



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 3. maj 2018¹

Sag C-207/16

Ministerio Fiscal

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Audiencia Provincial de Tarragona (den regionale domstol i Tarragona, Spanien))

»Præjudiciel forelæggelse – elektronisk kommunikation – behandling af personoplysninger – ret til privatliv og ret til beskyttelse af oplysninger herom – direktiv 2002/58/EF – artikel 1 og artikel 15, stk. 1 – Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – artikel 7 og 8 samt artikel 52, stk. 1 – data indsamlet i forbindelse med levering af elektroniske kommunikationstjenester – en politimyndigheds anmodning om udlevering af data i forbindelse med en strafferetlig efterforskning – proportionalitetsprincippet – begrebet »alvorlig forbrydelse«, der kan begrunde et indgreb i grundlæggende rettigheder – kriterier for den alvorlige karakter – straf, der kan idømmes – minimumsgrænse«

I. Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører i det væsentlige fortolkningen af begrebet »alvorlige forbrydelser«² i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Domstolens praksis i dommen i sagen Digital Rights Ireland m.fl.³ (herefter »Digital Rights-dommen«) og i dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl.⁴ (herefter »Tele2-dommen«), hvori dette begreb blev anvendt som kriterium for bedømmelsen af, om et indgreb i de rettigheder, der er fastsat i artikel 7 og 8 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), dvs. henholdsvis retten til respekt for privatliv og familieliv og retten til beskyttelse af personoplysninger, var lovligt og forholdsmæssigt.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – Udtrykket skal her forstås således, at det alene omfatter straffelovsovertrædelser.

3 – Dom af 8.4.2014 (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238), hvori Domstolen kendte Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15.3.2006 om lagring af data genereret eller behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller elektroniske kommunikationsnet og om ændring af direktiv 2002/58/EF (EUT 2006, L 105, s. 54) ugyldigt med den begrundelse, at »EU-lovgiver ved vedtagelsen af direktiv 2006/24 har overskredet de grænser, som overholdelsen af proportionalitetsprincippet kræver, henset til chartrets artikel 7, 8 og 52, stk. 1« (præmis 69).

4 – Dom af 21.12.2016 (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970), hvori Domstolen fastslog, at EU-retten *dels* »er til hinder for en national lovgivning, der med henblik på bekæmpelse af kriminalitet fastsætter en generel og udifferentieret lagring af samtlige trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende samtlige abonnenter og registrerede brugere i forbindelse med samtlige midler til elektronisk kommunikation«, *dels* »er til hinder for en national lovgivning, der regulerer beskyttelsen af og sikkerheden vedrørende trafikdata og lokaliseringsdata, og navnlig de kompetente nationale myndigheders adgang til de lagrede data, uden i forbindelse med bekæmpelsen af kriminalitet at begrænse denne adgang til målet om bekæmpelse af grov kriminalitet, uden at undergive den nævnte adgang en forudgående kontrol foretaget af en domstol eller af en uafhængig administrativ myndighed og uden at stille et krav om, at de pågældende data lagres på EU's område« (domskonklusion 1 og 2).

2. Anmodningen er fremsat i forbindelse med et søgsmål anlagt til prøvelse af en retsafgørelse, hvorved en politimyndighed fik afslag på at få udleveret visse civilstandsoplysninger, som mobiltelefonoperatører var i besiddelse af, med henblik på at identificere enkeltpersoner i forbindelse med en strafferetlig efterforskning. Den anfægtede afgørelse var bl.a. begrundet med henvisning til, at de faktiske omstændigheder, der lå til grund for denne efterforskning, i modsætning til, hvad der fulgte af gældende spansk lovgivning, ikke kunne anses for at udgøre en alvorlig forbrydelse.

3. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, hvorledes grænsen for, hvornår der foreligger en alvorlig forbrydelse, der i henhold til den nævnte retspraksis kan begrunde et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er beskyttet i chartrets artikel 7 og 8, skal fastlægges, når de kompetente nationale myndigheder ønsker adgang til personoplysninger, der er lagret af leverandører af elektroniske kommunikationstjenester.

4. Jeg vil først redegøre for, at Domstolen har kompetence til at tage stilling til denne anmodning om præjudiciel afgørelse, og at denne anmodning skal antages til realitetsbehandling, og derefter redegøre for, at adgang til personoplysninger under omstændigheder som de i denne sag foreliggende vil medføre et indgreb i de ovenfor nævnte grundlæggende rettigheder, som ikke er et sådant indgreb i disse rettigheder, der alene kan begrundes med henvisning til bekæmpelsen af alvorlige forbrydelser således som omhandlet i den ovenfor nævnte retspraksis.

5. Da jeg er den opfattelse, at det, når der henses til den særlige genstand i tvisten i hovedsagen, ikke er nødvendigt, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål i deres oprindelige affattelse, vil jeg kun subsidiært fremsætte bemærkninger om de kriterier, der eventuelt kan anvendes til at definere begrebet »alvorlige forbrydelser« som omhandlet i denne retspraksis, navnlig under hensyn til kriteriet om den straf, der kan idømmes.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

6. Præambelen 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 (direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation)⁵, som ændret ved direktiv 2009/136/EF⁶ (herefter »direktiv 2002/58«), er affattet som følger:

»(2) Dette direktiv søger at overholde de grundlæggende rettigheder og respektere de principper, der anerkendes i især [chartret]. Direktivet søger især at sikre fuld overholdelse af rettighederne i charterets artikel 7 og 8.

[...]

(11) Ligesom direktiv 95/46/EF [7] finder dette direktiv ikke anvendelse på beskyttelse af grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der er forbundet med aktiviteter, der ikke er omfattet af fællesskabsretten. Det ændrer derfor ikke den nuværende balance mellem enkeltpersoners ret til privatlivets fred og medlemsstaternes mulighed for, jf. artikel 15, stk. 1, i dette direktiv, at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til beskyttelse af den offentlige sikkerhed, forsvaret, statens sikkerhed (herunder statens økonomiske interesser, når disse aktiviteter er forbundet med spørgsmål

5 – EFT 2002, L 201, s. 37.

6 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 25.11.2009 (EUT 2009, L 337, s. 11).

7 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 24.10.1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT 1995, L 281, s. 31).

vedrørende statens sikkerhed) og statens aktiviteter på det strafferetlige område. Dette direktiv berører derfor ikke medlemsstaternes mulighed for lovligt at opfange elektronisk kommunikation eller træffe andre foranstaltninger, hvis det er nødvendigt med et af disse formål for øje og i overensstemmelse med den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder [herefter »EMRK«] som fortolket i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols [herefter »Menneskerettighedsdomstolen«] retspraksis. Sådanne foranstaltninger skal være passende, stå i åbenbart rimeligt forhold til det mål, der forfølges, og være nødvendige i et demokratisk samfund, og foranstaltningerne bør omfattes af passende beskyttelsesordninger i overensstemmelse med [EMRK] [8].«

7. Artikel 1 i direktiv 2002/58 med overskriften »Anvendelsesområde og formål« bestemmer:

»1. Dette direktiv tager sigte på en harmonisering af nationale bestemmelser, der er nødvendig for at sikre et ensartet niveau i beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og navnlig retten til privatliv og fortrolighed i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor [...]

[...]

3. Dette direktiv gælder ikke for aktiviteter, der ikke er omfattet af traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, som f.eks. de aktiviteter, der er omfattet af afsnit V og VI i traktaten om Den Europæiske Union, og under ingen omstændigheder for aktiviteter, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvaret, statens sikkerhed (herunder statens økonomiske interesser, når disse aktiviteter er forbundet med spørgsmål vedrørende statens sikkerhed) og statens aktiviteter på det strafferetlige område.«

8. Dette direktivs artikel 2 med overskriften »Definitioner« har følgende ordlyd:

»Medmindre andet angives, gælder i dette direktiv de definitioner, der er fastsat i direktiv 95/46 [...] og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) [9].

Følgende definitioner anvendes også:

- a) »bruger«: en fysisk person, som anvender en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste i privat eller forretningsmæssigt øjemed, uden nødvendigvis at abonnere på den pågældende tjeneste
- b) »trafikdata«: data, som behandles med henblik på overføring af kommunikation i et elektronisk kommunikationsnet eller debitering heraf
- c) »lokaliseringsdata«: data, som behandles i et elektronisk kommunikationsnet eller af en elektronisk kommunikationstjeneste og angiver den geografiske placering af det terminaludstyr, som brugeren af en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste anvender

8 – Navnlig under overholdelse af EMRK's artikel 8, der bestemmer:

»1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

2. Ingen offentlig myndighed må gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, medmindre det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.«

9 – EFT 2002, L 108, s. 33.

d) »kommunikation«: oplysninger, som udveksles eller overføres mellem et begrænset antal parter via en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste. Dette omfatter ikke oplysninger, der overføres som del af en radio- og fjernsynstransmissionstjeneste til offentligheden via et elektronisk kommunikationsnet, medmindre oplysningerne kan kædes sammen med en identificerbar abonnent eller bruger, der modtager oplysningerne

[...]«

9. Artikel 15 i direktiv 2002/58 med overskriften »Anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv 95/46 [...]« bestemmer i stk. 1, at »[m]edlemsstaterne kan vedtage retsfor skrifter med henblik på at indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der omhandles i artikel 5, artikel 6, artikel 8, stk. 1, 2, 3 og 4, og artikel 9, 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 eller uautoriseret brug af det elektroniske kommunikationssystem efter artikel 13, stk. 1, i direktiv 95/46 [...]. Med henblik herpå kan medlemsstaterne bl.a. vedtage retsfor skrifter om lagring af data i en begrænset periode, som kan begrundes i et af de hensyn, der er nævnt i dette stykke. Alle i dette stykke omhandlede for skrifter skal være i overensstemmelse med fællesskabsrettens generelle principper, herunder principperne i EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2«.

