

## I

(Beslutninger og resolutioner, henstillinger og udtalelser)

## UDTALELSER

## DEN EUROPÆISKE TILSYNSFØRENDE FOR DATABESKYTTELSE

### Udtalelse fra Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse vedrørende evalueringsrapporten fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet om datalagringsdirektivet (direktiv 2006/24/EF)

(2011/C 279/01)

DEN EUROPÆISKE TILSYNSFØRENDE FOR DATABESKYTTELSE  
HAR —

under henvisning til traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, særlig artikel 16,

under henvisning til Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, særlig artikel 7 og 8,

under henvisning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger <sup>(1)</sup>,

under henvisning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor <sup>(2)</sup>,

under henvisning til forordning (EF) nr. 45/2001 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger <sup>(3)</sup>, særlig artikel 41 —

VEDTAGET FØLGENDE UDTALELSE:

#### I. INDLEDNING

##### I.1. Offentliggørelse af rapporten

1. Den 18. april 2011 fremlagde Kommissionen sin evalueringsrapport om datalagringsdirektivet (herefter »evalueringssrapporten«) <sup>(4)</sup>. Evalueringssrapporten blev sendt til Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse (EDPS) til orientering på samme dag. Af de årsager, der er angivet i

<sup>(1)</sup> EFT L 281 af 23.11.1995, s. 31.

<sup>(2)</sup> EFT L 201 af 31.7.2002, s. 37, ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009, EUT L 337 af 18.12.2009, s. 11.

<sup>(3)</sup> EFT L 8 af 12.1.2001, s. 1.

<sup>(4)</sup> KOM(2011) 225 endelig.

del I.2 nedenfor, afgiver EDPS nærværende udtalelse på eget initiativ i overensstemmelse med artikel 41 i forordning (EF) nr. 45/2001.

2. Inden vedtagelsen af meddelelsen fik EDPS mulighed for at fremsætte uformelle bemærkninger. EDPS glæder sig over, at Kommissionen har taget højde for flere af disse bemærkninger, da den udarbejdede den endelige udgave af dokumentet.
3. Kommissionen har udarbejdet evalueringssrapporten for at indfri sine forpligtelser i henhold til artikel 14 i datalagringsdirektivet om at evaluere direktivets anvendelse og dets virkning på de økonomiske aktører og forbrugerne med henblik på at fastslå, om det er nødvendigt at ændre direktivets bestemmelser <sup>(5)</sup>. EDPS glæder sig over, at Kommissionen, selv om det ikke er strengt påkrævet i henhold til artikel 14, i rapporten også har taget højde for »direktivets konsekvenser for grundlæggende rettigheder i lyset af den kritik, der generelt er blevet rejst i forbindelse med datalagring« <sup>(6)</sup>.

##### I.2. Årsager til og mål med den aktuelle udtalelse fra EDPS

4. Datalagringsdirektivet var en reaktion fra EU på akutte sikkerhedsudfordringer efter de store terrorangreb i Madrid i 2004 og i London i 2005. På trods af det legitime formål, der gik ud på at udarbejde en plan for datalagring, blev der rejst kritik af den store indvirkning, denne foranstaltning fik på beskyttelsen af privatlivets fred for borgerne.
5. Forpligtelsen til at lagre data i henhold til datalagringsdirektivet gør det muligt for kompetente nationale myndigheder at spore telefon- og internetadfærd for alle personer i EU, når som helst de bruger telefon eller internet i en periode på op til to år.

<sup>(5)</sup> Datalagringsdirektivet (direktiv 2006/24/EF) blev vedtaget den 15. marts 2006 og offentliggjort i EUT L 105 af 13.4.2006, s. 54. Deadline for udfærdigelsen af rapporten blev fastsat til den 15. september 2010, jf. artikel 14, stk. 1, i datalagringsdirektivet.

<sup>(6)</sup> Jf. s. 1 i evalueringssrapporten.

6. Lagring af telekommunikationsdata udgør et klart indgreb i retten til privatlivets fred for de involverede personer som anført i artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder (herefter »EMRK«) og artikel 7 i EU's charter om grundlæggende rettigheder.
7. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter: »Menneskerettighedsdomstolen«) har gentagne gange anført, at ren opbevaring af data, der vedrører den enkelte privatliv, udgør et indgreb i forhold til artikel 8 [EMRK] (7). Med hensyn til især telefondata har Menneskerettighedsdomstolen anført, at udlevering af disse oplysninger til politiet uden samtykke fra abonnenten udgør også [...] et indgreb i en rettighed, der er garanteret i artikel 8 [EMRK] (8).
8. Det følger af artikel 8, stk. 2, i EMRK og artikel 52 stk. 1, i EU's charter om grundlæggende rettigheder, at et indgreb kan være berettiget, hvis det er fastlagt i lovgivningen, tjener et legitimt formål og er nødvendigt i et demokratisk samfund for at opnå dette legitime formål.
9. EDPS har erkendt, at tilgængeligheden af visse trafik- og lokaliseringsdata kan være af afgørende betydning for retshåndhavende myndigheder i bekæmpelsen af terrorisme og anden grov kriminalitet. Samtidig har EDPS imidlertid gentagne gange udtrykt tvivl om, hvorvidt det er berettiget at opbevare data i et sådant omfang i lyset af retten til privatlivets fred og databeskyttelse (9). Denne tvivl deles af mange af civilsamfundets organisationer (10).
10. EDPS har fulgt udarbejdelsen, gennemførelsen og evalueringen af direktivet tæt på forskellige måder siden 2005. EDPS afgav en kritisk udtalelse i 2005, efter at Kommissionen havde offentliggjort sit forslag til direktivet (11). Efter vedtagelsen af direktivet blev EDPS medlem af ekspertgruppen vedrørende datalagring, som der henvises til i betragtning 14 i datalagringsdirektivet (12). Desuden arbejder EDPS sammen med Artikel 29-gruppen, som har offentliggjort adskillige dokumenter om emnet, hvoraf det seneste dokument fra juli 2010 er en rapport om, hvordan direktivet anvendes i praksis (13). Endelig har EDPS fungeret som intervenient i en sag ved EU-Domstolen, hvor gyldigheden af direktivet blev anfægtet (14).
11. Vigtigheden af evalueringsrapporten og evalueringsprocessen kan ikke overvurderes (15). Datalagringsdirektivet er et fremtrædende eksempel på en EU-foranstaltning, der har til formål at sikre tilgængeligheden af data, der er genereret og behandlet i forbindelse med elektronisk kommunikation, med henblik på retshåndhævelsesaktiviteter. Nu hvor foranstaltningen har eksisteret i flere år, bør en evaluering af dens praktiske anvendelse vise den faktiske nødvendighed og proportionalitet af foranstaltningen i lyset af retten til privatlivets fred og databeskyttelse. I denne henseende har EDPS kaldt evalueringen »sandhedens øjeblik« for datalagringsdirektivet (16).
12. Den aktuelle evalueringsproces har også implikationer for andre instrumenter, der regulerer informationsstyringen, herunder behandlingen af store mængder af personoplysninger inden for området med frihed, sikkerhed og retfærdighed. I en meddelelse fra 2010 konkluderede Kommissionen, at de forskellige instrumenters evalueringsmekanismer viser en stor variation (17). EDPS mener, at den aktuelle evalueringsprocedure skal anvendes til at sætte standarden for evalueringen af andre EU-instrumenter og sikre, at det kun er de foranstaltninger, der er fuldt ud berettigede, der anvendes.
13. På baggrund heraf ønsker EDPS at dele sine betragtninger om de resultater, der præsenteres i evalueringsrapporten, med andre i en offentlig udtalelse. Dette sker på et tidligt stadium i processen for at give et effektivt og konstruktivt bidrag til de fremtidige drøftelser, muligvis i forbindelse med et nyt lovgivningsmæssigt forslag i henhold til Kommissionens evalueringsrapport (18).

