

Nätsäkerhetsavdelningen
Jeanette Kronwall
08-6785898
jeanette.kronwall@pts.se

Konsekvenser av att EU-domstolen ogiltigförklarar trafikdatalagringsdirektivet

Inledning

Europaparlamentets och rådets direktiv (2006/24/EG) om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät, nedan Datalagringsdirektivet, införlivades den 1 maj 2012 i svensk rätt. Datalagringsdirektivet syftar till att harmonisera medlemsstaternas regler om skyldigheter för leverantörer av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät att lagra trafik- och lokaliseringssuppgifter samt uppgifter som behövs för att identifiera en abonnent eller användare för att säkerställa att uppgifterna finns tillgängliga för avslöjande, utredning och åtal av allvarliga brott. Lagringsskyldigheten enligt den svenska implementeringen omfattar även uppgifter om misslyckad uppringning och uppgifter om lokalisering av mobil kommunikationsutrustning vid kommunikationens slut.

EU-domstolen har genom sitt avgörande av den 8 april 2014 ogiltigförklarar Datalagringsdirektivet i sin helhet. Domstolen har inte begränsat verkningarna i tiden av sin dom vilket innebär att ogiltigförklaringen gäller med retroaktiv verkan från den dag direktivet trädde i kraft. Domstolen anser att Datalagringsdirektivet utgör ett synnerligen allvarligt ingrepp i den grundläggande rätten till respekt för privatlivet och skydd för personuppgifter genom att kräva att dessa uppgifter ska lagras och genom att ge behöriga nationella myndigheter tillgång till dessa uppgifter. Lagringen av uppgifter i syfte att eventuellt överlämna dem till behöriga nationella myndigheter svarar mot ett mål av allmänt intresse nämligen bekämpningen av grov brottslighet som syftar till allmän säkerhet. Domstolen anser emellertid att

Post- och telestyrelsen

Postadress:
Box 5398
102 49 Stockholm

Besöksadress:
Valhallavägen 117
www.pts.se

Telefon: 08-678 55 00
Telefax: 08-678 55 05
pts@pts.se

unionslagstiftaren genom att anta Datalagringsdirektivet har överskridit de gränser som följer av att proportionalitetsprincipen ska iakttas.

Frågeställningar

- Innebär ett ogiltigförklarande av Datalagringsdirektivet att de svenska reglerna, i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK), förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation (FEK) samt tillhörande föreskrifter (PTSFS 2012:4 och PTSFS 2013:6) - genom vilka Datalagringsdirektivet har implementerats i svensk rätt, omedelbart är ogiltiga på formell grund (och måste upphävas)?
- Om de svenska reglerna formellt sett ännu gäller, kan de mot bakgrund av skälen till EU-domstolens dom anses tillämpliga?

Är de svenska reglerna ogiltiga på formell grund?

Datalagringsdirektivet innebär en skyldighet för medlemsstaterna att införa regler om lagring av trafikuppgifter. Reglerna om lagring av trafikuppgifter i LEK är ett genomförande av det direktivet. Genom EU-domstolens dom är nu den *skyldighet* som följer av direktivet att införa den typen av regler borta. Fråga är då om de svenska reglerna om lagring av trafikuppgifter gäller ändå.

I doktrinen (*EG-rätten i nationell rättstillämpning*, Anders Hagsgård, s. 201) har uttalats att nationella åtgärder som vidtagits med stöd av en rättsakt som blivit ogiltigförklarad inte automatiskt blir ogiltiga men att de förmodligen inte bör tillämpas i avvaktan på att de upphävs eller ändras i enlighet med EU-domstolens avgörande.