B. Spansk ret

1. Lov nr. 25/2007

10. Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a la redes públicas de comunicaciones (lov nr. 25/2007 om lagring af data om elektronisk kommunikation og om offentlige kommunikationsnet) af 18. oktober 2007¹⁰ (herefter »lov nr. 25/2007«) har i spansk ret gennemført direktiv 2006/24¹¹, som Domstolen kendte ugyldigt i Digital Rights-dommen.

11. Artikel 1 i lov nr. 25/2007 i den affattelse, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen, bestemmer:

»1. Denne lov har til formål at regulere operatørernes forpligtelse til at lagre data, der genereres eller behandles i forbindelse med udbydelse af elektroniske kommunikationstjenester eller offentlige kommunikationsnet samt pligten til at udlevere disse data til de bemyndigede aktører, såfremt de anmodes herom ved retskendelse med henblik på afsløring, efterforskning og retsforfølgning af alvorlige forbrydelser, der er omhandlet i straffeloven eller i særlige straffelove.

2. Denne lov finder anvendelse på trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende både fysiske og juridiske personer og på lignende data, der er nødvendige for at identificere abonnenten eller den registrerede bruger.

[...]«

12. I den nævnte lovs artikel 3 nævnes de data, som operatørerne har pligt til at lagre. I henhold til denne artikels stk. 1, litra a), nr. 1), ii), er der bl.a. tale om data, der er nødvendige for at spore og identificere kilden til en kommunikation, såsom for så vidt angår mobiltelefoni navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger.

¹⁰ – BOE nr. 251 af 19.10.2007, s. 42517.

¹¹ – Dette fremgår af såvel præamblen til den nævnte lov som denne lovs væsentligste bestemmelser, hvis ordlyd er affattet på samme måde som de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2006/24.

2. Straffeloven

13. I henhold til den spanske straffelovs artikel 13, stk. 1, i den affattelse, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen, »forstås ved alvorlige forbrydelser de overtrædelser, som i henhold til loven straffes med en streng straf«.

14. Den nævnte lovs artikel 33 har følgende ordlyd:

»1. Sanktionen kvalificeres under hensyn til dens art og varighed som streng, mindre streng eller let.

2. Følgende udgør strenge straffe:

a) Tidsubegrænset fængselsstraf, der kan tages op til revision.

b) Fængsel i mere end fem år.

[...]«

3. Strafferetsplejeloven

15. Den spanske strafferetsplejelov blev ændret ved Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (organisk lov nr. 13/2015 om ændring af strafferetsplejeloven med henblik på en styrkelse af retsplejegarantierne og regulering af foranstaltningerne til teknologisk efterforskning) af 5. oktober 2015¹² (herefter »organisk lov nr. 13/2015«).

16. Denne lov, der trådte i kraft den 6. december 2015, indarbejder i strafferetsplejeloven området vedrørende adgang til data om telefoniske og telematiske kommunikative processer, der er lagret af leverandører af elektroniske kommunikationstjenester.

17. Strafferetsplejelovens artikel 579, stk. 1, i den affattelse, der følger af den nævnte lov, bestemmer, at »[r]etten kan tillade opfangning af privat postal og telegrafisk korrespondance, herunder telefax, Burofax og internationale postanvisninger, som den mistænkte sender eller modtager, og at sådan korrespondance åbnes og gennemgås, såfremt der foreligger oplysninger, som giver grundlag for at antage, at dette vil gøre det muligt at opdage og kontrollere et faktisk forhold eller en oplysning af relevans for sagen, når efterforskningen vedrører en af følgende typer forbrydelser:

1) forsætlige forbrydelser, der straffes med mindst tre års fængsel

2) forbrydelser begået af en kriminel organisation

3) terrorforbrydelser«.

18. Samme lovs artikel 588b, litra j), med overskriften »Data i tjenesteudbyderens elektroniske arkiver« bestemmer:

»1. Elektroniske data, der lagres af tjenesteudbyderen eller personer, der beforder kommunikationen i overensstemmelse med lovgivningen om lagring af data vedrørende elektronisk kommunikation eller på eget initiativ af kommercielle eller andre årsager, og som vedrører kommunikationsprocesser, kan kun udleveres med henblik på brug i forbindelse med en sag efter forudgående retskendelse.

¹² – BOE nr. 239 af 6.10.2015, s. 90192.

2. Når kendskab til disse data er absolut nødvendigt for efterforskningen, anmodes den kompetente dommer om en retskendelse med henblik på indhentning af de oplysninger, der forefindes i tjenesteudbyderens elektroniske arkiver, herunder krydssøgninger eller intelligente søgninger, såfremt det præciseres, hvilken type data der ønskes kendskab til, samt de grunde, der retfærdiggør en udlevering heraf.«

III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

19. Hernández Sierra indgav en anmeldelse til politiet om, at han den 16. februar 2015 var blevet udsat for røveri og havde fået frastjålet sin tegnebog og mobiltelefon, og at han i den forbindelse var blevet alvorlig skadet.

20. Ved stævning af 27. februar 2015 indgav kriminalpolitiet til Juzgado de Instrucción n° 3 de Tarragona (forundersøgelsesdomstol nr. 3 i Tarragona, Spanien, herefter »forundersøgelsesdomstolen«) en anmodning om, at forskellige telefonoperatører blev pålagt at udlevere dels de telefonnumre, der var blevet aktiveret i perioden fra den 16. februar til den 27. februar 2015 med IMEI-nummeret¹³ på den stjålne mobiltelefon, dels personoplysninger om indehaverne eller brugerne af samtlige de telefonnumre, der svarede til de SIM-kort, der var blevet aktiveret med det nævnte IMEI-nummer¹⁴.

21. Forundersøgelsesdomstolen afslog ved kendelse af 5. maj 2015 denne anmodning med den begrundelse, at den krævede foranstaltning ikke var særlig egnet til at identificere de ansvarlige for forbrydelsen, og at lov nr. 25/2007 under alle omstændigheder begrænsede udlevering af data, der lagres af mobiltelefonoperatører, til alvorlige forbrydelser, dvs. de forbrydelser, der i henhold til den spanske straffelov¹⁵ straffes med mere end fem års fængsel, mens de forhold, der var genstand for sagen, ikke kunne anses for at udgøre en alvorlig forbrydelse.

22. Ministerio Fiscal (anklagemyndigheden), som er den eneste part i sagen, har iværksat appel til prøvelse af denne kendelse ved Audiencia Provincial de Tarragona (den regionale domstol i Tarragona, Spanien) og gjort gældende, at der burde have været givet tilladelse til udlevering af de omhandlede data på grund af arten af de faktiske omstændigheder og en afgørelse fra Tribunal Supremo (øverste domstol, Spanien) i en tilsvarende sag¹⁶.

23. Ved kendelse af 9. februar 2016 har den nævnte regionale domstol pålagt telefonoperatørerne som en midlertidig foranstaltning at forlænge lagringen af de data, der vedrørte den omtvistede anmodning.

24. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at den regionale domstol har lagt til grund, at den spanske lovgiver efter den anfægtede afgørelse i medfør af organisk lov nr. 13/2015¹⁷ indførte to alternative kriterier for fastlæggelsen af niveauet for en forbrydelses alvor. Det første kriterium er et materielt kriterium, der vedrører adfærd, der har en særlig alvorlig kriminel karakter, og som desuden må anses for særlig skadelig for personlige og kollektive interesser¹⁸. Det andet kriterium er en formel standard,

13 – IMEI er en forkortelse af udtrykket »International Mobile Equipment Identity«. IMEI er en entydig identifikationskode, der består af 15 tal, som normalt er påført på indersiden af mobiltelefonens batterirum og fremgår af æsken og den faktura, der udstedes i forbindelse med køb af apparatet.

14 – Den spanske regering har anført, at denne anmodning omfattede fire telefonselskaber, og har præciseret, at i det tilfælde, hvor IMEI'et var blevet anvendt på et af disse selskabers telefonnet, og hvor administrationen af det nævnte net tilkom en virtuel mobilnetoperatør, var de ovenfor nævnte oplysninger, som sidstnævnte mobiloperatør måtte have indsamlet, også omfattet af anmodningen.

15 – Jf. de bestemmelse, der er gengivet i punkt 13 og 14 i dette forslag til afgørelse.

16 – Jf. dom afsagt af Sala de lo Penal (strafferetsafdeling) af 26.7.2010 (nr. 745/2010, ES:TS:2010:4200), der er tilgængelig på følgende internetside: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=5697924&links=&optimize=20100812&publicinterface=true>

17 – Jf. punkt 15 ff. i dette forslag til afgørelse. Ifølge den forelæggende ret er det åbenbart, at denne reform er relevant for anmodningen om præjudiciel afgørelse. Den spanske regering anførte under retsmødet, at denne nye lovgivning finder anvendelse i det foreliggende tilfælde.

18 – Dvs. terrorforbrydelser og forbrydelser begået af en kriminel organisation.

der udelukkende vedrører den straf, der kan idømmes for den pågældende forbrydelse. Den strafferamme på tre års fængsel, der er fastsat i denne forbindelse, omfatter imidlertid langt størstedelen af straffelovsovertrædelser. Den forelæggende ret har endvidere anført, at den statslige interesse i at beskytte borgerne og straffe ulovlig adfærd ikke kan begrunde et uforholdsmæssigt indgreb i enkeltpersoners grundlæggende rettigheder.