### 1.3. Udtalelsens opbygning

14. I den aktuelle udtalelse analyseres og drøftes indholdet af evalueringsrapporten ud fra et privatlivs- og databeskyttelsesmæssigt synspunkt. Analysen vil fokusere på, om det aktuelle datalagringsdirektiv opfylder de krav, der er fastsat i disse to grundlæggende rettigheder. Dette omfatter en analyse af, om nødvendigheden af lagring af data som anført i direktivet er påvist i tilstrækkelig grad.

15. Den aktuelle udtalelse organiseres som følger. I del II fremlægges hovedindholdet af datalagringsdirektivet og dets

(7) Jf. f.eks. EMRK den 4. december 2008, *S. og Marper mod Det Forenede Kongerige*, nr. 30562/04 og 30566/04, præmis 67.

(8) Jf. EMRK den 2. august 1984, *Malone mod Det Forenede Kongerige*, serie A, nr. 82, præmis 84.

(9) Jf. udtalelse fra EDPS af 26. september 2005, EUT C 298 af 29.11.2005, s. 1. Under en konference organiseret af Kommissionen i december 2010 refererede EDPS til instrumentet som det mest krænkende instrument vedrørende privatlivets fred, som EU nogensinde har vedtaget mht. omfang og det antal personer, det har indvirkning på, se talen af 3. december 2010, som findes på EDPS' websted (<http://www.edps.europa.eu>) under »Publications« >> »Speeches & Articles« >> »2010«.

(10) Jf. i den henseende brevet af 22. juni 2010 fra en stor gruppe af civilsamfundets organisationer til kommissærerne Malmström, Reding og Kroes. ([http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/DRletter\\_Malmstroem.pdf](http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/DRletter_Malmstroem.pdf)).

(11) Jf. den udtalelse fra EDPS, som der henvises til i fodnote 9.

(12) Jf. desuden Kommissionens beslutning af 25. marts 2008, EUT L 111 af 23.4.2008, s. 11.

(13) Jf. WP 172 af 13. juli 2010, rapport 1/2010 om anden fælles håndhævelsesforanstaltning.

(14) Jf. EU-Domstolen 10. februar 2009, *Irland mod Parlamentet og Rådet*, C-301/06. Se også om sagen i pkt. 29 nedenfor.

(15) I sin udtalelse af 2005 understregede EDPS allerede vigtigheden af forpligtelsen til at evaluere instrumentet (se fodnote 9, pkt. 72-73).

(16) Jf. talen af 3. december 2010, som der henvises til i fodnote 9.

(17) KOM(2010) 385 af 20. juli 2010, *Oversigt over informationsstyring på området frihed, sikkerhed og retfærdighed*, s. 24. Se udtalelsen herom fra EDPS af 30. september 2010. Den findes på EDPS' websted (<http://www.edps.europa.eu>) under »Consultation« >> »Opinions« >> »2010«.

(18) Jf. s. 32 i evalueringsrapporten.

forbindelse til direktiv 2002/58/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (herefter: »e-direktivet om privatlivets fred«) <sup>(19)</sup>. Del III indeholder en kort oversigt over de ændringer, der følger af Lissabontraktaten, da disse er særlig relevante for det aktuelle område og har direkte følger for den måde, hvorpå EU-regler om lagring af data skal forstås, evalueres og muligvis revideres. Den største del af udtalelsen, del IV, indeholder en analyse af gyldigheden af datalagringsdirektivet i lyset af retten til privatlivets fred og databeskyttelse og i forbindelse med de resultater, der er fremlagt i evalueringsrapporten. I del V drøftes de mulige veje frem. Udtalelsen slutter med en konklusion i del VI.

## II. EU-REGLER OM LAGRING AF DATA

16. I forbindelse med denne udtalelse refererer lagring af data til den forpligtelse, der er pålagt udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller offentlige kommunikationsnet, til at lagre trafik- og lokaliseringsdata samt relaterede data, der er nødvendige for at kunne identificere abonnenten eller brugeren i en bestemt periode. Denne forpligtelse er fastsat i datalagringsdirektivet, som yderligere i artikel 5, stk. 1, specificerer, hvilke kategorier af data der skal lagres. I henhold til artikel 6 i direktivet skal medlemsstaterne sikre, at disse data lagres i en periode på mindst seks måneder og højst to år fra datoen for kommunikationen.
17. Data skal lagres i det omfang, at disse data genereres eller behandles af udbyderne i forbindelse med levering af de pågældende kommunikationstjenester (artikel 3). Det gælder også data i forbindelse med forgæves opkaldsforøg. Data, der afslører indholdet af kommunikationen, må ikke lagres i henhold til direktivet (artikel 5, stk.1).
18. Data lagres for at sikre, at dataene er tilgængelige i forbindelse med »efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet som defineret af de enkelte medlemsstater i deres nationale lovgivning« (artikel 1, stk.1).
19. Datalagringsdirektivet indeholder ikke yderligere regler om de betingelser, på hvilke kompetente nationale myndigheder kan få adgang til de lagrede data. Dette er op til medlemsstaterne og er ikke omfattet af direktivet. I artikel 4 i direktivet understreges, at disse nationale regler skal være i overensstemmelse med kravene om nødvendighed og proportionalitet som anført navnlig i EMRK.
20. Datalagringsdirektivet har tæt forbindelse til e-direktivet om privatlivets fred. I dette direktiv, som specificerer og
21. På baggrund af artikel 15, stk. 1, i e-direktivet om privatlivets fred er det muligt for medlemsstaterne at vedtage retsfor skrifter med henblik på at indskrænke rækkevidden af de forpligtelser, der nævnes ovenfor, hvis en sådan indskrænkning »er nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed (dvs. statens sikkerhed), forsvaret, den offentlige sikkerhed, eller forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager [...]«. Der bliver eksplicit refereret til lagring af data i artikel 15, stk. 1, i e-direktivet om privatlivets fred. Medlemsstaterne kan »vedtage retsfor skrifter om lagring af data i en begrænset periode«, som kan begrundes i et af de nævnte hensyn.
22. Hensigten med datalagringsdirektivet var at ensrette medlemsstaternes initiativer under artikel 15, stk. 1, for så vidt angår lagring af data med henblik på efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet. Det skal understreges, at datalagringsdirektivet udgør en undtagelse til den generelle forpligtelse indeholdt i e-direktivet om privatlivets fred om at slette data, når de ikke længere er nødvendige <sup>(22)</sup>.
23. Med vedtagelsen af datalagringsdirektivet er der indsat et ekstra stk. 1, litra a), i artikel 15 i e-direktivet om privatlivets fred, hvori det angives, at artikel 15, stk. 1, ikke finder anvendelse på data, der i henhold til datalagringsdirektivet udtrykkelig kræves lagret til de formål, der er omhandlet i nævnte direktivs artikel 1, stk. 1.
24. Det bemærkes i evalueringsrapporten, og det vil blive drøftet yderligere i del IV.3 nedenfor, at artikel 15, stk. 1, og 15, stk. 1, litra b), er anvendt af flere medlemsstater for også at bruge data, der er lagret i henhold til datalagringsdirektivet, til andre formål <sup>(23)</sup>. EDPS har omtalt dette som et »lovligt smuthul« i den retlige ramme, som vanskeliggør formålet med datalagringsdirektivet, nemlig at sikre lige vilkår for erhvervssektoren <sup>(24)</sup>.