Den grundläggande EU-rättsliga regleringen av behandling av uppgifter vid tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster finns i det s.k. ePrivacy-direktivet (2002/58/EG), som bl.a. syftar till att säkerställa ett likvärdigt skydd av de grundläggande fri- och rättigheterna när det gäller behandling av personuppgifter inom sektorn för elektronisk kommunikation. Huvudregeln i artikel 6 i ePrivacy-direktivet innebär att trafikuppgifter måste utplånas eller avidentifieras när inte uppgifterna längre behövs, direktivet ger dock utrymme för att undantagsvis spara vissa uppgifter som enligt huvudregeln skulle ha raderats (se recit 11). Enligt artikel 15(1) finns en möjlighet för medlemsstaterna att på egen hand införa undantagsregler om t.ex. trafikdatalagring, utan stöd av ett särskilt EU-direktiv. Det hänvisas också till denna möjlighet i Datalagringsdirektivets recit 4. PTS anser att det är klart att en medlemsstat med stöd av reglerna i artikel 15 i ePrivacy-direktivet kan ha nationella regler om trafikdatalagring.

Mot denna bakgrund torde de svenska reglerna genom vilka Datalagringsdirektivet har implementerats i Sverige inte per automatik anses

ogiltiga, på formell grund, till följd av att det bakomliggande Datalagringsdirektivet nu har ogiltigförklarats av EU-domstolen.

Nästa fråga att ta ställning till är då om de svenska reglerna kan tillämpas med hänsyn till de krav EU-domstolen ställer i sin dom på utformningen av regler om lagring av trafikuppgifter.

Kan de svenska trafikdatareglerna anses tillämpliga?

Av Sveriges medlemskap i EU följer att nationell rätt ska anpassas till de förpliktelser som följer av EU:s fördrag. EU-rätten förutsätter att nationella domstolar och myndigheter lojalt ska tillämpa EU-rätten oavsett den nationella lagstiftarens beslut.¹

Artikel 15(1) i ePrivacy-direktivet ger, som nämns ovan, medlemsländerna möjlighet att meddela nationella regler om lagring av trafikuppgifter. Direktivet kräver dock att sådana regler i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga, lämpliga och proportionella för att skydda nationell säkerhet, försvaret och allmän säkerhet samt för förebyggande, undersökning, avslöjande av och åtal för brott eller vid obehörig användning av ett elektroniskt kommunikationssystem. Alla åtgärder som avses i artikel 15(1) ska vara i enlighet med de allmänna principerna i gemenskapslagstiftningen, inklusive principerna i artikel 6(1) och 6(2) i fördraget om europeiska unionen (EUF). Enligt artikel 6(1) ska unionen erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställs i europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 7 december 2000, anpassad den 12 december 2007 i Strasbourg, som ska ha samma rättsliga värde som fördragen (EU-stadgan).

EU-domstolen har i sin dom avseende datalagringsdirektivet bedömt att det är grundläggande rättigheter i EU-stadgan som har åsidosatts. EU-stadgan är en sammanfattning av de grundläggande rättigheter som följer av EU:s fördrag och EU-domstolens praxis. Av artikel 6(3) EUF följer att de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.

I det aktuella fallet slår EU-domstolen fast att regler om lagring av trafikdata i och för sig kan meddelas. Sådana regler utgör ett intrång i den grundläggande rätten till respekt för privatlivet och skydd för personuppgifter och proportionalitetsprincipen måste därför beaktas. EU-domstolen uttalar i det nu aktuella avgörandet att EU-lagstiftningen måste lägga fast klara och precisa

¹ Se *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, Carl Lebeck, s. 43.

regler för att avgöra omfattningen och tillämplighet av åtgärderna samt införa ett minimum av säkerhetsskydd så att de personer vars data lagras har tillräckliga garantier för ett effektivt skydd mot risken för att data förstörs eller annat otillåten tillgång eller användning av uppgifterna.

PTS bedömer att samma skyddskrav när det gäller respekt för privatliv m.m. som EU-domstolen ställer upp i bedömningen av Datalagringsdirektivet rimligen ska beaktas även vid en prövning av nationella regler som införts med stöd av artikel 15 ePrivacy-direktivet. Fråga är således om de svenska reglerna om trafikdatalagring är förenliga med de krav på proportionalitet som EU-domstolen uppställer.

I det följande lämnas en redogörelse för de av domstolen påtalade bristerna i Datalagringsdirektivet som ligger till grund för ogiltigförklarandet, samt en redogörelse för den svenska regleringen.

Reglernas omfattning och tillämplighet

Domstolen pekar ut tre huvudsakliga brister i Datalagringsdirektivet vad gäller reglernas omfattning och tillämplighet.