25. Audiencia Provincial de Tarragona (den regionale domstol i Tarragona) har på denne baggrund ved afgørelse af 6. april 2016, indgået til Domstolen den 14. april 2016, besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er det muligt at fastslå, om der er tale om en tilstrækkelig [alvorlig forbrydelse], som retfærdiggør et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er anerkendt i chartrets artikel 7 og 8, ved alene at tage den straf i betragtning, som kan idømmes for den efterforskede forbrydelse, eller er det tillige nødvendigt at fastslå, at der i forbindelse med den kriminelle adfærd foreligger særlige niveauer for krænkelse af individuelle og/eller kollektive retsgoder?
- 2) Hvis man ved fastsættelsen af forbrydelsens [alvor] udelukkende henholder sig til den straf, der kan idømmes, og til Unionens [grundlæggende] principper, som Domstolen har anvendt i [Digital Rights-dommen] som kriterium for en streng efterprøvelse af direktivet[, der blev kendt ugyldigt ved denne dom], hvad bør denne minimumsgrænse i påkommende tilfælde da være? Ville det være foreneligt med en generel bestemmelse om en grænse på tre års fængsel?«

26. Sagen ved Domstolen blev udsat ved præsidentens afgørelse af 23. maj 2016 på afsigelsen af Domstolens dom i de forenede sager C-203/15 og C-698/15, Tele2 Sverige og Watson m.fl..

27. Adspurgt af Domstolen efter afsigelsen af denne dom den 21. december 2016¹⁹ har den forelæggende ret oplyst, at den ønsker at opretholde sin anmodning om præjudiciel afgørelse. Den forelæggende ret har anført, at de præjudicielle spørgsmål, som den har forelagt, fortsat er relevante, idet den nævnte dom ganske vist gav eksempler på alvorlige forbrydelser²⁰, men ikke med tilstrækkelig klarhed definerede det materielle indhold af begrebet forbrydelsens alvor, der kan anvendes som kriterium for at bedømme, om en indgribende foranstaltning er begrundet. Dette begreb medfører imidlertid en risiko for, at betingelserne for lagring af data og adgang hertil på nationalt plan gives et meget bredt indhold, der ikke respekterer de grundlæggende rettigheder, der er omhandlet i Tele2-dommen. Den spanske lovgiver har således i forbindelse med vedtagelsen af organisk lov nr. 13/2015 til trods for de kriterier, der er opstillet i Digital Rights-dommen²¹, og i forhold til de bestemmelser, der tidligere fulgte af lov nr. 25/2007, væsentligt nedsat grænsen for, hvornår der foreligger alvorlige forbrydelser, som giver ret til at lagre og udlevere personoplysninger.

28. Efter afgivelsen af dette svar blev sagen for Domstolen genoptaget den 16. februar 2017. Den spanske, den tjekkiske og den estiske regering, Irland, den franske, den lettiske, den ungarske og den østrigske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

19 – Jf. fodnote 4 i dette forslag til afgørelse.

20 – Jf. præmis 103 i Tele2-dommen, hvori der henvises til »organiseret kriminalitet og terrorisme«. Jeg bemærker, at den samme todelte eksemplificering fremgik af præmis 24 og 51 i Digital Rights-dommen, som klart blev anvendt i forbindelse med ordlyden i 7.-10. betragtning til direktiv 2006/24, der blev kendt ugyldigt ved denne dom.

21 – Den forelæggende ret har bl.a. henvist til præmis 60 i Digital Rights-dommen, hvori Domstolen fastslog, at »direktiv 2006/24 [ikke fastsætter] noget objektivt kriterium, som gør det muligt at afgrænse de kompetente nationale myndigheders adgang til dataene og den efterfølgende anvendelse heraf med henblik på forebyggelse, afsløring eller strafferetlig forfølgning vedrørende kriminalitet, der, henset til rækkevidden og alvoren af indgrebet i de rettigheder, som er fastslået i chartrets artikel 7 og 8, kan anses for tilstrækkeligt grov til at begrunde et sådant indgreb. Direktiv 2006/24 begrænser sig derimod til i artikel 1, stk. 1, at henvise generelt til grov kriminalitet som defineret af de enkelte medlemsstater i deres nationale lovgivning«.

29. Domstolen har med henblik på retsmødet stillet spørgsmål til skriftlig besvarelse til den spanske regering, som denne har bevaret den 9. januar 2018, og spørgsmål til mundtlig besvarelse til samtlige berørte parter, der er omfattet af artikel 23 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol.

30. Den spanske anklagemyndighed, den spanske, den tjekkiske, den danske og den estiske regering, Irland, den franske, den lettiske og den polske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen afgav mundtlige indlæg i retsmødet, det blev afholdt den 29. januar 2018.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

31. Inden jeg foretager en grundig undersøgelse af de spørgsmål, der er forelagt ved denne anmodning om præjudiciel afgørelse, er det efter min opfattelse nødvendigt at fremsætte nogle bemærkninger om denne anmodnings særlige genstand.

32. *For det første* bemærker jeg, at *tvisten i hovedsagen*, når der henses til de oplysninger, der fremgår af forelæggelsesafgørelsen, og de supplerende oplysninger, som den spanske regering har fremført, har særtræk, der navnlig adskiller denne sag fra den sammenhæng, som de sager, der gav anledning til Digital Rights-dommen og Tele2-dommen, indgik i²².

33. Den anmodning fra politimyndighederne, der er genstand for denne sag, synes nemlig *udelukkende* at have til formål at få udleveret data, der gør det muligt at identificere indehaverne eller brugerne af de telefonnumre, der svarer til de SIM-kort, som er blevet indsat i den stjålne mobiltelefon²³. Det er endvidere ubestridt, at denne anmodning vedrører et klart afgrænset og begrænset tidsrum, nemlig knap et par uger²⁴.

34. Antallet af personer, der kan blive berørt af den omtvistede foranstaltning, er under disse omstændigheder ikke ubegrænset, men begrænset. Disse personer udgør endvidere ikke en hvilken som helst indehaver af et SIM-kort, men personer, der har en særlig profil, idet der er tale om de personer, der har gjort brug af den stjålne telefon, efter at den er blevet bortskaffet, eller de personer, der fortsat har denne telefon i deres besiddelse, og som derfor med føje kan mistænkes for enten selv at være gerningsmand eller for at have en forbindelse til gerningsmændene.

22 – Jf. i denne forbindelse bl.a. fodnote 3 og 4 i dette forslag til afgørelse.

23 – De »indehavere og brugere«, som denne anmodning omfatter, er efter min opfattelse nødvendigvis personer, der har tegnet abonnement, er registrerede eller som i det mindste kan identificeres (jf. desuden fodnote 25 i dette forslag til afgørelse), og ikke personer, der har købt et SIM-kort uden at efterlade spor.

24 – Jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

35. Det bemærkes endvidere, at de omhandlede data ikke på nogen måde vedrører enhver form for »personoplysning«²⁵, som leverandører af elektroniske kommunikationstjenester råder over, men udelukkende data, der vedrører de ovenfor nævnte personers civile identitet, dvs. deres for- og efternavn og eventuelt deres adresse²⁶, der således udgør såkaldte »kontaktoplysninger«. De andre oplysninger om disse personer, der kan fremgå af de nævnte leverandørers arkiver²⁷, er efter min opfattelse ikke omfattet af tvisten i hovedsagen.

36. Det formål, der her forfølges, er i øvrigt efter min opfattelse at indsamle oplysninger, der hverken vedrører lokalisering eller kommunikative processer som sådan²⁸, men fysiske personer, der er eftersøgt for at have anvendt en elektronisk kommunikationstjeneste ved hjælp af den stjalne telefon, selv om de ikke har foretaget et egentligt telefonopkald. Det fremgår nemlig af de forklaringer, som den spanske anklagemyndighed har afgivet over for Domstolen, at de ønskede personoplysninger, der kan udledes ved at sammenholde et bestemt SIM-kort og IMEI-nummeret for det stjalne apparat, teknisk kan fremfindes ved blot at forbinde det stjalne apparat med en mobiltelefonterminal, selv om indehaveren af kortet ikke har foretaget noget opkald fra den berørte telefon, og derfor uafhængigt af enhver form for faktisk kommunikativ proces²⁹. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve dette faktiske forhold, der efter min opfattelse imidlertid synes tilstrækkelig sandsynlig til, at den med rimelighed kan anses for troværdig.

37. Når der henses til samtlige disse betragtninger vil jeg indledningsvis bemærke, at tvisten i hovedsagen vedrører personoplysninger, der er genstand for en anmodning om udlevering, som ikke er generel og udifferentieret, men målrettet i forhold til enkeltpersoner og begrænset med hensyn til tidsrum. De ønskede oplysninger synes endvidere ved første øjekast ikke at have en særlig følsom karakter, selv om adgang til denne form for oplysninger ikke desto mindre kan udgøre en krænkelse af de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 7 og 8³⁰.

38. *For det andet* bemærker jeg, at det fremgår af begrundelsen til forelæggelsesafgørelsen, at de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt i den foreliggende sag, er kendetegnet ved, at de ikke vedrører betingelserne for at *lagre* personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor, men nærmere reglerne for de nationale myndigheders *adgang* til sådanne oplysninger, der er lagret af tjenesteleverandører, der opererer inden for denne sektor³¹.