<sup>(20)</sup> Jf. artikel 5 i e-direktivet om privatlivets fred.

<sup>(21)</sup> Jf. artikel 6 og 9 i e-direktivet om privatlivets fred.

<sup>(22)</sup> Jf. også Artikel 29-gruppen i rapporten af 13. juli 2010, som der henvises til i fodnote 13, s. 1.

<sup>(23)</sup> Jf. s. 4 i evalueringsrapporten. Jf. i den henseende også betragtning 12 til datalagringsdirektivet.

<sup>(24)</sup> Jf. talen af 3. december 2010, som der henvises til i fodnote 9, s. 4.

<sup>(19)</sup> Se fodnote 2.

### III. DEN GENERELLE RETLIGE RAMME FOR EU HAR ÆNDRET SIG EFTER LISSABON

25. Den generelle retlige ramme for EU, der vedrører dataagringsdirektivet, blev betydeligt ændret i forbindelse med Lissabontraktatens ikrafttræden. En væsentlig ændring var afskaffelsen af søjlestrukturen, som havde fastsat forskellige lovgivningsprocedurer og vurderingsmekanismer for EU's forskellige kompetenceområder.
26. Den tidligere søjlestruktur gav ofte anledning til drøftelser om det korrekte retsgrundlag for et EU-instrument i tilfælde af, at et emne udløste EU-kompetence inden for forskellige søjler. Valget af et retsgrundlag var ikke uden betydning, da det førte til forskellige lovgivningsprocedurer mht. f.eks. afstemningskravene i Rådet (kvalificeret flertal eller enstemmighed) eller deltagelse af Europa-Parlamentet.
27. Disse drøftelser var højt relevante i forbindelse med lagring af data. Eftersom dataagringsdirektivet havde til formål at harmonisere udbydernes forpligtelser og dermed eliminere hindringer for det indre marked, kunne retsgrundlaget ses i artikel 95 i den tidligere EF-traktat (den tidligere første søjle). Emnet kunne imidlertid have været behandlet fra et retshåndhævelsessynspunkt, hvor det kunne fremføres, at formålet med at opbevare data var at bekæmpe alvorlige forbrydelser, inden for politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager i den tidligere EU-traktat (den tidligere tredje søjle) <sup>(25)</sup>.
28. Da det kom til stykket blev dataagringsdirektivet vedtaget på baggrund af artikel 95 i den tidligere EF-traktat, hvor det udelukkende er operatørernes forpligtelser, der reguleres. Direktivet omfattede ikke regler for de retshåndhævende myndigheders adgang til og brug af de lagrede data.
29. Efter vedtagelsen af direktivet blev gyldigheden af det anfægtet ved EU-Domstolen. Det blev fremført, at direktivet skulle have været baseret på den tredje søjle i stedet for den første søjle, eftersom formålet med lagringen af dataene (efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet), henhørte under EU's kompetence inden for den tredje søjle <sup>(26)</sup>. Eftersom de kompetente myndigheders adfærd var eksplicit udelukket fra direktivets anvendelsesområde, konkluderede EU-domstolen, at direktivet med rette var baseret på EF-traktaten <sup>(27)</sup>.
30. EDPS har fra begyndelsen anført, at EU, hvis det vedtog et instrument om lagring af data, burde regulere operatørernes forpligtelser samt de retshåndhævende myndigheders adgang og yderligere anvendelse. I sin udtalelse af 2005 om Kommissionens forslag understregede EDPS, at kompetente nationale myndigheders adgang og yderligere anvendelse udgjorde et væsentligt element, der var uløseligt forbundet med emnet <sup>(28)</sup>.
31. De negative virkninger der er ved, at EU kun regulerer halvdelen af forholdet, og som uddybes yderligere nedenfor, bekræftes i den aktuelle evalueringsrapport. Kommissionen konkluderer, at forskellene inden for national lovgivning vedrørende de kompetente nationale myndigheders adgang og yderligere anvendelse har medført »betydelige vanskeligheder« for operatører <sup>(29)</sup>.
32. Med ophævelsen af søjlestrukturen efter Lissabontraktatens ikrafttræden blev to relevante områder inden for EU-kompetencerne samlet i TEUF, som tillader, at vedtagelsen af EU-lovgivning underlægges den samme lovgivningsprocedure. Denne nye kontekst giver mulighed for vedtagelsen af et nyt, enkelt instrument om lagring af data, hvor der foretages regulering af operatørernes forpligtelser samt betingelserne for de retshåndhævende myndigheders adgang og yderligere anvendelse. Som det vil blive forklaret i del IV.3 herunder, kræver retten til privatlivets fred og databeskyttelse i tilfælde af, at en revideret EU-foranstaltning om dataagrning kommer i betragtning, at den mindst skal regulere anliggendet i sin helhed.
33. Med Lissabontraktaten afskaffes ikke blot søjlestrukturen, det tidligere ikkebindende EU-charter om grundlæggende rettigheder, som omfattede retten til privatlivets fred og databeskyttelse i artikel 7 og 8, fik også samme retskraft som traktaterne <sup>(30)</sup>. En subjektiv ret til databeskyttelse blev yderligere inkluderet i artikel 16 i TEUF, hvor der blev udarbejdet et særskilt retsgrundlag for EU-instrumenter om beskyttelse af personoplysninger.
34. Beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder har længe været en hjørnesteen i EU-politikken, og Lissabontraktaten har medført et endnu større engagement mht. disse rettigheder i EU-sammenhæng. De ændringer, som Lissabontraktaten har medført, inspirerede i oktober 2010 Kommissionen til at bekendtgøre, at en »bevidsthed om grundlæggende rettigheder« skal fremmes på alle stadier i lovgivningsprocessen og at anføre, at EU's charter om grundlæggende rettigheder »skal være en rettesnor for Unionens politikker« <sup>(31)</sup>. EDPS mener, at den aktuelle evalueringsproces giver Kommissionen en god mulighed for at bevise dette engagement.

<sup>(25)</sup> Et første forslag til EU-regler om lagring af data (en rammeafgørelse) blev baseret på den tidligere EU-traktat, fremsat af Frankrig, Irland, Sverige og Det Forenede Kongerige. Se Rådets dokument 8958/04 af 28. april 2004. Dette forslag blev efterfulgt af et forslag fra Kommissionen baseret på EF-traktaten. Se KOM(2005) 438 af 21. september 2005.