1. Domstolen har för det första funnit att Datalagringsdirektivet omfattar alla individer, alla elektroniska kommunikationssätt och alla trafikuppgifter utan åtskillnad, begränsning eller undantag utifrån syftet att bekämpa grov brottslighet. Direktivet omfattar alla utan att personer vars data lagras ens indirekt befinner sig i situationer som kan ge upphov till åtal. Det gäller alla personer utan att det finns bevis för att deras handlande kan ha en koppling till allvarlig brottslighet. Direktivet gäller också utan undantag, vilket leder till att det gäller även för personer med lagstadgad tystnadsplikt. Domstolen har vidare framhållit att det inte finns något krav på koppling mellan de lagrade uppgifterna och ett specifikt hot mot den nationella säkerheten. Datalagringsdirektivet begränsar dessutom inte lagringen till uppgifter under en viss tid, geografiskt område eller personer med koppling till allvarlig brottslighet eller personer, vars uppgifter lagras, som av annan anledning kan bidra till att förhindra allvarlig brottslighet.

Bedömning av svensk rätt:

Enligt 6 kap. 16 a § LEK ska samtliga uppgifter som preciseras i 39-43 §§ FEK lagras. Lagringsskyldigheten avser uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät.

Lagringsskyldigheten omfattar samtliga de typer av uppgifter domstolen tar

upp, dvs. fast, mobil och IP-telefoni, meddelandehantering och internetåtkomst.

Skyldigheten att lagra gäller utan någon koppling mellan uppgifterna och allvarlig brottslighet. Det görs ingen åtskillnad, begränsning eller undantag när det gäller personkretsen. Alla personer omfattas t.ex. även personer med tystnadsplikt enligt nationell lagstiftning.

I Sverige lagras dessutom fler uppgifter än vad Datalagringsdirektivet kräver.

PTS bedömer att, skyldigheten att lagra som uppställs i LEK är, när det gäller vilka data och personer som omfattas, lika vidsträckt som det bakomliggande Datalagringsdirektivet. I det här avseendet torde således de svenska trafikdatalagringsreglerna inte uppfylla domstolens krav.

Det bör i sammanhanget nämnas att det i Sverige finns en möjlighet att ansöka om undantag från lagringsskyldigheten om det finns synnerliga skäl. Denna möjlighet har inte utnyttjats. Grunden för detta undantag ska dock inte vara hänsyn till integritetsaspekter utan framförallt kostnadsaspekter, dvs. om de negativa effekterna av lagringsskyldigheten är så stora för en leverantör att lagringen framstår som ett oproportionerligt åläggande i förhållande till den nytta som det innebär för de brottsbekämpande myndigheterna.

2. För det andra har domstolen bl.a. funnit att det utöver avsaknaden av begränsningar i Datalagringsdirektivet saknas objektiva kriterier som gör det möjligt att garantera att endast behöriga nationella myndigheter har tillgång till uppgifterna och att användandet begränsas till så pass allvarliga brott så att ingreppet i den personliga friheten är motiverat. Det hänvisas bara till "allvarlig brottslighet". Det föreskrivs inte under vilka materiella och processuella villkor myndigheterna kan få tillgång till uppgifterna och senare använda dem. Enligt artikel 4 Datalagringsdirektivet ska medlemsstaterna anta åtgärder för att säkerställa att uppgifterna endast görs tillgängliga för behöriga nationella myndigheter. Domstolen anför vidare att Datalagringsdirektivet inte ställer krav på begränsning av antal personer som är behöriga att få tillgång till dessa uppgifter. Det saknas även krav på att myndigheters tillgång till trafikdatalagrade uppgifter ska ha beslutats av en domstol eller annat självständigt organ i syfte att begränsa tillgången till vad som är absolut nödvändigt.

Bedömning av svensk rätt:

LEK innehåller bestämmelser om utlämnande och tillgång till lagrade uppgifter (6 kap. 16 c § LEK). Enligt denna bestämmelse får uppgifter som lagras endast behandlas för att lämnas ut enligt följande lagrum.