25 – I henhold til den definition, der er givet i artikel 2, litra a), i direktiv 95/46, hvortil der henvises i artikel 2 i direktiv 2002/58, omfatter begrebet »personoplysninger« »enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person«, idet det præciseres, at der »ved identificerbar person forstås en person, der direkte eller indirekte kan identificeres, bl.a. ved et identifikationsnummer eller et eller flere elementer, der er særlige for denne persons fysiske, fysiologiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sociale identitet«. Domstolen har allerede fastslået, at »retten til respekt for privatliv med hensyn til behandling af personoplysninger henviser til enhver form for information, der svarer til denne definition« (jf. bl.a. dom af 17.10.2013, Schwarz, C-291/12, EU:C:2013:670, præmis 26), og at rækkevidden heraf er meget bredt (jf. bl.a. dom af 20.12.2017, Nowak, C-434/16, EU:C:2017:994, præmis 33).

26 – Den spanske regering har anført, at anmodningen ikke udtrykkeligt vedrører de berørtes adresse.

27 – Oplysninger som f.eks. en persons ægteskabelig stilling, nummeret på den pågældendes nationale identitetskort, den pågældendes bankoplysninger eller oplysninger om den pågældendes eventuelle telefonabonnement.

28 – Oplysninger, der kan indeholde numre på indgående og udgående opkald eller endog datoen, varigheden eller hyppigheden af samtalerne eller indholdet heraf. Den spanske regering har præciseret, at politiet i det foreliggende tilfælde udtrykkeligt har oplyst, at dets anmodning ikke havde til formål at få udleveret oplysninger, der er beskyttet af kommunikationshemmeligheden.

29 – Det er med andre ord muligt at få adgang til disse oplysninger ved blot at aktivere det omhandlede mobilapparat, uanset om indehaveren eller brugeren på et senere tidspunkt har anvendt dette apparat i forbindelse med en bestemt kommunikationsproces mellem to personer.

30 – Jf. punkt 74 ff. i dette forslag til afgørelse.

31 – Jeg præciserer, at en adgang til personoplysninger teoretisk set efter min opfattelse ikke medfører en mindre risiko i forhold til de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 7 og 8, end lagring af sådanne oplysninger. Faren kan endda anses for større, idet adgangen til lagrede data konkretiserer den potentielt skadelige brug, der kan gøres af disse oplysninger.

39. Den forelæggende ret har bl.a. anført, at det i henhold til strafferetsplejelovens artikel 588b, litra j), er et krav, at der foreligger en retskendelse for, at de elektroniske data, der er lagret af tjenesteudbydere, kan udleveres til de kompetente myndigheder med henblik på brug i forbindelse med en sag. Det præciseres i nævnte artikels stk. 1, at udbyderen kan foretage lagring af sådanne oplysninger i henhold til den relevante lovgivning eller på eget initiativ af kommercielle eller andre årsager.

40. Det fremgår i det foreliggende tilfælde, at mobiltelefonoperatørerne har lagret de personoplysninger, som politimyndighederne ønsker adgang til med henblik på efterforskning, for at opfylde en forpligtelse, der følger af spansk ret³². Den forelæggende ret har ikke givet oplysninger herom, idet det bemærkes, at denne rets anmodning om præjudiciel afgørelse omhandler den eventuelle adgang til data, der allerede er blevet lagret, og at datalagringens overensstemmelse med kravene i EU-retten ikke er blevet anfægtet inden for rammerne af tvisten i hovedsagen³³. Der skal derfor efter min opfattelse tages udgangspunkt i den forudsætning, at de i hovedsagen omhandlede oplysninger er blevet lagret i overensstemmelse med den nationale lovgivning under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, hvilket det udelukkende tilkommer den forelæggende ret at efterprøve³⁴.

41. Jeg vil i min redegørelse nedenfor vende tilbage til retsvirkningerne af de indledende konstateringer, der her er foretaget³⁵.

B. Om de af den spanske regering fremsatte formalitetsindsigelser

42. Den spanske regering har fremsat to kategorier af formalitetsindsigelser, der vedrører dels Domstolens kompetence, dels spørgsmålet om, hvorvidt anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, som Domstolen må tage stilling til, før den i givet fald tager stilling til realiteten.

1. Om Domstolens kompetence med hensyn til EU-rettens anvendelsesområde

43. Jeg bemærker indledningsvis, at det fremgår af fast retspraksis, at de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved Unionens retsorden, og navnlig dem, der er fastsat i de nævnte artikler, kan anvendes i alle situationer, der reguleres af EU-retten³⁶. Det fremgår endvidere af chartrets artikel 51, stk. 1, at chartrets artikel 7 og 8 kun er rettet til medlemsstaterne, »når de gennemfører EU-retten« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Domstolens praksis vedrørende dette begreb³⁷. Når en retlig situation ikke henhører under EU-rettens anvendelsesområde, har Domstolen således ikke kompetence til at træffe afgørelse herom, og de af chartrets bestemmelser, der eventuelt er blevet påberåbt, kan ikke i sig selv danne grundlag for denne kompetence³⁸.

32 – Den spanske regering har anført, at det i Spanien er lovligt at lagre for- og efternavn og eventuelt adressen på indehaveren af et SIM-kort. Det synes nemlig efter min opfattelse at følge af artikel 1 og artikel 3, stk. 1, litra a), nr. 1), ii), i lov nr. 25/2007 (jf. punkt 10 ff. i dette forslag til afgørelse), at mobiltelefonoperatørerne har pligt til at lagre data, der genereres eller behandles i forbindelse med de tjenester, som de leverer, herunder bl.a. efternavnet og adressen på abonnenten eller den registrerede bruger, for så vidt som disse oplysninger er nødvendige for at spore eller identificere kilden til en kommunikation. Jeg bemærker, at tilsvarende krav fremgår af artikel 3 og artikel 5, stk. 1, litra a), nr. 1), ii), i direktiv 2006/24, som er gennemført ved den nævnte lov.

33 – Domstolen henviste også i dom af 29.1.2008, Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 45 sidste punktum), til denne omstændighed.

34 – I denne retning dom af 19.4.2012, Bonnier Audio m.fl. (C-461/10, EU:C:2012:219, præmis 37).

35 – Hvad navnlig angår Domstolens kompetence og besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål, jf. henholdsvis punkt 43 ff. og punkt 70 ff. i dette forslag til afgørelse.

36 – Jf. bl.a. dom af 16.5.2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

37 – Jf. bl.a. dom af 6.10.2016, Paoletti m.fl. (C-218/15, EU:C:2016:748, præmis 14 ff.).

38 – Jf. bl.a. dom af 1.12.2016, Daouidi (C-395/15, EU:C:2016:917, præmis 63).

44. I det foreliggende tilfælde omhandler de spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt, udelukkende chartrets artikel 7 og 8, og »de grundlæggende principper i EU-retten, som Domstolen anvendte i [Digital Rights]-dommen«. Denne ret er imidlertid af den opfattelse, at de direktiver, der gælder for beskyttelse af personoplysninger, såsom direktiv 95/46 og 2002/58, skaber den i henhold til chartrets artikel 51, stk. 1, krævede forbindelse mellem hovedsagen og EU-retten.

45. Jeg bemærker i denne forbindelse *for det første*, at den spanske regering principalt har anført, at Domstolen ikke har den nødvendige kompetence til at tage stilling til den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, idet denne anmodning ikke vedrører anvendelsen af EU-retten. Den spanske regering har bl.a. anført, at tvisten i hovedsagen *ikke er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde*, idet den vedrører politiets adgang til oplysninger, der er genstand for en retskendelse, som er afsagt i forbindelse med en efterforskning, hvilket udgør en statslig aktivitet inden for strafferetsområdet³⁹, og derfor ikke er omfattet af de undtagelser, der er fastsat i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58 og artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46⁴⁰. Det Forenede Kongeriges regering anførte under retsmødet, at den delte den spanske regerings synspunkt.

46. Efter min opfattelse finder direktiv 2002/58 imidlertid anvendelse på nationale foranstaltninger som dem, der er omhandlet i hovedsagen. Domstolen fastslog nemlig allerede i Tele2-dommen, at de nationale lovgivninger om lagring af data med henblik på bekæmpelse af kriminalitet er omfattet af anvendelsesområdet for dette direktiv ikke blot som følge af, at de fastsætter de forpligtelser, der i denne forbindelse påhviler leverandører af elektroniske kommunikationstjenester, men også som følge af, at de regulerer de nationale myndigheders adgang til data, der er lagret inden for denne ramme⁴¹. Jeg er i lighed med Kommissionen af den opfattelse, at de betragtninger, der fremgår af denne dom, kan overføres på de nationale regler, der finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, nemlig dem, der følger af lov nr. 25/2007, sammenholdt med den spanske strafferetsplejelov, som ændret ved organisk lov nr. 13/2015⁴², og kan derfor overføres på genstanden for tvisten i hovedsagen.

47. Jeg tilføjer, at det er vigtigt ikke at forveksle dels de personoplysninger, der behandles *direkte* som et led i de statslige aktiviteter⁴³, som en stat udøver inden for det strafferetlige område⁴⁴, dels de personoplysninger, der behandles som et led i kommercielle aktiviteter, der udøves af en udbyder af elektroniske kommunikationstjenester, som de kompetente statslige myndigheder *efterfølgende* anvender⁴⁵. Jeg bemærker desuden, at Domstolen for nylig er blevet forelagt en anmodning om

39 – Ifølge den spanske regering er der her tale om de statslige myndigheders udøvelse af retten til at idømme straf (ius puniendi). Jf. i denne forbindelse generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse Breyer (C-582/14, EU:C:2016:339, punkt 86-92).