<sup>(26)</sup> Dette argument blev baseret på EU-Domstolens dom i »PNR-sagerne«, se EU-Domstolen den 30. maj 2006, *Parlamentet mod Rådet og Kommissionen*, C-317/05 og C-318/04.

<sup>(27)</sup> Jf. EU-Domstolens dom af 10. februar 2009, *Irland mod Parlamentet og Rådet*, sag C-301/06, præmis 82-83.

<sup>(28)</sup> Jf. udtalelsen af 2005, pkt. 80. Se herom også del IV.3 i nærværende udtalelse.

<sup>(29)</sup> Jf. s. 31 i evalueringsrapporten.

<sup>(30)</sup> Jf. artikel 6, stk. 1, TEU.

<sup>(31)</sup> KOM(2010) 573 af 19. oktober 2010, Strategi for Den Europæiske Unions effektive gennemførelse af chartret om grundlæggende rettigheder, s. 4.

#### IV. OPFYLDER DATALAGRINGSDIREKTIVET KRAVENE OM PRIVATLIVETS FRED OG DATABESKYTTELSE?

35. I evalueringsrapporten påvises der flere svagheder i det aktuelle datalagringsdirektiv. Det fremgår af oplysningerne i rapporten, at direktivet ikke har levet op til sit hovedformål, nemlig at harmonisere den nationale lovgivning om lagring af data. Kommissionen bemærker, at der er »betydelige« forskelle i de nationale gennemførelsesbestemmelser med hensyn til formålsbegrænsning, adgang til data, lagringsperioder, databeskyttelse, datasikkerhed og statistikker<sup>(32)</sup>. I henhold til Kommissionen skyldes forskellene delvis de variationsmuligheder, direktivet giver. Kommissionen anfører imidlertid, at selv når der ses bort fra disse, har »forskelle i den nationale anvendelse af datalagring [...] skabt betydelige vanskeligheder for operatører«, og at »[r]etssikkerheden [...] stadig [er] utilstrækkelig for sektoren«<sup>(33)</sup>. En sådan mangel på harmonisering er naturligvis skadelig for alle involverede parter: borgere, erhvervsdrivende samt retshåndhævende myndigheder.

36. Ud fra et privatlivs- og databeskyttelsesperspektiv berettiger evalueringsrapporten også den konklusion, at datalagringsdirektivet ikke opfylder de krav, der er omfattet af retten til privatlivets fred og databeskyttelse. Der er flere mangler: nødvendigheden af datalagring, som anført i datalagringsdirektivet, er ikke påvist i tilstrækkelig grad, lagring af data kunne, under alle omstændigheder, have været reguleret på en måde, der griber mindre ind i privatlivets fred, og datalagringsdirektivet mangler »forudsigelighed«. Disse tre punkter uddybes yderligere nedenfor.

##### IV.1. Nødvendigheden af lagring af data som anført i datalagringsdirektivet er ikke påvist i tilstrækkelig grad

37. Et indgreb i retten til privatlivets fred og databeskyttelse er kun tilladt, hvis det er nødvendigt for at opnå det legitime formål. Nødvendigheden af at opbevare data som en retshåndhævelsesforanstaltning har altid været et større diskussionsemne<sup>(34)</sup>. I forslaget til direktivet blev det anført, at begrænsningerne i retten til privatlivets fred og databeskyttelse var nødvendige for at opfylde de generelt anerkendte formål om forebyggelse og bekæmpelse af kriminalitet og terrorisme<sup>(35)</sup>. I sin udtalelse af 2005 fremførte EDPS imidlertid, at han ikke var overbevist om dette udsagn, eftersom det krævede flere beviser<sup>(36)</sup>. Alligevel blev det uden flere beviser angivet i betragtning 9 til datalagringsdirektivet, at »lagring af data har vist sig at være et [...] nødvendigt og effektivt efterforskningsredskab for retshåndhævelsen i flere medlemsstater«.

38. På grund af manglen på tilstrækkelig dokumentation anførte EDPS, at datalagringsdirektivet udelukkende var baseret på den antagelse, at lagring af data som udført i

datalagringsdirektivet udgør en nødvendig foranstaltning<sup>(37)</sup>. EDPS opfordrede derfor Kommissionen og medlemsstaterne til at bruge evalueringsrapporten som en anledning til at komme med mere dokumentation, som bekræftede, at antagelsen om nødvendigheden af lagring af data og den måde, hvorpå lagringen reguleres i datalagringsdirektivet, faktisk var korrekt.

39. I den forbindelse anfører Kommissionen i evalueringsrapporten, at »[d]e fleste medlemsstater er af den opfattelse, at EU-regler om datalagring er nødvendige som et værktøj til retshåndhævelse og beskyttelse af ofre og de strafferetlige systemer«. Der refereres endvidere til datalagring som noget, der spiller en »vigtig rolle« for efterforskningen af straffesager, og »som minimum er nyttig og i nogle tilfælde uundværlig«, og det angives, at visse forbrydelser »måske aldrig ville være blevet opklaret«<sup>(38)</sup> uden datalagring. Kommissionen konkluderer, at EU derfor bør »støtte og regulere datalagring som en sikkerhedsforanstaltning«<sup>(39)</sup>.

40. Det er imidlertid tvivlsomt, om Kommissionen kan konkludere, at de fleste medlemsstater anser datalagring for at være et nødvendigt værktøj. Det angives ikke, hvilke medlemsstater der udgør dette flertal, som i et EU med 27 medlemsstater skal være mindst 14 for, at der kan tales om de fleste medlemsstater. Antallet af medlemsstater, der konkret henvises til i afsnit 5, hvorpå konklusionerne er baseret, er højst ni<sup>(40)</sup>.

41. Desuden ser det ud til, at Kommissionen hovedsageligt baserer sig på medlemsstaternes udsagn om, hvorvidt de anser datalagring for at være et nødvendigt værktøj til retshåndhævelsesformål. Disse udsagn tyder imidlertid nærmere på, at de pågældende medlemsstater gerne vil have EU-regler om datalagring, men kan ikke som sådan fastslå et behov for datalagring som en retshåndhævelsesforanstaltning støttet og reguleret af EU. Udsagnene om nødvendigheden skal understøttes af tilstrækkelig dokumentation.

42. Det skal indrømmes, at det at påvise nødvendigheden af en foranstaltning, der griber ind i privatlivets fred, ikke er en nem opgave. I særlig grad ikke for Kommissionen, der i høj grad er afhængig af de oplysninger, som medlemsstaterne kommer med.

43. Hvis der imidlertid allerede findes en foranstaltning, såsom datalagringsdirektivet, og der er opnået praktisk erfaring, bør der være tilstrækkelige kvalitative og kvantitative oplysninger til rådighed, som giver mulighed for en vurdering af, hvorvidt foranstaltningen rent faktisk fungerer, og om der kunne have været opnået sammenlignelige resultater uden instrumentet eller med alternative metoder, der griber mindre ind i privatlivets fred. Sådanne oplysninger skal

<sup>(32)</sup> Jf. s. 31 i evalueringsrapporten.