6 kap. 22 § första stycket 2 LEK: Enligt bestämmelsen ska uppgift om abonnemang på begäran lämnas till åklagarmyndighet, polismyndighet eller annan myndighet som ska ingripa mot ett brott. Skyldigheten gäller oavsett brottets svårighetsgrad. Det krävs inte något domstolsbeslut utan det är tillräckligt att den brottsbekämpande myndigheten har fattat beslut om att begära ut uppgiften från tjänsteleverantören.

27 kap. 19 § RB: Bestämmelsen avser hemlig övervakning av elektronisk kommunikation och omfattar uppgifter om meddelanden som överförs eller har överförts i ett elektroniskt kommunikationsnät, vilka elektroniska kommunikationsutrustningar som har funnits i ett geografiskt område eller i vilket geografiskt område en viss elektronisk kommunikationsutrustning finns eller har funnits. Ett utlämnande enligt denna bestämmelse kräver att förundersökning pågår som avser brott för vilket inte är föreskrivet lindrigare straff än fängelse i sex månader samt vissa ytterligare uttryckligen angivna brott. Frågor om tillstånd till övervakning, dvs. utlämnande av uppgifter, prövas av rätten på ansökan av åklagaren. Det krävs alltså som huvudregel ett domstolsbeslut i dessa fall. Ett interimistiskt beslut kan emellertid fattas av åklagare. Ett sådant interimistiskt beslut ska så snart som möjligt prövas av domstol.

Lagen (2012:278) om inhämtning av uppgifter om elektronisk kommunikation i de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet: Bestämmelserna i lagen omfattar historiska uppgifter om meddelanden, lokaliseringsuppgifter och uppgifter om kommunikationsutrustningar inom visst geografiskt område. Uppgiftsinhämtning får ske om åtgärden är av särskild vikt för att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet som innefattar brott för vilket inte är föreskrivet lindrigare straff än fängelse i två år, och skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den som åtgärden riktar sig mot eller för något annat motstående intresse. Beslut om inhämtning av uppgifter kan fattas av polismyndighet eller av Tullverket. Beslutsrätten får delegeras till anställd vid myndigheten. Det krävs alltså inget domstolsbeslut vid sådan inhämtning.

PTS har redan 2008 under utredningen inför framtagandet av trafikdatalagringsreglerna påtalat att lagstiftningen om utlämning av uppgifter enligt LEK är föråldrad och i alltför hög utsträckning har sin grund i

traditionella telefonitjänster. Begreppen som används är komplicerade att applicera på den mängd olika slags uppgifter som genereras i moderna kommunikationstjänster vilket leder till osäkerhet såväl för polisiära myndigheter som allmänheten avseende under vilka förutsättningar olika slags uppgifter kan/ska lämnas ut. Därtill innebär den nya regleringen i RB och lagen om inhämtning av uppgifter om elektronisk kommunikation i de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet att flera lagar reglerar när uppgifter får lämnas ut. Begreppen i denna reglering skiljer sig emellertid åt samt att det inte finns en myndighet eller domstol som ansvarar för tillämpningen av alla dessa regler. Det finns alltså ingenting som garanterar en enhetlig rättstillämpning vilket pekar på behovet av en översyn av bestämmelserna om utlämnande av lagrade uppgifter. Detta var något som PTS påtalade för trafikutskottet senast i december 2013.

Den behandlingsregel som finns i LEK avser dock endast den lagringsskyldiges behandling av lagrade uppgifter, dvs. utlämnandet. Den efterföljande behandlingen hos behöriga nationella myndigheter regleras i polisdatalagen (2010:361) och personuppgiftslagen (1998:204).

Någon uttrycklig regel som begränsar antalet personer som får tillgång till uppgifterna finns inte i LEK. FEK och PTS föreskrifter (PTSFS 2012:4) innehåller krav på särskild behörighet, men inte någon begränsning av antalet personer som får tillgång till denna typ av uppgifter. PTS till 2 och 4 §§ föreskrifterna utfärdat ett (icke bindande) allmänt råd om att tillgången bör begränsas till "endast de som behöver ha tillgång". Enligt 11 § polisdatalagen ska tillgången till personuppgifter begränsas till vad varje tjänsteman behöver för att kunna fullgöra sina arbetsuppgifter.