40 – De principper, der er nævnt i disse bestemmelser, er også nævnt i 11. betragtning til direktiv 2002/58, hvori der henvises til dette direktivs artikel 15, stk. 1 (jf. punkt 6 og 7 i dette forslag til afgørelse).

41 – Jf. præmis 72-81 i Tele2-dommen. Jf. i denne henseende ligeledes mit forslag til afgørelse Tele2 Sverige m.fl. (C 203/15 og C 698/15, EU:C:2016:572, punkt 88-97 og 124)

42 – Jf. navnlig artikel 1, stk. 1, i lov nr. 25/2007 og strafferetsplejelovens artikel 579, stk. 1, der er gengivet i punkt 11 og 17 i dette forslag til afgørelse, og den lovbestemte forpligtelse, der påhviler de nævnte leverandører, punkt 40 i dette forslag til afgørelse.

43 – Det skal præciseres, at de såkaldte »statslige« aktiviteter vedrører de funktioner, der er forbeholdt staten eller dens tjenestegrene, og som den ikke kan uddelegere til private enheder, idet der navnlig er tale om aktiviteter, der er forbundet med retsvæsenet, politiet og hæren.

44 – Såsom oplysninger, der behandles af de retslige myndigheder og politiet med henblik på eftersøgning af gerningsmænd (f.eks. data, der indsamles og behandles i forbindelse med telefonaflytning, som politiet foretager på forespørgsel fra en forundersøgelingsdommer).

45 – Såsom kontaktoplysninger vedrørende brugerne af en telefonitjeneste, der anvendes i forbindelse med en strafferetlig efterforskning, således som det er tilfældet i tvisten i hovedsagen.

præjudiciel afgørelse vedrørende navnlig fortolkningen af artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58 i relation til en medlemsstats sikkerheds- og efterretningstjenesters brug af oplysninger, der er overført til dem af sådanne udbydere⁴⁶ i forbindelse med masseoverførsler, hvilket efter min opfattelse ikke er en problemstilling, der skal tages stilling til inden for rammerne af den foreliggende sag⁴⁷.

48. *For det andet* bemærker jeg, at der er rejst andre spørgsmål vedrørende *anvendelsesområdet for direktiv 2002/58*, som har betydning for Domstolens kompetence i den foreliggende sag, navnlig vedrørende *typen af de i hovedsagen omhandlede oplysninger*.

49. Som jeg allerede har nævnt⁴⁸, fremgår det af de oplysninger, der er tilført sagsakterne, at den omtvistede anmodning om adgang til data har til formål at få udleveret oplysninger om identiteten på de indehavere eller brugere af de telefonnumre, der svarer til de SIM-kort, som er blevet aktiveret ved hjælp af den stjalne mobiltelefon, med henblik på at finde de personer, der har haft dette apparat i deres besiddelse, og ikke oplysninger om de opkald, der eventuelt måtte være foretaget fra dette apparat.

50. Selv om en lang række personoplysninger potentielt kunne være omfattet, når henses til den spanske lovgivning⁴⁹, vedrører den foreliggende tvist i hovedsagen oplysninger, der udelukkende vedrører identiteten på »brugerne« som omhandlet i artikel 2, andet led, litra a), i direktiv 2002/58, og ikke på nogen måde en »lokalisering«⁵⁰, som omhandlet i den nævnte artikel 2, andet led, litra c), eller en »kommunikation« i egentlig forstand som omhandlet i den nævnte artikel 2, andet led, litra d)⁵¹.

51. Den spanske anklagemyndighed, den spanske og den danske regering, Irland og den lettiske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har anført, at oplysninger som dem, der er genstand for den foreliggende sag, når de betragtes isoleret, dvs. uafhængigt af den kommunikation, der i givet fald foretages, i princippet heller ikke bør være omfattet af begrebet »trafikdata« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den nævnte artikel 2, andet afsnit, litra b), hvori trafikdata er defineret som »data, som behandles med henblik på overføring af kommunikation i et elektronisk kommunikationsnet eller debitering heraf«⁵².

52. Det er korrekt, at de identifikationsoplysninger, som politimyndighederne i denne sag har anmodet om, ikke synes at vedrøre kommunikations-»trafik« i egentlig forstand, idet disse oplysninger angiveligt kan opnås, selv om der ikke er foretaget et eneste opkald fra det stjalne apparat, og derfor selv om en mobiltelefonoperatør i den berørte periode ikke har befordret nogen kommunikation mellem to personer⁵³.

46 – Jf. anmodning om præjudiciel afgørelse i den verserende sag *Privacy International (C-623/17)*, hvori navnlig henvises til dom af 30.5.2006, Parlamentet mod Rådet og Kommissionen (C-317/04 og C-318/04, EU:C:2006:346, præmis 56-59), og af 10.2.2009, Irland mod Parlamentet og Rådet (C-301/06, EU:C:2009:68, præmis 88 og 91), hvoraf det fremgår, at den behandling af personoplysninger vedrørende flypassagerer, der var genstand for den første dom, ikke skete til brug for levering af en tjenesteydelse, men af hensyn til den offentlige sikkerhed, og dermed var udelukket fra direktiv 95/46's anvendelsesområde.

47 – Eftersom for det første tvisten i hovedsagen vedrører overførsel af oplysninger, der ikke sker bredt, men målrettet, og for det andet fordi Domstolens bemærkninger i *Tele2*-dommen efter min opfattelse kan overføres på den foreliggende sag, således som jeg har anført i punkt 46 i dette forslag til afgørelse.

48 – Jf. punkt 33 ff. i dette forslag til afgørelse.

49 – Jf. bl.a. artikel 1, stk. 2, i lov nr. 25/2007 og strafferetsplejelovens artikel 579, stk. 1.

50 – Politimyndighedernes anmodning tilsigter nemlig ikke at spore den geografiske position, hvor det stjalne apparat eller de personer, der har haft det i deres besiddelse, befinder sig, men kun disse personers identitet.

51 – Indholdet af den nævnte artikel 2 er gengivet i punkt 8 i dette forslag til afgørelse.

52 – Trafikdata, der er reguleret i artikel 6 i direktiv 2002/58.

53 – Jf. punkt 36 i dette forslag til afgørelse.

53. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at en tvist som den i hovedsagen omhandlede er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58, idet behandlingen af de i det foreliggende tilfælde omhandlede oplysninger, der vedrører SIM-kortene og deres indehavere, ud fra et kommercielt synspunkt er nødvendig for at kunne levere elektroniske kommunikationstjenester⁵⁴, i det mindste for at kunne foretage afregning for den tjeneste, der er leveret⁵⁵, uanset hvilke opkald, der måtte være foretaget inden for rammerne af denne tjeneste.

54. Når der henses til artikel 1, stk. 1, og artikel 3 i direktiv 2002/58⁵⁶, deler jeg den opfattelse, som navnlig Kommissionen har givet udtryk for, hvorefter dette direktiv har til formål som helhed at regulere behandling af personoplysninger, der foretages i forbindelse med leveringen af elektroniske kommunikationstjenester, således at dette direktivs anvendelsesområde omfatter oplysninger om identiteten på brugerne af tjenester som dem, der er omhandlet her, og ikke kun oplysninger, der vedrører en bestemt kommunikationsproces. Når der desuden tages hensyn til de beskyttelsesformål, der fremgår af det nævnte direktiv, som hovedsageligt består i beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartret⁵⁷, er det derfor min opfattelse, at der skal anlægges en bred forståelse af begrebet »kommunikation« i dette direktivs forstand, og at det princip om kommunikationshemmelighed, der er fastsat i dette direktiv⁵⁸, skal finde anvendelse i det foreliggende tilfælde.

55. Jeg er endvidere af den opfattelse, at denne fortolkning bekræftes af en tidligere dom fra Domstolen, hvori Domstolen fastslog, at anvendelsesområdet for direktiv 2002/58 omfattede en tvist om overførsel af navn og adresse på brugerne af en elektronisk kommunikationstjeneste⁵⁹. Jeg tilføjer, at det nævnte direktivs artikel 12, der vedrører abonnentfortegnelser, efter min opfattelse omfatter visse oplysninger af denne art⁶⁰, og at 15. betragtning til dette direktiv endvidere er udtryk for en mere fleksibel forståelse af begrebet »kommunikation«, som bl.a. omfatter en »adresse, der gives af kommunikationsafsenderen«⁶¹.

56. En sådan tilgang er endvidere i overensstemmelse med Menneskerettighedsdomstolens praksis på området⁶², idet det bemærkes, at det fremgår af præamblen til direktiv 2002/58, at direktivet tilsigter at sikre kommunikationshemmeligheden og brugernes ret til privatliv i overensstemmelse med EMRK, således som denne konvention fortolkes af den nævnte domstol⁶³, selv om denne konvention ikke udgør et instrument, der formelt er integreret i Unionens retsorden⁶⁴.

54 – Elektroniske kommunikationstjenester er i artikel 2, litra c), i direktiv 2002/21 (der fastsætter de fælles rammebestemmelser på området) defineret som »en tjeneste, som normalt ydes mod betaling, og som udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet [...]«.

55 – Den omstændighed, at behandlingen af oplysninger kan være nødvendig bl.a. for at kunne foretage afregning for tjenesten over for abonnenter, er nævnt i flere bestemmelser i direktiv 2002/58 [bl.a. 26., 27. og 29. betragtning, artikel 2, andet afsnit, litra g), og artikel 6, stk. 2 og 5]. Jf. i denne forbindelse ligeledes Tele2-dommen, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis.

56 – Disse bestemmelser vedrører mere generelt henholdsvis »behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor« og »behandling af personoplysninger i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed«.