<sup>(33)</sup> Jf. s. 31 i evalueringsrapporten.

<sup>(34)</sup> Jf. udtalelsen fra EDPS af 2005. Jf. også brevet af 22. juni 2010 fra en stor gruppe af civilsamfundets organisationer, som der henvises til i fodnote 10.

<sup>(35)</sup> KOM(2005) 438 af 21. september 2005, s. 3.

<sup>(36)</sup> Jf. udtalelsen af 2005, pkt. 17-22.

<sup>(37)</sup> Jf. talen af 3. december 2010, som der henvises til i fodnote 9.

<sup>(38)</sup> Alle citater er fra s. 23 eller 31 i evalueringsrapporten.

<sup>(39)</sup> Jf. s. 31 i evalueringsrapporten.

<sup>(40)</sup> Tjekkiet, Slovenien, Det Forenede Kongerige, Tyskland, Polen, Finland, Nederlandene, Irland og Ungarn.

udgøre et reelt bevis og vise sammenhængen mellem anvendelse og resultat<sup>(41)</sup>. Da oplysningerne vedrører et EU-direktiv, skal de desuden repræsentere praksis i mindst flertallet af EU's medlemsstater.

44. Efter en omhyggelig analyse indtager EDPS, selv om Kommissionen tydeligvis har gjort en stor indsats for at indsamle oplysninger fra medlemsstaternes regeringer, det standpunkt, at de kvantitative og kvalitative oplysninger, der er leveret af medlemsstaterne, ikke er tilstrækkelige til at bekræfte nødvendigheden af datalagring, som den er udformet i datalagringsdirektivet. Der er givet interessante eksempler på anvendelsen heraf, men der er simpelthen for mange mangler i de oplysninger, der præsenteres i rapporten, til, at der kan gives generelle konklusioner om nødvendigheden af instrumentet. Desuden skal der stadig foretages yderligere undersøgelser af alternative måder. Disse to punkter vil nu blive uddybet yderligere.

*De kvantitative og kvalitative oplysninger, der er anført i evalueringsrapporten*

45. Hvad angår de kvantitative, statistiske oplysninger, der først og fremmest fremkommer i afsnit 5 og i bilaget til evalueringsrapporten, mangler der afgørende oplysninger. For eksempel viser statistikken ikke til hvilke formål, der blev søgt efter dataene. Desuden afslører tallene ikke, om alle data, hvortil der er anmodet om adgang, var data, som blev lagret som følge af den lovbestemte pligt til at opbevare data, eller om det skete i erhvervsmaessigt øjemed. Desuden blev der ikke givet oplysninger om resultaterne af brugen af dataene. Mht. at drage konklusioner er det derudover problematisk, at oplysningerne fra de forskellige medlemsstater ikke altid er fuldt ud sammenlignelige, og at diagrammerne i mange tilfælde kun repræsenterer ni medlemsstater.
46. De kvalitative eksempler, der gives i rapporten, tegner et bedre billede af den vigtige rolle, lagrede data har spillet i visse specifikke situationer, og af de mulige fordele, der er ved et system med datalagring. Det er imidlertid ikke tydeligt i alle sager, om brugen af de lagrede data var den eneste måde, hvorpå den pågældende forbrydelse kunne opklares.
47. Nogle eksempler viser nødvendigheden af en foranstaltning med datalagring til bekæmpelse af internetkriminalitet. I den henseende er det værd at bemærke, at det væsentligste internationale instrument på dette område, Europarådets konvention om internetkriminalitet, ikke forudser datalagring som et middel til at bekæmpe internetkriminalitet, men kun henviser til opbevaring af data som et efterforskningsværktøj<sup>(42)</sup>.
48. Kommissionen synes at tillægge eksempler fra medlemsstaterne, hvor lagrede data blev brugt til at udelukke mistænkte fra forbrydelser og til at bekræfte alibier, bety-

delig vægt<sup>(43)</sup>. Selv om disse eksempler er interessante eksempler på, hvordan data bruges af retshåndhavende myndigheder, kan de ikke fremsættes som et bevis for behovet for lagring af data. Dette argument skal anvendes med forsigtighed, da det kan misforstås og antyde, at lagring af data er nødvendig for at bevise borgernes uskyld, hvilket ville være vanskeligt at forene med uskyldformodningen.

49. I evalueringsrapporten foretages kun en kort drøftelse af værdien af datalagring i forhold til den teknologiske udvikling og mere specifikt brugen af forudbetalte SIM-kort<sup>(44)</sup>. EDPS understreger, at det ville have været informativt med flere kvantitative og kvalitative oplysninger om brugen af den nye teknologi, der ikke er omfattet af direktivet (dette kan f.eks. være VoIP og sociale netværk), med henblik på at vurdere, hvor virkningsfuldt direktivet er.
50. Evalueringsrapporten er begrænset, fordi den for størstedelen fokuser på kvantitative og kvalitative oplysninger, der er givet af de medlemsstater, der har gennemført datalagringsdirektivet. Det havde imidlertid været interessant at se, om der opstod betydelige forskelle mellem disse medlemsstater og medlemsstater, der ikke har gennemført direktivet. Det ville især for de medlemsstater, hvor gennemførelsen af lovgivningen er blevet annulleret (Tyskland, Rumænien og Tjekkiet), have været interessant at se, om der er tegn på en stigning eller et fald i vellykkede efterforskninger af kriminalsager enten før eller efter disse annulleringer.
51. Kommissionen erkender, at statistikken og eksemplerne i evalueringsrapporten er »begrænset på nogle områder«, men konkluderer ikke desto mindre, at dokumentationen vidner om, at »datalagring spiller en vigtig rolle for efterforskningen af straffesager«<sup>(45)</sup>.
52. EDPS mener, at Kommissionen skulle have været mere kritisk over for medlemsstaterne. Som anført kan visse medlemsstaters politiske udsagn om behovet for en sådan foranstaltning ikke alene berettige handling fra EU's side. Kommissionen burde have insisteret på, at medlemsstaterne skulle levere tilstrækkelig dokumentation om nødvendigheden af foranstaltningen. I henhold til EDPS burde Kommissionen mindst have gjort sin støtte til datalagring som en sikkerhedsforanstaltning (se s. 31 i evalueringsrapporten) betinget af, at medlemsstaterne fremlagde yderligere dokumentation under konsekvensanalysen.

#### *Alternative metoder*

53. Nødvendigheden af datalagring som anført i datalagringsdirektivet afhænger også af, om der findes alternative metoder, der griber mindre ind i privatlivets fred, og som kunne have medført sammenlignelige resultater. Dette blev bekræftet af EU-Domstolens afgørelse i *Schecke*-sagen i november 2010, hvor EU-lovgivningen om offentliggørelse af navne på modtagere af støtte fra landbrugsfonde

<sup>(41)</sup> Vedrørende princippet om nødvendighed og proportionalitet henvises også til udtalelsen fra EDPS af 25. marts 2011 om EU's forslag vedrørende PNR, der kan ses på EDPS' websted (<http://www.edps.europa.eu>) under »Consultation« >> »Opinions« >> »2011«.