Mot bakgrund av ovanstående redogörelse torde den svenska regleringen inte heller i dessa delar fullt ut motsvara de krav som enligt EU-domstolen måste vara uppfyllda. Framförallt när det gäller ett objektiva kriterium avseende tillgång till lagrade uppgifter så skiljer det sig åt mellan LEK, RB och den särskilda lagen om inhämtning av uppgifter i underrättelseverksamhet. När det gäller inhämtning av abonnemangsuppgifter enligt LEK krävs endast misstanke om brott som kriterium för att uppgifterna ska lämnas ut, vilket måste anses tveksamt med hänsyn till att domstolen anser att en allmän referens till "allvarlig brottslighet" är för oprecist. Därtill innebär skillnaderna i begreppen som används att det är oklart vilka lagrade uppgifter som kan komma att lämnas ut med stöd av respektive lag. Någon konkret bestämmelse om begränsning av antalet personer som har tillgång till aktuella uppgifter finns inte vare sig i LEK eller polisdatalagen. I samband med utlämnande enligt LEK och den särskilda lagen om inhämtning av uppgifter i underrättelseverksamhet ställs

inte heller krav på domstolsbeslut eller beslut av annan oberoende instans i syfte att begränsa utlämnanden till vad som är strängt nödvändigt.

3. För det tredje anför domstolen vad gäller hur länge uppgifterna ska lagras att lagringstiden sätts till minst 6 månader utan åtskillnad mellan olika kategorier av uppgifter utifrån användbarhet eller personkrets. Det preciseras inte heller i Datalagringsdirektivet några objektiva kriterier för hur lagringstiden (minst 6 mån, max 24 mån) ska fastställas.

Bedömning av svensk rätt:

Lagstiftaren har i 6 kap. 16 d § LEK valt kortast möjliga lagringstid, dvs. 6 månader avseende samtliga uppgifter. Regeringen har i förarbetena till reglernas införande (prop. 2010/11:46, s. 37-38) konstaterat att lagringstiden enligt direktivet ska vara 6 till 24 månader. Regeringen uttalar att en och samma lagringstid ska gälla för alla typer av trafikuppgifter. Regeringen resonerar därefter om hur lång lagringstiden bör vara med hänsyn till dels brottsbekämpningsskäl, dels såväl skyddet för den personliga integriteten som kostnads-, säkerhets-, och konkurrensaspekter. Regeringen uttalar slutligen att lagringstiden bör bestämmas till den kortast möjliga tiden, sex månader.

Det framgår således av förarbetena att lagringstiden i de svenska reglerna visserligen är bestämd utifrån vissa objektiva kriterier och att regeringen har gjort en bedömning om att samma lagringstid bör gälla för alla uppgifter. Dock framgår att regeringen har utgått från att en lagringstid om sex månader är ett minimikrav. Det saknas således i den svenska lagstiftningen resonemang om huruvida det för vissa kategorier av uppgifter finns anledning att ha en kortare tid, vilket PTS uppfattar att EU-domstolen framhållit som en brist när det gäller Datalagringsdirektivet.

PTS bedömer att det inte är helt tydligt att de svenska reglerna om lagring av trafikuppgifter lever upp till domstolens krav heller i detta avseende.

Domstolen sammanfattar dessa skäl med att det omfattande och särskilt allvarliga intrång som Datalagringsdirektivet innebär i de aktuella grundläggande rättigheterna inte är tillräckligt noggrant reglerade för att garantera att intrånget verkligen begränsas till vad som är absolut nödvändigt (*eng. strictly necessary*).

Som redovisats ovan gör PTS bedömningen att den svenska regleringen har ett flertal av de brister som domstolen pekar på i sitt avgörande. Det måste därför konstateras att inte heller de svenska reglerna är preciserade när det gäller omfattning och tillämplighet i den utsträckning som EU-domstolen kräver.