57 – Jf. 2., 7. og 11. betragtning til og artikel 1, stk. 1, og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2002/58.

58 – Jf. 21. betragtning til og artikel 1, stk. 1, og artikel 5, der specifikt regulerer kommunikationshemmeligheden, i direktiv 2002/58.

59 – Jf. dom af 29.1.2008, Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 29-31 og 45).

60 – Om fortolkningen af denne artikel 12, jf. bl.a. dom af 15.3.2017, Tele2 (Nederlandene) m.fl. (C-536/15, EU:C:2017:214, præmis 33 ff. og den deri nævnte retspraksis).

61 – Det fremgår af den nævnte 15. betragtning, at »[e]n kommunikation kan omfatte enhver form for oplysning om navn, nummer eller adresse, der gives af kommunikationsafsenderen eller brugeren af en forbindelse til udførelse af kommunikationen [...]«.

62 – Menneskerettighedsdomstolen har anlagt en bred fortolkning af begrebet oplysninger vedrørende en persons privatliv som omhandlet i EMRK's artikel 8 (der er gengivet i fodnote 8 i dette forslag til afgørelse) (jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolen, 13.2.2018, Ivashchenko mod Rusland CE:ECHR:2018:0213JUD006106410, §§ 63 ff.), således som det allerede er anført (jf. dom af 9.11.2010, Volker und Markus Schecke og Eifert, C-92/09 og C-93/09, EU:C:2010:662, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis fra Menneskerettighedsdomstolen).

63 – Jf. 3., 11. og 24. betragtning til direktiv 2002/58.

64 – Jf. bl.a. Tele2-dommen (præmis 120, hvori der er foretaget en analogislutning ud fra Menneskerettighedsdomstolens praksis, og præmis 126 ff., der henviser til den situation, som Unionen befinder sig i, i forhold til EMRK).

57. Jeg er derfor af den opfattelse, at en tvist som den i hovedsagen omhandlede er omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 2002/58, og at den indsigelse om manglende kompetence, som den spanske regering har fremsat, derfor ikke skal tages til følge.

58. For fuldstændighedens skyld skal jeg imidlertid bemærke, at såfremt det måtte blive fastslået, at direktiv 2002/58 ikke finder anvendelse i et sådant tilfælde, kan direktiv 95/46, som såvel den forelæggende ret som den spanske regering har henvist til, ikke begrunde, at Domstolen har kompetence til at tage stilling i den foreliggende sag.

59. Som Kommissionen har anført, udgør direktiv 95/46 ganske vist en generel retsakt vedrørende behandling af personoplysninger⁶⁵, men de af den forelæggende ret forelagte spørgsmål vil efter min opfattelse miste deres relevans, såfremt de skal undersøges i dette lys, idet de har til formål at fastlægge grænsen for, hvornår en forbrydelse skal anses for »alvorlig« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den retspraksis, der følger af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen, som ikke vedrørte fortolkningen af det nævnte direktiv⁶⁶.

2. Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse

60. Den spanske regering har subsidiært gjort gældende, at såfremt Domstolen måtte fastslå, at den har kompetence til at besvare de forelagte spørgsmål, skal anmodningen om præjudiciel afgørelse afvises fra realitetsbehandling og dette af to grunde.

61. For det første har denne regering anført, at den forelæggende ret ikke klart har *angivet de EU-retlige forskrifter*, som Domstolen skal tage stilling til.

62. Det fremgår i denne forbindelse af fast retspraksis, at Domstolen inden for rammerne af det samarbejde, der er indført ved artikel 267 TEUF, kun kan afslå at træffe afgørelse om præjudicielle spørgsmål, der er omfattet af en formodning for, at sådanne spørgsmål er relevante, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning eller vurdering af gyldigheden af en EU-retlig regel savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål⁶⁷.

63. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at det af den spanske regering fremsatte klagepunkt ikke er begrundet. Når der henses til de oplysninger, som den forelæggende ret har givet, er det nemlig min opfattelse, at denne ret har foretaget en tilstrækkelig identificering af de bestemmelser i EU-retten, som den finder relevante. Jeg bemærker, at de forelagte spørgsmål navnlig vedrører chartrets artikel 7 og 8, at den forelæggende ret har anført, at direktiv 95/46 og direktiv 2002/58 udgør den nødvendige forbindelse mellem den nationale lovgivning, der finder anvendelse, og EU-retten⁶⁸, og endelig, at direktiv 2002/58 bl.a. tilsigter, således som det fremgår af anden betragtning hertil, at sikre fuld overholdelse af de rettigheder, der er nævnt i chartrets artikel 7 og 8⁶⁹.

65 – Direktiv 2002/58 regulerer til gengæld specifikt den elektroniske kommunikationssektor (jf. bl.a. fjerde og tiende betragtning til og artikel 1, stk. 1 og 2, i dette direktiv).

66 – Jeg bemærker, at begrebet »alvorlige forbrydelser« blev indført som et kriterium, der skulle begrænse medlemsstaternes handlemuligheder, ved direktiv 2006/24 om lagring af data, der blev kendt ugyldigt ved Digital Rights-dommen, og derefter anvendt af Domstolen i Tele2-dommen ved fortolkningen af direktiv 2002/58 i en situation, der vedrørte nationale bestemmelser om lagring af data og adgangen hertil (jf. endvidere fodnote 3 og 4 i dette forslag til afgørelse). Det følger efter min opfattelse heraf, at såfremt det måtte blive fastslået, at direktiv 2002/58 ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, vil det ikke være nødvendigt at anlægge en fortolkning af det nævnte begreb, som den forelæggende ret har anmodet om.

67 – Jf. bl.a. dom af 16.6.2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 24 og 25), og af 22.2.2018, Porras Guisado (C-103/16, EU:C:2018:99, præmis 34).

68 – Jf. ligeledes punkt 44 i dette forslag til afgørelse.

69 – Jf. ligeledes Tele2-dommen (præmis 82).

64. Jeg tilføjer, at det er irrelevant, om et af de elementer i den spanske lovgivning, der er nævnt i forelæggelsesafgørelsen, nemlig lov nr. 25/2007, har til formål at gennemføre direktiv 2006/24, der er blevet ophævet som følge af, at det ved Digital Rights-dommen blev kendt ugyldigt⁷⁰. Som den forelæggende ret med føje har anført, ville det være urigtigt at anse de præjudicielle spørgsmål, der her er forelagt Domstolen, for irrelevante som følge af, at det nævnte direktiv er blevet erklæret ugyldigt. Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at fastslå, at det område, som disse spørgsmål vedrører, nemlig beskyttelsen af personoplysninger, henhører under Unionens kompetence, og at tvisten i hovedsagen er omfattet af anvendelsesområdet for en EU-retsakt, nemlig direktiv 2002/58⁷¹, som direktiv 2006/24, der er blevet erklæret ugyldigt, tilsigtede at ændre.

65. Det skal i øvrigt bemærkes, at langt de fleste af de procesdeltagere, der har afgivet indlæg til Domstolen, har taget udgangspunkt i princippet om, at den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse skal undersøges i lyset af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7 og 8, og den lære, der kan udledes af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen. Dette er også min opfattelse, idet det skal bemærkes, at udtrykket »straffesager«, og ikke udtrykket »alvorlige forbrydelser«, udelukkende er anvendt i direktiv 2002/58 i den nævnte artikel 15, stk. 1⁷².

66. *For det andet* har den spanske regering anført, at *chartrets artikel 7*, der udgør det centrale element i den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, *ikke er relevant*, med den begrundelse, at den efterforskningsforanstaltning, der er anmodet om i hovedsagen, ikke vedrører aflytning af kommunikation, og dermed ikke kan krænke kommunikationshemmeligheden, hvilket indebærer, at de forelagte spørgsmål er hypotetiske.

67. Jeg er af den opfattelse, at chartrets artikel 7 klart er relevant i den foreliggende sag, og at anmodningen om præjudiciel afgørelse derfor ikke har hypotetisk karakter. Selv om det er korrekt, at der i det foreliggende tilfælde ikke består en risiko for tilsidesættelse af kommunikationshemmeligheden, når der henses til formålet med den i hovedsagen omhandlede foranstaltning⁷³, forholder det sig ikke desto mindre således, at en foranstaltning af denne type kan medføre et indgreb i retten til respekt for privatlivet, der er sikret ved den nævnte bestemmelse, selv om et sådant indgreb efter min opfattelse ikke ville have et stort omfang⁷⁴.

68. Som Domstolen allerede ved flere lejligheder har fastslået, udgør videregivelsen af personoplysninger til tredjemand, såsom en offentlig myndighed, et indgreb i den grundlæggende rettighed, der er sikret ved chartrets artikel 7, uanset hvad de videregivne oplysninger efterfølgende bruges til. Det samme gælder opbevaringen af personoplysninger, herunder den lagring, som leverandører af elektroniske kommunikationstjenester foretager, og de offentlige myndigheders adgang hertil med henblik på brug heraf⁷⁵.

69. Jeg er derfor af den opfattelse, at den formalitetsindsigelse, som den spanske regering har fremsat, ikke skal tages til følge, og at der derfor skal tages stilling til realiteten med hensyn til anmodningen om præjudiciel afgørelse.

70 – Jf. ligeledes punkt 10 i dette forslag til afgørelse. Jeg bemærker, at den samme situation forelå i en af de sager, der gav anledning til Tele2-dommen (jf. præmis 15 og 63).

71 – Jf. i denne sidstnævnte forbindelse punkt 45 ff. i dette forslag til afgørelse.

72 – Jf. ligeledes punkt 71 i dette forslag til afgørelse.

