom komunikacionom saobraćaju koji se obrađuju prilikom prenosa i tarifiranja komunikacije unutar elektronske komunikacione mreže, koje je operator dužan da zadrži u skladu sa zakonom*" (čl. 2, st. 1, tač. 2. Predloga pravilnika). ZEK ne definiše zadržane podatke, ali u članu 128. propisuje obavezu zadržavanja podataka, i precizira da se ona odnosi samo na zadržavanje podataka koji su potrebni za: "*1) praćenje i utvrđivanje izvora komunikacije; 2) utvrđivanje odredišta komunikacije; 3) utvrđivanje početka, trajanja i završetka komunikacije; 4) utvrđivanje vrste komunikacije; 5) identifikaciju terminalne opreme korisnika; 6) utvrđivanje lokacije mobilne terminalne opreme korisnika*". Budući da operatori zadržavaju (čuvaju) i druge podatke, poput podataka o saobraćaju iz člana 122. ili podatke o lokaciji korisnika iz člana 123. ZEK, neophodno je napraviti razliku između tih kategorija podataka i onih iz člana 129, stav 1, koji služe ostvarivanju zakonske obaveze operatora, kako im se ne bi nametala obaveza koja ne postoji u zakonu.

Šta su podaci o saobraćaju?

Dalje, u članu 4, stav 1. Predloga pravilnika se navodi da “uređaji i programska podrška iz člana 3. ovog pravilnika moraju da omoguće zakonito presretanje elektronskih komunikacija koje obuhvata nadzor sadržaja komunikacija i nadzor podataka o saobraćaju subjekta nadzora”. Zatim, u članu 8. Predloga se bliže određuju podaci o saobraćaju (podaci o identitetu subjekta nadzora, podaci o korišćenim komunikacionim uslugama i drugi pripadajući podaci...). Član 127. ZEK definiše da je operator dužan da omogući “*zakonito presretanje elektronskih komunikacija iz člana 126. stav 1. ovog zakona*”, dok član 126, stav 1. ZEK propisuje da se presretanje elektronskih komunikacija odnosi na takvo presretanje “*kojim se otkriva sadržaj komunikacije*”. Takođe, korišćenje pojma “podaci o saobraćaju” izaziva konfuziju zbog toga što je u članu 122. ZEK već definisana druga kategorija podataka koja nosi isto ime i koja se odnosi na podatke pretplatnika ili korisnika koje operator obrađuje i čuva i koje je dužan da obriše ili učini neprepoznatljivim lice na koje se ti podaci odnose, kada podaci o saobraćaju više nisu neophodni za prenos komunikacije. Isti član navodi da podaci o saobraćaju nisu oni: koji su neophodni radi izrade računa za usluge ili međupovezivanje, a koji se mogu obrađivati do isteka zakonom predviđenog roka za reklamacije ili naplatu potraživanja, zatim oni podaci koje operator koristi radi oglašavanja i prodaje usluga, uz prethodni pristanak lica na koje se podaci odnose, kao i radi pružanja usluga sa dodatom vrednošću, u meri i vremenu neophodnom za te svrhe, te oni podaci koji se zadržavaju u skladu sa odredbama ovog zakona. Opasno je koristiti pojam koji je već definisan zakonom sa potpuno drugačijim određenjem. Zato predlažemo da se koriste samo pojmovi koji imaju jasno određenje u zakonu.

Monitoring centar

Jedna od novina u Predlogu pravilnika jeste monitoring centar, koji se definiše kao “lokacija na kojoj se nalaze uređaji i programska podrška koje je operator obavezan da obezbedi za potrebe zakonitog presretanja elektronskih komunikacija u skladu sa Zakonom i ovim pravilnikom” (čl. 2, st. 1, tač. 6). Naime, odredbe Predloga pravilnika propisuju da monitoring centar treba da bude lociran u prostoru koji je pod stalnim nadzorom nadležnih državnih organa i koji omogućava njihov neometan i samostalan pristup (čl. 4, st. 3). Međutim, nigde nije navedeno gde će se monitoring centar fizički nalaziti, s tim da je članom 26. Predloga pravilnika (prelazne odredbe) predviđeno da se monitoring centar, do ispunjenja uslova iz člana 4. stav 3. Pravilnika, nalazi u prostorijama Bezbednosno-informativne agencije (BIA). Ovakvo određenje “jedinstvene lokacije na kojoj se nalaze uređaji i programska podrška” je višestruko sporno. Pre svega, podzakonski akt koji treba da precizira zakonske odredbe se upušta u definisanje “institucionalne” tvorevine pod maskom tehničkog zahteva. Monitoring centar postoji kao pojam samo u ovom Pravilniku, a nema ga ni u zakonima koji uređuju ustrojstvo bezbednosnih službi, ni u onima koji uređuju krivični postupak, pa ni u ZEK-u po čijem ovlašćenju se donosi podzakonski akt. Drugo, određenje u prelaznim odredbama da je monitoring centar do ispunjenja uslova u BIA implicira da on već postoji. Smatramo da pitanje definicije, ustrojstva i nadležnosti ovakvog centra mora da bude uređeno, ali nikako ne podzakonskim aktom. Drugim rečima, ovo pitanje može samo da uređuje zakon, i to čak ne ni zakon koji se bavi elektronskim komunikacijama, nego onaj koji uređuje oblast nacionalne bezbednosti.