Säkerhet och skydd

Härutöver framhåller EU-domstolen i sitt avgörande fyra ytterligare konkreta brister i Datalagringsdirektivet vad gäller regler om säkerhet och skydd för uppgifterna:

4. Domstolen konstaterar dels att det inte föreskrivs tillräckliga garantier för att säkerställa ett effektivt skydd mot riskerna för missbruk samt mot all form av otillåten tillgång och användning av uppgifterna. Dessutom saknas en sådan skyldighet för medlemsstaterna att etablera sådana regler.

Bedömning av svensk rätt:

I 6 kap. 3 a § LEK anges att den som är skyldig att lagra uppgifter ska vidta de särskilda tekniska och organisatoriska åtgärder som behövs för att skydda de lagrade uppgifterna vid behandling.

Enligt 37 § FEK ska de åtgärder som krävs vidtas för att säkerställa att de lagrade uppgifterna är av samma kvalitet och föremål för samma säkerhet och skydd som vid den behandling som skett före lagringen. Uppgifterna ska skyddas mot oavsiktlig eller otillåten förstöring och oavsiktlig förlust eller ändring samt otillåten lagring, behandling av eller tillgång till och otillåtet avslöjande av uppgifterna. Vidare får uppgifterna endast göras tillgängliga för personal med särskild behörighet.

I PTS föreskrifter PTSFS 2012:4, finns krav på behörighet, åtkomst, fysiskt skydd, loggning och säkerhetskopiering.

Därtill innebär begränsningen i behandlingsregeln i 6:16 c LEK ett ytterligare skydd mot missbruk och otillåten tillgång till uppgifterna.

Sverige har på eget initiativ infört ovanstående regler om skydd för lagrade uppgifter. PTS bedömer att dessa bestämmelser om skydd för lagrade uppgifter torde uppfylla den av domstolen påtalade bristen i Datalagringsdirektivet.

5. Domstolen påpekar vidare att Datalagringsdirektivet tillåter tjänsteleverantörer att ta ekonomiska hänsyn vid fastställande av säkerhetsnivå som ska tillämpas och i synnerhet kostnader för att inrätta säkerhetsåtgärder.

Bedömning av svensk rätt:

Av såväl FEK som föreskrifterna framgår att operatörerna inte får ta hänsyn till kostnaderna för att genomföra de tekniska och organisatoriska åtgärder som

behövs för att skydda de lagrade uppgifterna. Svensk rätt torde således uppfylla kraven på proportionalitet i det här avseendet.

6. Domstolen påpekar också särskilt att Datalagringsdirektivet inte garanterar att uppgifterna oåterkalleligen förstörs efter att lagringstiden har gått ut.

Bedömning av svensk rätt:

Sverige har i 6 kap. 16 d § LEK ställt krav på att uppgifterna genast ska utplånas efter att lagringstiden har gått ut. Med utplånande avses i svensk rätt att uppgifterna förstörs så att de inte kan återskapas². Domstolens krav torde således vara uppfyllda i den här delen.

7. Domstolen har slutligen påpekat att det inte ställs krav på att uppgifterna ska lagras inom EU. Datalagringsdirektivet garanterar således inte fullt ut att en oberoende myndighet kontrollerar att skydds- och säkerhetskraven efterlevs. Domstolen uttalar att en sådan kontroll med stöd av unionsrätten är en väsentlig komponent i efterlevnaden av skyddet personer med avseende på behandling av personuppgifter.

Bedömning av svensk rätt:

I den svenska regleringen uppställs inget krav på att uppgifter ska lagras inom unionen. Av förarbetena (prop 2010/11:46, s. 60) framgår att regeringen hänvisar till regler i personuppgiftslagen om tredjelandsöverföring som begränsar möjligheten att lagra uppgifter utanför unionen och att dessa regler får anses ge ett tillfredsställande skydd. PTS bedömer mot bakgrund härav att den svenska regleringen inte fullt ut lever upp till domstolens krav.

Domstolen uttalar avslutningsvis att det mot bakgrund av samtliga anförda skäl måste konstateras att unionslagstiftaren genom att anta Datalagringsdirektivet har överskridit de gränser som gäller för att proportionalitetsprincipen ska ha iakttagits.

² Se <http://www.datainspektionen.se/fragor-och-svar/personuppgiftslagen/vad-menas-med-rattelse-blockering-och-utplaning/>.