73 – Jf. punkt 36 og 52 i dette forslag til afgørelse.

74 – Om den manglende alvor af det i det foreliggende tilfælde forvoldte indgreb, jf. punkt 74 ff. i dette forslag til afgørelse.

75 – Jf. bl.a. Digital Rights-dommen (præmis 26 ff.) og udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017 (EU:C:2017:592, præmis 124 og den deri nævnte retspraksis).

C. Om de elementer, der er nødvendige for at kvalificere en forbrydelse som tilstrækkeligt alvorlig til, at den kan begrunde et indgreb i de omhandlede grundlæggende rettigheder (det første spørgsmål)

70. Den forelæggende ret har med det første spørgsmål nærmere bestemt anmodet Domstolen om at oplyse, hvilke elementer der skal tages hensyn til for at fastslå, at straffelovsovertrædelser har en tilstrækkeligt alvorlig karakter til i forbindelse med lagring af personoplysninger og adgangen hertil at kunne begrunde et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, i overensstemmelse med den retspraksis, der følger af Digital Rights-dommen og senere af Tele2-dommen.

71. Jeg bemærker i denne forbindelse, at Domstolen i Digital Rights-dommen⁷⁶ anvendte begrebet »alvorlige forbrydelser«, og ind imellem begrebet »grov kriminalitet«⁷⁷, som kriterium for at efterprøve formålet med og forholdsmæssigheden af indgrebet i de ovenfor nævnte grundlæggende rettigheder, der fulgte af de EU-retlige bestemmelser om personoplysninger, nemlig bestemmelserne i direktiv 2006/24. Jeg præciserer, at dette begreb, der ikke er anvendt i direktiv 2002/58⁷⁸, blev anvendt i direktiv 2006/24⁷⁹, hvis ugyldighed var genstand for den nævnte dom. Domstolen anvendte efterfølgende disse to begreber i Tele2-dommen⁸⁰, som det samme bedømmelseskriterium, men denne gang vedrørende et spørgsmål om foreneligheden af EU-retten⁸¹ med bestemmelser, som var vedtaget af medlemsstaterne.

72. Med det første spørgsmål anmodes Domstolen nærmere bestemt om at oplyse, om der med henblik på at vurdere, om der foreligger en »alvorlig forbrydelse«, der kan begrunde et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 7 og 8, og som foretages i forhold til personoplysninger, udelukkende skal tages hensyn til den straf, der kan idømmes for den omtvistede forbrydelse, eller om der tillige skal tages hensyn til, om den kriminelle adfærd indebærer et særligt niveau for krænkelse af individuelle eller kollektive retsgoder.

73. Jeg er imidlertid i lighed med Kommissionen af den opfattelse, at det, før der tages stilling til dette spørgsmål, skal undersøges, om et indgreb, der er genstand for en tvist som den i hovedsagen omhandlede, har en tilstrækkeligt alvorlig karakter til, at det i henhold til EU-retten kræves, at dette indgreb for at kunne tillades skal begrundes i bekæmpelsen af alvorlige forbrydelser. Det forholder sig nemlig efter min opfattelse således, at hvis dette ikke er tilfældet, bør Domstolen anlægge en fortolkning af de relevante EU-retlige bestemmelser og i denne forbindelse ikke kun tage hensyn til de bestemmelser, som den forelæggende ret har henvist til, men efter at have omformuleret det første forelagte spørgsmål⁸², for så vidt som dette er nødvendigt i forhold til de faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen⁸³.

76 – Jf. præmis 24, 41, 49 og 57-61 i Digital Rights-dommen.

77 – Jf. præmis 41, 42 51 og 59 i Digital Rights-dommen.

78 – Det bemærkes, at det udelukkende er udtrykket »straffesager«, der fremgår af artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58.

79 – Nærmere bestemt i 9. betragtning til direktiv 2006/24 og ordret i 21. betragtning til og artikel 1 i dette direktiv.

80 – Jf., hvad angår begrebet »alvorlige forbrydelser«, præmis 105, 106 og 119, og, hvad angår begrebet »grov kriminalitet«, præmis 102, 103, 108, 110, 111, 114, 115, 118, 125 og 134 i Tele2-dommen.

81 – Dvs. artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, hvoraf fremgår, at medlemsstaterne kan vedtage en foranstaltning, der fraviger princippet om kommunikationshemmelighed og de dermed forbundne trafikdata, når foranstaltningen er nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund af hensyn til de formål, der opregnes i denne bestemmelse.

82 – Det bemærkes, at det andet præjudicielle spørgsmål kun er forelagt subsidiært.

83 – Det fremgår af fast retspraksis, at det med henblik på at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den, i givet fald tilkommer Domstolen at omformulere de spørgsmål, den forelægges (jf. bl.a. dom af 22.2.2018, SAKSA, C-185/17, EU:C:2018:108, præmis 28).

1. Om hensyntagen til den manglende alvor af det omtvistede indgreb

74. For det første skal det afgøres, om operationer som de i hovedsagen omhandlede kan medføre et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, og dermed *udgøre et indgreb* i disse rettigheder i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den retspraksis, der følger af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen.

75. Som den spanske og den danske regering har anført i deres mundtlige indlæg⁸⁴, og som jeg allerede har nævnt⁸⁵, er det korrekt, at de oplysninger, som de myndigheder, der har ansvaret for den omhandlede strafferetlige efterforskning, ønsker at få adgang til, synes at have en mindre følsom karakter end andre kategorier af personoplysninger⁸⁶, idet det bemærkes, at den omhandlede anmodning udelukkende synes at vedrøre for- og efternavn og eventuelt adressen på de personer, der er genstand for denne efterforskning, idet de er brugere af telefonnumre, der er aktiveret fra den stjålne mobiltelefon, som er genstand for efterforskningen.

76. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at det for at kunne fastslå, om personoplysninger er omfattet af den beskyttelse, der er fastsat i EU-retten, og navnlig i direktiv 2002/58⁸⁷, ikke er relevant at vide, om de oplysninger, der er nævnt i anmodningen om lagring eller udlevering, har en særlig følsom karakter eller ikke. Det gælder nemlig, således som det er anført i de første forarbejder på området, at »enhver oplysning om en person, selv en tilsyneladende harmløs oplysning (f.eks. en simpel postadresse), [kan] være af følsom karakter alt efter, hvilken brug der gøres af den«⁸⁸. Domstolen har endvidere allerede fastslået, at det med henblik på *at kvalificere, om det er foretaget indgreb* i den grundlæggende rettighed, der er fastsat i chartrets artikel 7, »er [...] uden betydning, om de pågældende oplysninger vedrørende privatlivet er følsomme oplysninger, eller om indgrebet har medført eventuelle ubehageligheder for de berørte«⁸⁹.

77. Jeg bemærker i øvrigt, at videregivelsen af personoplysninger til tredjemand, herunder en offentlig myndighed, såsom en politimyndighed, udgør et indgreb i den grundlæggende rettighed, der er sikret ved chartrets artikel 7⁹⁰, også i de tilfælde, hvor disse oplysninger videregives i forbindelse med en strafferetlig efterforskning, idet denne situation i øvrigt udtrykkeligt er nævnt i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58⁹¹. Jeg tilføjer, at en operation af denne type også kan medføre et indgreb i den grundlæggende ret til beskyttelse af personoplysninger, der er sikret ved chartrets artikel 8, eftersom den udgør behandling af personoplysninger⁹².

78. Jeg er derfor af den opfattelse, at det skal fastslås, at en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede udgør et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 7 og 8.

84 – Den spanske regering har anført, at de data, der er genstand for tvisten i hovedsagen, ikke gør det muligt at fastslå f.eks. den berørte persons profil.

85 – Jf. punkt 35-37 i dette forslag til afgørelse.

86 – Jeg bemærker, at artikel 8 i direktiv 95/46 foreskriver særlige regler for »personoplysninger om racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssigt tilhørsforhold og oplysninger om helbredsforhold og seksuelle forhold«. Om begrebet følsomme personoplysninger og behandlingen heraf, jf. *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, udarbejdet i regi af Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder og Europarådet, 2014, ajourført version tilgængelig på følgende internetside: <https://www.coe.int/fr/web/data-protection/home>, s. 46 ff. og s. 94 ff.

87 – Den omstændighed, at visse oplysninger er følsomme, er udelukkende nævnt i 25. betragtning til direktiv 2002/58, uden at det heraf kan udledes, at der er tale om et generelt krav.

88 – Jf. Meddelelse fra Kommissionen af 13.9.1990 om beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i Fællesskabet og om informationssystemers sikkerhed (KOM(90) 314 endelig, s. 20).

89 – Jf. udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017 (EU:C:2017:592, præmis 124 og den deri nævnte retspraksis). Menneskerettighedsdomstolen har også udtalt sig i denne retning (jf. Menneskerettighedsdomstolen, 16.2.2000, Amann mod Schwiez, CE:ECHR:2000:0216JUD002779895, §§ 68-70).

90 – Jf. punkt 68 i dette forslag til afgørelse. Jf. ligeledes Menneskerettighedsdomstolen, 8.2.2018, Ben Faiza mod Frankrig (CE:ECHR:2018:0208JUD003144612, §§ 66-68), om en retskendelse, der vedrørte videregivelsen af oplysninger om brugen af en telefon.

91 – Med følgende ordlyd: »forebyggelse, efterforskning, afløsning og retsforfølgning i straffesager«.

92 – Jf. i denne retning udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017 (EU:C:2017:592, præmis 126 og den deri nævnte retspraksis).