Predlogom pravilnika (čl. 4, st. 2) se takođe određuju obaveze operatora elektronskih komunikacija da ugrade i održavaju odgovarajuće uređaje i programsku podršku u sistemima operatora i monitoring centru, ugrade komunikacione vodove do monitoring centra i tačaka

pristupa nadležnih organa, obezbede uslove nadležnom državnom organu za direktan pristup objektima, komunikacionim vodovima i tehničkoj opremi koja se koristi za presretanje elektronskih komunikacija, kao i da omoguće samostalnu implementaciju zakonitog presretanja elektronskih komunikacija pomoću tehničkih interfejsa. Imajući u vidu predložene odredbe Pravilnika koje se odnose na samostalan pristup državnih organa podacima i monitoring centar, državnim organima se faktički daje neograničena kontrola, što otvara prostor za mnoge zloupotrebe. Kako se monitoring centar fizički nalazi u BIA i kako je predviđeno da državni organi imaju direktan pristup bazama podataka, na taj način se državnim organima daju svi zadržani podaci kojima oni mogu da pristupaju bez adekvatnog nadzora i pravnog osnova. Predlogom pravilnika je predviđeno da se sva oprema za presretanje elektronskih komunikacija fizički nalazi u Srbiji, čime se tehnički onemogućava korišćenje najsavremenijih satelitskih i *cloud* tehnologija iz ove oblasti (npr. VSAT).

Specifikacija - podzakonski akt predviđen podzakonskim aktom

Kada je reč o funkcionalnoj specifikaciji uređaja i programskoj podršci za zakonito presretanje, ali i tehničkom interfejsu za pristupanje zadržanim podacima, u članu 24, stav 1. Predloga se navodi da se oni izrađuju u skladu sa međunarodnim standardima u oblasti zakonitog presretanja elektronskih komunikacija i pristupa zadržanim podacima. Međutim, stav 2. istog člana predviđa da navedenu specifikaciju iz stava 1. utvrđuje Republička agencija za elektronske komunikacije (RATEL). Dalje, u članu 25. Predloga pravilnika se navodi da operatori imaju obavezu da obezbede uređaje i programsku podršku iz člana 3. Pravilnika u roku od 6 meseci od dana kada im RATEL dostavi navedenu specifikaciju. Problem je tome što podzakonski akt, u ovom slučaju Pravilnik, ne može da predvidi donošenje drugog podzakonskog akta, osim ako se ne radi o uredbi Vlade Republike Srbije. RATEL može da donosi pravilnike, uputstva i naredbe, ali za to svakako mora da ima zakonsko ovlašćenje.

Zaključak

Ukoliko bude usvojen u ovom obliku, postoji mogućnost da Pravilnik bude predmet postupka pred Ustavnim sudom Republike Srbije u skladu sa Zakonom o Ustavnom sudu Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 109/2007, 99/2011 i 18/2013 - odluka US). Kao što se može videti iz naših komentara, postoji niz predloženih odredbi koje su veoma diskutabilne sa aspekta usklađenosti sa ZEK, ali i drugim propisima. Uzimajući u obzir međunarodne standarde i dokumente koje je Republika Srbija potpisala i ratifikovala, kao što je Evropska konvencija o ljudskim pravima, potencijalno se može govoriti o odgovornosti države pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu, ukoliko se pokrene odgovarajući postupak.

U Novom Sadu,
4. mart 2015. godine

SHARE fondacija
Vladan Joler, upravitelj