<sup>(42)</sup> Jf. også s. 5 i evalueringsrapporten.

<sup>(43)</sup> Jf. s. 24 i evalueringsrapporten.

<sup>(44)</sup> Jf. s. 25 i evalueringsrapporten.

<sup>(45)</sup> Jf. s. 31 i evalueringsrapporten.

- blev annulleret<sup>(46)</sup>. En af årsagerne til annulleringen var, at Rådet og Kommissionen ikke havde taget alternative metoder i betragtning, som kunne være forenelige med formålet med offentliggørelsen og samtidig ville være mindre indgribende i de pågældende personers ret til privatlivets fred og databeskyttelse<sup>(47)</sup>.
54. Det væsentligste alternativ, der blev fremsat i drøftelserne af datalagringsdirektivet, er metoden hastesikring af data (»quick freeze« og »quick freeze plus«)<sup>(48)</sup>. Det består af en midlertidig sikring eller »fastfrysning« af visse telekommunikationstrafik- og lokaliseringdata, der kun vedrører specifikke personer mistænkt for kriminel aktivitet, og som efterfølgende kan blive gjort tilgængelige for retshåndhævende myndigheder med en retskendelse.
55. Hastesikring af data er nævnt i evalueringsrapporten i forbindelse med førnævnte konvention om internetkriminalitet, men det anses for at være utilstrækkeligt, fordi det »ikke giver nogen garanti for, at der kan etableres beviser forud for retskendelsen om hastesikring af data, at der kan foretages efterforskning, hvis et mål er ukendt, og at der kan indsamles bevis for f.eks. ofres eller vidners færden«<sup>(49)</sup>.
56. EDPS erkender, at der er færre oplysninger til rådighed, når der anvendes et system med hastesikring af data i stedet for et bredt system med datalagring. Men det er netop pga. hastesikringens større måltetthed, at hastesikringen af data udgør et mindre indgreb i privatlivets fred med hensyn til omfang og antallet af personer, det har indvirkning på. Vurderingen burde ikke kun fokusere på tilgængelige data, men også på de forskellige resultater, der opnås ved de to systemer. EDPS anser en mere dybdegående undersøgelse af foranstaltningen for at være berettiget og nødvendigt. Dette kan ske i forbindelse med konsekvensanalyse i de kommende måneder.
57. I den forbindelse er det uheldigt, at Kommissionen i rapportens konklusion forpligter sig til at undersøge, om — og i givet fald hvordan — en EU-tilgang til hastesikring af data kunne supplere (dvs. ikke erstatte) datalagring<sup>(50)</sup>. Muligheden for at kombinere en hvilken som helst form for plan om datalagring med de retssikkerhedsgarantier, der omgiver forskellige metoder for hastesikring af data fortjener helt sikkert yderligere undersøgelse. EDPS anbefaler imidlertid, at Kommissionen i forbindelse med konsekvensanalysen også overvejer, om et system til hastesikring af data, eller andre alternative metoder, fuldt ud eller delvist kunne erstatte den aktuelle plan om datalagring.
- IV.2. Datalagring som fastsat i datalagringsdirektivet går under alle omstændigheder ud over, hvad der er nødvendigt**
58. Ifølge EDPS indeholder oplysningerne i evalueringsrapporten ikke tilstrækkelig dokumentation til at påvise nødvendigheden af datalagringsforanstaltningen som fastsat i datalagringsdirektivet. Evalueringsrapporten tillader imidlertid den konklusion, at datalagringsdirektivet har reguleret datalagring på en måde, der er mere vidtrækkende end nødvendigt, eller, i det mindste, at det ikke har sikret, at lagring af data ikke er anvendt på den måde. I den henseende fremhæves fire elementer.
59. For det første har det uklare formål med foranstaltningen og det brede begreb »kompetente nationale myndigheder« medført, at opbevarede data anvendes til alt for mange formål og af alt for mange myndigheder. Desuden findes der ingen overensstemmelse mht. sikkerhedsforanstaltningerne og betingelserne for adgang til dataene. F.eks. er adgang ikke betinget af forudgående tilladelse fra en retsinstans eller en anden uafhængig myndighed i alle medlemsstater.
60. For det andet synes den maksimale lagringsperiode på to år at gå ud over, hvad der er nødvendigt. Statistiske oplysninger fra et antal medlemsstater i evalueringsrapporten viser, at langt størstedelen af anmodningerne om adgang til data vedrører data op til seks måneder, nemlig 86 %<sup>(51)</sup>. Desuden har 16 medlemsstater valgt en lagringsperiode på 1 år eller mindre i deres lovgivning<sup>(52)</sup>. Dette tyder stærkt på, at maksimumperioden på to år går langt ud over, hvad der anses for at være nødvendigt af størstedelen af medlemsstaterne.
61. Desuden har manglen på én fastsat lagringsperiode for alle medlemsstater skabt mange forskellige divergerende nationale love, hvilket kan give komplikationer, fordi det ikke altid er klart, hvilken national lov — om datalagring og databeskyttelse — der gælder, når operatører opbevarer data i en anden medlemsstat end den, hvor dataene blev indsamlet.
62. For det tredje er sikkerhedsniveauet ikke tilstrækkeligt harmoniseret. En af hovedkonklusionerne i Artikel 29-gruppens rapport af juli 2010 var, at der er et kludetæppe af sikkerhedsforanstaltninger i de forskellige medlemsstater. Kommissionen synes at anse sikkerhedsforanstaltningerne i det aktuelle direktiv for at være tilstrækkelige, idet »der ikke er nogen konkrete eksempler på alvorlige krænkelse af privatlivets fred«<sup>(53)</sup>. Det viser sig imidlertid, at Kommissionen kun har anmodet medlemsstaternes regeringer om at rapportere om dette. For at vurdere egnetheden af de aktuelle sikkerhedsregler og -foranstaltninger er det nødvendigt med en bredere konsultation og mere konkrete undersøgelser af tilfælde af misbrug. Selv om der ikke er nævnt specifikke tilfælde af sikkerhedsbrud i rapporten,

<sup>(46)</sup> EU-Domstolens dom af 9. november 2010, *Volker und Markus Schecke*, forenede sager C-92/09 og C-93/09.

<sup>(47)</sup> EU-Domstolen, *Schecke-dommen*, præmis 81.

<sup>(48)</sup> »Quick freeze« vedrører »fastfrysning« (sikring) af trafik- og lokaliseringdata, der vedrører en specifik person under mistanke, fra datoen for retskendelsen. »Quick freeze plus« omfatter også »fastfrysning« af data, der allerede opbevares af operatører med henblik på debitering og transmission.

<sup>(49)</sup> Jf. s. 5 i evalueringsrapporten.

<sup>(50)</sup> Jf. s. 32 i evalueringsrapporten.

<sup>(51)</sup> Jf. s. 22 i evalueringsrapporten. 12 % vedrører data, der er 6-12 måneder gamle, og 2 % vedrører data, der er mere end 1 år gamle.

<sup>(52)</sup> Jf. s. 14 i evalueringsrapporten.