PTS samlade bedömning

PTS bedömer att den svenska regleringen inte lever upp till ett flertal av de väsentliga grunderna som EU-domstolen tar upp i sitt avgörande.

Vilka uppgifter som omfattas av de svenska lagringsreglerna är specificerade genom LEK och FEK. LEK gör emellertid inte någon åtskillnad i lagringskrav med hänsyn till uppgifters koppling till brottslighet. Inte heller görs någon åtskillnad mellan de personer som omfattas och lagringsskyldigheten är inte heller begränsad till personer som kan kopplas till brottsmisstankar. Den svenska regleringen omfattar således på samma sätt som Datalagringsdirektivet alla individer, alla elektroniska kommunikationssätt och alla specificerade trafikuppgifter utan begränsning eller undantag utifrån syftet att bekämpa grov brottslighet. I den svenska regleringen avseende objektivet kriterium för tillgång till trafikdata lagrade uppgifter skiljer det sig åt mellan LEK, RB och den särskilda lagen om inhämtning av uppgifter i underrättelseverksamhet. För inhämtning av uppgift om abonnemang enligt LEK krävs endast misstanke om brott, medan EU-domstolen anser att en generell referens till ”allvarlig brottslighet” är för allmänt hållen. Vidare prövas inte alltid ett utlämnande av domstol eller annan oberoende instans. Den svenska lagstexten ställer inte heller krav på hur den personkrets som kan få tillgång till uppgifterna ska avgränsas. Visserligen finns krav i FEK på ”särskild behörighet” hos de lagringsskyldigas personal. Men den svenska lagstiftningen ställer inte upp några begränsningar i antal personer hos de brottsbekämpande myndigheterna som får tillgång till uppgifter som lämnas ut. Härtill kommer att det i LEK inte ställs något krav på att uppgifterna ska lagras inom EU. Det är således inte säkerställt att kontroll av skyddet för lagrade uppgifter kan utföras av en oberoende instans i enlighet med EU-rättsliga principer.

Sammanfattningsvis gör PTS bedömningen att de svenska reglerna om lagring av trafikdata vare sig till sin *omfattning* eller när det gäller krav på *säkerhetsskydd* motsvarar de krav på proportionalitet som EU-domstolen har ställt upp i sin dom. Således strider även de svenska reglerna om lagring av trafikdata mot EU:s stadga om grundläggande friheter.

Av 12 kap. 10 § regeringsformen (RF) 12:10 framgår att om ett offentligt organ finner att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas, s.k. lagprövning. Av förarbetena till bestämmelsen (prop. 2009/10:80, s. 147) framgår vidare att ett område där möjligheten till lagprövning framstår som särskilt angelägen rör vissa centrala delar av fri- och rättighetsregleringen i 2 kap. RF, särskilt 2 kap. 23 § RF gällande frågor som rör svensk rätts förenlighet med

Europakonventionen (Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.)

Av den EU-rättsliga lojalitetsplikten, som refererats till ovan, följer att Sverige har en skyldighet att anpassa nationell rätt till vad EU beslutat. EU-rätten förutsätter att nationella domstolar och myndigheter lojalt ska tillämpa EU-rätten oavsett den nationella lagstiftarens beslut.

Av artikel 6 ePrivacy-direktivet följer att trafikdata som huvudregel ska utplånas när den inte längre behövs. Lagring av trafikdata är enligt direktivet tillåten för vissa ändamål, men först efter en proportionalitetsbedömning. I förevarande fall har EU-domstolen, som är slutlig uttolkare av EU-rätten, uttalat sig om vilka krav som ställs vid införande av skyldigheter att lagra trafikdata för att intrånget ska anses proportionerligt.

Enligt PTS bedömning följer av RF:s regel om lagprövning att PTS således vid ett eventuellt tillsynsbeslut som aktualiserar tillämpning av LEK:s regler om lagring av trafikdata måste bedöma reglernas tillämplighet i ljuset av EU-domstolens dom. En sådan bedömning, med hänsyn till vad som redogjorts för ovan om bedömningen kring reglernas förenlighet med EU-domstolens krav, resulterar sannolikt i att de svenska lagringsreglerna inte kan tillämpas.