<sup>(53)</sup> Jf. s. 30 i evalueringsrapporten.

tjener datasikkerhedsbrud og -skandaler inden for området trafikdata og elektronisk kommunikation i nogle medlemsstater også som eksempler på advarsler. Der skal ikke tages let på dette emne, idet sikkerheden i forbindelse med de lagrede data er af afgørende betydning for et system med datalagring som sådan, da det sikrer respekt for alle andre sikkerhedsforanstaltninger<sup>(54)</sup>.

63. For det fjerde fremgår det ikke tydeligt af rapporten, om alle kategorier af lagrede data har vist sig at være nødvendige. Der nævnes kun nogle generelle forskelle mellem telefon- og internetdata. Nogle medlemsstater har valgt en kortere lagringsperiode for internetdata<sup>(55)</sup>. Der kan imidlertid ikke drages nogen generelle konklusioner herpå.

#### IV.3. Datalagringsdirektivet mangler forudsigelighed

64. En anden mangel ved datalagringsdirektivet vedrører dets manglende forudsigelighed. Kravet om forudsigelighed kommer fra det generelle krav i artikel 8, stk. 2, i ECHR og artikel 52, stk. 1, i EU's charter om grundlæggende rettigheder, om, at et indgreb skal være fastlagt i lovgivningen. I henhold til Menneskerettighedsdomstolen betyder det, at foranstaltningen skal have et retligt grundlag og skal være i overensstemmelse med retsstatsprincippet. Dette betyder, at lovgivningen skal være tilstrækkelig tilgængelig, og at den skal kunne forudses<sup>(56)</sup>. Det er også fremhævet i EU-Domstolens afgørelse i sagen *Österreichischer Rundfunk*, at lovgivningen skal affattes tilstrækkeligt præcist til, at lovens adressater kan tilpasse deres adfærd i overensstemmelse hermed<sup>(57)</sup>. Lovgivningen skal med tilstrækkelig klarhed angive omfanget af de beføjelser, der tildeles de kompetente myndigheder, og måden, hvorpå de skal udøves<sup>(58)</sup>.

65. I tjeklisten i Kommissionens meddelelse om EU's charter om grundlæggende rettigheder er et af spørgsmålene, der skal besvares, også om eventuelle begrænsninger af de grundlæggende rettigheder er formuleret »tydeligt og forudsigeligt«<sup>(59)</sup>. I sin meddelelse om oversigten over informationsstyring i området med frihed sikkerhed og retfærdighed anførte Kommissionen også, at borgerne »har ret til at få oplyst, hvilke personoplysninger der behandles og udveksles om dem, af hvem og med hvilket formål«<sup>(60)</sup>.

66. I forbindelse med et EU-direktiv ligger ansvaret for overholdelsen af de grundlæggende rettigheder, herunder kravet om forudsigelighed, først og fremmest hos medlemsstaterne, som gennemfører direktivet i deres nationale lovgiv-

ning. Det er et velkendt krav, at en sådan gennemførelse skal ske i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder<sup>(61)</sup>.

67. I evalueringsrapporten fremhæver Kommissionen også, at direktivet »[...] ikke i sig selv [giver] nogen garanti for, at lagrede data lagres, udtrækkes eller anvendes i fuld overensstemmelse med retten til privatlivets fred og beskyttelse af personlige oplysninger«. Der gøres opmærksom på, at »[a]nsvaret for at sikre, at disse rettigheder respekteres, ligger hos medlemsstaterne«<sup>(62)</sup>.

68. EDPS mener imidlertid, at et EU-direktiv i sig selv til en vis grad skal opfylde kravet om forudsigelighed. Eller, for at omformulere EU-Domstolens ord i sagen om *Lindqvist*, at den ordning, som er fastsat ved et direktiv, ikke skal være uforudseelig<sup>(63)</sup>. Det er i særlig grad tilfældet med en EU-foranstaltning, som kræver, at medlemsstaterne organiserer et omfattende indgreb i borgernes ret til privatlivets fred og databeskyttelse. EDPS indtager det standpunkt, at EU har et ansvar for at sikre mindst et tydeligt defineret formål og en tydelig angivelse af, hvem der kan få adgang til data og på hvilke betingelser.

69. Denne indstilling støttes af den nye retlige ramme, der blev indført med Lissabontraktaten, der, som anført, styrkede EU's kompetence inden for politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager og gav EU en større forpligtelse til at opretholde de grundlæggende rettigheder.

70. EDPS ønsker at gøre opmærksom på, at kravet om et udtrykkeligt angivet formål og det efterfølgende forbud mod at behandle data på en måde, der er uforenelig med dette formål (»princippet om formålsbegrænsning«), er af afgørende betydning for beskyttelsen af personoplysninger, som bekræftet i artikel 8 i EU's charter om grundlæggende rettigheder<sup>(64)</sup>.

71. Evalueringsrapporten viser, at valget om at overlade den præcise definition af, hvad der udgør »grov kriminalitet«, og efterfølgende af, hvad der bør anses for at være »kompetente myndigheder«, til medlemsstaterne, har medført en bred vifte af formål, hvortil dataene er blevet anvendt<sup>(65)</sup>.

72. Kommissionen anfører, at »[d]e fleste medlemsstater, som har gennemført direktivet, tillader i den nationale lovgivning adgang til og anvendelse af lagrede data til formål, som går videre end formålene i direktivet, herunder forebyggelse og bekæmpelse af strafbare handlinger generelt og risici for liv og legeme«<sup>(66)</sup>. Medlemsstaterne gør brug af det »lovlige smuthul« i artikel 15, stk. 1, i e-direktivet om privatlivets fred<sup>(67)</sup>. Kommissionen vurderer, at denne

<sup>(54)</sup> Jf. også udtalelsen fra EDPS herom af 2005, pkt. 29-37. jf. også talen fra den assisterende tilsynsførende af 4. maj 2011, der findes på EDPS' websted (<http://www.edps.europa.eu>) under »Publications« >> »Speeches & Articles« >> »2011«.

<sup>(55)</sup> Jf. s. 14 i evalueringsrapporten.

<sup>(56)</sup> Jf. Menneskerettighedsdomstolen, *S. and Marper*, som der refereres til i fodnote 7, præmis 151.

<sup>(57)</sup> EU-Domstolens dom af 20. maj 2003, *Österreichischer Rundfunk*, sag C-465/00, præmis 77, og Menneskerettighedsdomstolen, *S. and Marper*, som der refereres til i fodnote 7, præmis 95.

<sup>(58)</sup> Jf. Menneskerettighedsdomstolen, *Malone*, som der refereres til i fodnote 8, præmis 66-68.

<sup>(59)</sup> KOM(2010) 573, som der refereres til i fodnote 31, s. 5.

<sup>(60)</sup> KOM(2010) 385, som der refereres til i fodnote 17, s. 3.

<sup>(61)</sup> Jf. f.eks. EU-Domstolen den 6. november 2003, *Lindqvist*, præmis 87.

<sup>(62)</sup> Jf. s. 31 i evalueringsrapporten.

<sup>(63)</sup> EU-Domstolen, *Lindqvist*, præmis 84.

<sup>(64)</sup> Jf. også artikel 6 i direktiv 95/46/EF.

<sup>(65)</sup> Jf. s. 8 i evalueringsrapporten.

<sup>(66)</sup> Jf. s. 8 i evalueringsrapporten.

<sup>(67)</sup> Som drøftet i pkt. 24 ovenfor.



situation muligvis ikke giver tilstrækkelig »forudsigelighed, hvilket er et krav til enhver lovgivningsmæssig foranstaltning, som indskrænker retten til privatlivets fred«<sup>(68)</sup>.

73. Under disse omstændigheder kan det ikke siges, at datalagringsdirektivet i sig selv, især sammenholdt med e-direktivet om privatlivets fred, giver den klarhed, der er nødvendig for at opfylde princippet om forudsigelighed på EU-niveau.

#### V. VEJEN FREM: ALLE MULIGHEDER BØR OVERVEJES

74. Analysen i den foregående del berettiger den konklusion, at datalagringsdirektivet ikke lever op til kravene i henhold til retten til privatlivets fred og databeskyttelse. Det er derfor klart, at datalagringsdirektivet ikke kan blive ved med at eksistere i sin nuværende form. I den henseende foreslår Kommissionen med rette en revision af de nuværende datalagringsregler<sup>(69)</sup>.

75. Men før der foreslås en revideret udgave af direktivet:

a) Bør Kommission, i forbindelse med konsekvensanalysen, sørge for, at der indsamles mere praktisk dokumentation fra medlemsstaterne, for at påvise nødvendigheden af datalagring som en foranstaltning under EU-lovgivningen.

b) Hvis flertallet af medlemsstaterne anser datalagring for at være nødvendig, skal disse medlemsstater alle sammen fremsende kvantitativ og kvalitativ dokumentation herfor til Kommissionen.

c) Medlemsstater, der er imod en sådan datalagringsforanstaltning, skal give Kommissionen oplysninger, så der kan opnås en bredere vurdering af sagen.

76. I konsekvensanalysen skal det desuden undersøges, om alternative metoder, der griber mindre ind i privatlivets fred, kunne have medført eller stadig kan medføre sammenlignelige resultater. Kommissionen bør tage initiativet til dette, om nødvendigt støttet af eksternt ekspertise.

77. EDPS glæder sig over, at Kommissionen har meddelt, at den vil rådføre sig med alle involverede parter i forbindelse med konsekvensanalysen<sup>(70)</sup>. I den henseende opfordrer EDPS Kommissionen til at finde måder, hvorpå borgerne kan involveres direkte i dette.

78. Det skal understreges, at en vurdering af nødvendigheden og undersøgelsen af alternative metoder, der griber mindre ind i privatlivets fred, kun kan udføres på en retfærdig måde, hvis alle muligheder for direktivets fremtid er åbne. I den henseende synes Kommissionen at udelukke muligheden for at ophæve direktivet, enten per se eller kombineret med et forslag om en alternativ og mere målrettet EU-foranstaltning. EDPS opfordrer derfor Kommissionen til også seriøst at overveje disse muligheder i sin konsekvensanalyse.

79. Det er kun, hvis der er enighed om behovet for EU-regler, hvad angår det indre marked og politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager, og hvis nødvendigheden af datalagring, støttet og reguleret af EU, i forbindelse med konsekvensanalysen kan påvises i tilstrækkelig grad, hvilket omfatter en nøje overvejelse af alternative foranstaltninger, at et fremtidigt datalagringsdirektiv kan komme i betragtning.

80. EDPS afviser ikke, at lagrede data kan have en betydelig værdi til retshåndhævelsesformål, og at de kan spille en afgørende rolle i specifikke tilfælde. Ligesom den tyske Bundesverfassungsgericht udelukker EDPS ikke, at en veldefineret forpligtelse til at lagre telekommunikationsdata kan være berettiget under visse meget strenge betingelser<sup>(71)</sup>.

81. Et fremtidigt EU-instrument om datalagring skal derfor overholde følgende grundlæggende krav:

— Det skal være omfattende og reelt harmonisere regler om forpligtelsen til at lagre data samt om kompetente myndigheders adgang til og yderligere anvendelse af dataene.

— Det skal være udtømmende, hvilket betyder, at det har et tydeligt og præcist formål, og at det lovlige smuthul, som findes i artikel 15, stk. 1, i e-direktivet om privatlivets fred, lukkes.

— Det skal være forholdsmæssigt afpasset og ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt (se i den henseende kommentarerne i del IV.2 ovenfor).

82. EDPS vil naturligvis omhyggeligt undersøge alle fremtidige forslag om datalagring i lyset af disse grundbetingelser.

#### VI. KONKLUSION

83. EDPS glæder sig over, at Kommissionen — selv om det ikke er strengt påkrævet i henhold til artikel 14 i datalagringsdirektivet — i evalueringsrapporten også tog højde for direktivets konsekvenser for de grundlæggende rettigheder.

84. Evalueringsrapporten viser, at direktivet ikke har opfyldt sit hovedformål, nemlig at harmonisere den nationale lovgivning om lagring af data. En sådan mangel på harmonisering er skadelig for alle involverede parter: borgere, erhvervsdrivende samt retshåndhævende myndigheder.

85. På basis af evalueringsrapporten kan det konkluderes, at datalagringsdirektivet ikke lever op til de krav, der er fastsat i retten til privatlivets fred og databeskyttelse, af følgende årsager:

— nødvendigheden af lagring af data som anført i datalagringsdirektivet er ikke påvist i tilstrækkelig grad

— datalagring kunne have været reguleret på en måde, der griber mindre ind i privatlivets fred

<sup>(68)</sup> Jf. s. 9 og 15 i evalueringsrapporten.

<sup>(69)</sup> Jf. s. 32-33 i evalueringsrapporten.

<sup>(70)</sup> Jf. s. 32-33 i evalueringsrapporten.

<sup>(71)</sup> Jf. Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol), 1 BvR 256/08.

- datalagringsdirektivet mangler forudsigelighed
86. EDPS opfordrer Kommissionen til seriøst at overveje alle muligheder i konsekvensanalysen, herunder muligheden for at ophæve direktivet, enten per se eller kombineret med et forslag om en alternativ og mere målrettet EU-foranstaltning.
87. Et fremtidigt datalagringsdirektiv kan kun komme i betragtning, hvis der nås til enighed om behovet for EU-regler, hvad angår det indre marked og politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager, og hvis nødvendigheden af datalagring, støttet og reguleret af EU, i forbindelse med konsekvensanalysen kan påvises i tilstrækkelig grad, hvilket omfatter en nøje overvejelse af alternative foranstaltninger. Et sådant instrument skal opfylde følgende grundkrav:
- Det skal være omfattende og reelt harmonisere regler om forpligtelsen til at lagre data samt om kompetente myndigheders adgang til og yderligere anvendelse af dataene.
- Det skal være udtømmende, hvilket betyder, at det har et tydeligt og præcist formål, og at det lovlige smuthul, som findes i artikel 15, stk. 1, i e-direktivet om privatlivets fred, lukkes.
  - Det skal være forholdsmæssigt afpasset og ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt.

Udfærdiget i Bruxelles, den 31. maj 2011.

Peter HUSTINX  
*Tilsynsførende for Databeskyttelse*