79. Jeg er *imidlertid* af den opfattelse, at der under omstændighederne i det foreliggende tilfælde mangler et væsentligt element, som Domstolen har lagt vægt på, for at det kan kræves, at der på tidspunktet for begrundelsen af et sådant indgreb var tale om en »alvorlig forbrydelse« – det begreb, som den forelæggende ret har anmodet om en definition af – med henblik på at kunne fravige princippet om fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation. Det element, der i det foreliggende tilfælde efter min opfattelse *mangler*, for at det første præjudicielle spørgsmål kan besvares med den ordlyd, som denne ret har anvendt, er det element, der består i *alvoren af det omtvistede indgreb*, der, såfremt dette element forelå, ville indebære et krav om en skærpet begrundelse.

80. Jeg bemærker i denne forbindelse, at Domstolen i Digital Rights-dommen fremhævede den meget vidtrækkende og særlig alvorlige karakter af det indgreb, der var foretaget ved den omhandlede lovgivning, idet den bemærkede, »at direktiv 2006/24 generelt omfatter alle personer og alle elektroniske kommunikationsmidler og samtlige trafikdata uden nogen form for differentiering, begrænsning eller undtagelse under hensyn til målet om at bekæmpe grov kriminalitet«⁹³.

81. Domstolen fastslog tilsvarende i Tele2-dommen, at »[a]rtikel 15, stk. 1, i [...] direktiv 2002/58 [...] er til hinder for en national lovgivning, der med henblik på bekæmpelse af kriminalitet fastsætter en generel og udifferentieret lagring af samtlige trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende samtlige abonnenter og registrerede brugere i forbindelse med samtlige midler til elektronisk kommunikation«⁹⁴. I denne dom blev det endvidere lagt til grund, at der bestod en sammenhæng mellem dels den særlige »alvor af [det således konstaterede] indgreb«, dels nødvendigheden af at begrunde et indgreb af en sådan rækkevidde i forhold til de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, under henvisning til et så vigtigt hensyn af almen interesse som »bekæmpelse af grov kriminalitet«⁹⁵.

82. Konstateringen af denne sammenhæng mellem alvoren af det konstaterede indgreb og alvoren af det hensyn, der gør det muligt at begrunde dette indgreb, blev foretaget i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet⁹⁶. Menneskerettighedsdomstolen har endvidere efter min opfattelse i sin praksis vedrørende EMRK's artikel 8⁹⁷, anerkendt eksistensen af en sammenhæng som den, der efter min opfattelse følger af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen.

93 – Præmis 57 i Digital Rights-dommen. Om den særlige alvorlige karakter af det omhandlede indgreb, jf. ligeledes denne doms præmis 37, 39, 47, 48, 60 og 65.

94 – Domskonklusion 1 i Tele2-dommen.

95 – Det fremgår af præmis 102 i Tele2-dommen, at »[h]enset til alvoren af det indgreb i de omhandlede grundlæggende rettigheder, som udgøres af en national lovgivning, der med henblik på bekæmpelsen af kriminalitet foreskriver lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, er det alene bekæmpelse af grov kriminalitet, som kan begrunde en sådan foranstaltning (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 60, [hvori var anvendt formuleringen »henset til rækkevidden og alvoren af indgrebet«])« (min fremhævelse). I præmis 115 i Tele2-dommen er denne argumentation gentaget for så vidt angår *adgangen* til sådanne oplysninger. Om den særlige alvorlige karakter af det omhandlede indgreb, jf. ligeledes denne doms præmis 97 og 100.

96 – Det fremgår således af præmis 115 i Tele2-dommen, at »[f]or så vidt som det mål, der forfølges med [en national lovgivning, der fraviger princippet om fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation], skal stå i forhold til alvoren af det indgreb i de grundlæggende rettigheder, som denne adgang indebærer, følger det [...] heraf, at det på området for forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser alene er bekæmpelse af grov kriminalitet, der kan begrunde en sådan adgang til de lagrede data« (min fremhævelse).

97 – Den nævnte domstol har nemlig ved flere lejligheder fremhævet nødvendigheden af at foretage en afvejning mellem dels en stats interesse i at beskytte den *nationale sikkerhed* ved hjælp af foranstaltninger, der påvirker personoplysninger, dels *alvoren af det indgreb*, der foretages i en persons ret til respekt for sit privatliv, som er de to faktorer, der afgrænser statens skønsbeføjelse, navnlig når den ønsker at forebygge eller retsforfølge *alvorlige straffelovsovertrædelser* (jf. Menneskerettighedsdomstolen, 26.3.1987, Leander mod Sverige, CE:ECHR:1987:0326JUD000924881, § 59, Menneskerettighedsdomstolen, 26.6.2006, Weber og Saravia mod Tyskland, CE:ECHR:2006:0629DEC005493400, §§ 106, 125 og 126, og Menneskerettighedsdomstolen, 4.12.2015, Roman Zakharov mod Rusland, CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, §§ 232 og 244).

83. Som jeg allerede har anført ovenfor⁹⁸, og som især den franske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har anført, adskiller arten af det i tvisten i hovedsagen omhandlede indgreb sig imidlertid på flere måder fra de indgreb, som Domstolen tog stilling til i de to tidligere domme. Undersøgelsen af, om en foranstaltning som den her omhandlede er forenelig med EU-retten, skal derfor ikke foretages på samme måde.

84. I det foreliggende tilfælde er der ikke tale om en foranstaltning, der indebærer en generel og udifferentieret pligt til at lagre trafik- og lokaliseringsdata om en hvilken som helst abonnent eller registreret bruger, som vedrører alle elektroniske kommunikationsmidler. Der er tale om en målrettet foranstaltning, der har til formål at give de kompetente myndigheder mulighed for med henblik på en strafferetlig efterforskning at få adgang til oplysninger, som tjenesteudbydere af kommercielle grunde er i besiddelse af, og som udelukkende vedrører identiteten (efternavn, fornavn og eventuel adresse) på en begrænset kategori af abonnenter og brugere ved hjælp af et specifikt kommunikationsmiddel, nemlig de personer, hvis telefonnummer er blevet aktiveret fra den stjalne mobiltelefon, der er genstand for efterforskningen, og dette i en begrænset periode, nemlig næsten to uger⁹⁹.

85. Jeg tilføjer, at de potentielt skadelige virkninger for de personer, der er nævnt i den omhandlede anmodning om adgang til data, er begrænsede og afgrænsede. De ønskede oplysninger, der skal anvendes i forbindelse med en enkelt efterforskningsforanstaltning, er nemlig ikke tiltænkt at skulle meddeles offentligheden¹⁰⁰. Muligheden for at give politimyndighederne adgang er endvidere ledsaget af processuelle garantier i henhold til spansk ret, idet den skal underkastes domstolsprøvelse, som i øvrigt førte til, at politiets anmodning i tvisten i hovedsagen ikke blev taget til følge.

86. Det indgreb i de ovenfor nævnte grundlæggende rettigheder, der følger af videregivelsen af disse civilstandsoplysninger, har efter min opfattelse ikke en særligt alvorlig karakter, idet oplysninger af en sådan begrænset art¹⁰¹ og rækkevidde ikke i sig selv gør det muligt at opnå forskellige og/eller nøjagtige oplysninger om de berørte personer¹⁰² og derfor ikke direkte og væsentligt påvirker disse personers ret til privatlivets fred under disse særlige omstændigheder¹⁰³.

87. Jeg er *derfor* i lighed med Kommissionen af den opfattelse, at det med henblik på at give den forelæggende ret de oplysninger, der er relevante for at løse den tvist, der er indbragt for den, er nødvendigt at *omformulere* det første præjudicielle spørgsmål således, at det spørgsmål, som Domstolen skal besvare, vedrører fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 i lyset af omstændighederne i det foreliggende tilfælde, nemlig et indgreb i de ovenfor nævnte grundlæggende rettigheder, der ikke har en særlig alvorlig karakter, og som er begrundet i hensynet om at bekæmpe en type straffelovsovertrædelser, hvis alvorlige karakter er blevet anfægtet.

98 – Jf. punkt 32 ff. i dette forslag til afgørelse.

99 – Jeg bemærker, at Domstolen i udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017 (EU:C:2017:592, navnlig præmis 194 og 207-209) også foretog en vurdering af, om de indgreb, som den påtænkte aftale indebar, var nødvendige, ved at undersøge de deri fastsatte vilkår for brug og lagring data, og navnlig i lyset af den helt særlige sammenhæng, som disse foranstaltninger indgik i, deres indhold og varighed.

100 – Således som dette kan være tilfældet f.eks. for identiteten på personer, der offentliggøres i en avisartikel eller på en internetside.

101 – Jf. i denne retning konventionen om internetkriminalitet indgået i regi af Europarådet i Budapest den 23.11.2001, og undertegnet af alle Unionens medlemsstater (tilgængelig på følgende internetside: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185?_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_languageId=fr_FR), hvis artikel 18 foreskriver vedtagelsen af lovgivningsforanstaltninger, der giver de kompetente myndigheder mulighed for at pålægge en tjenesteleverandør at videregive oplysninger om deres abonnenter, såsom »identitet, adresse [...] og telefonnummer«, som de råder over.

102 – Som den danske regering med føje har anført, er der grundlæggende ikke forskel på, om politiet, som i det foreliggende tilfælde, har modtaget oplysninger i form af navn og adresse på indehaveren af et SIM-kort, der har været anvendt i forbindelse med en overtrædelse, eller om det eksempelvis har modtaget oplysninger om indehaveren af et køretøj, der har været anvendt til at begå overtrædelsen.

103 – I modsætning til de særligt indgribende oplysninger, som bl.a. sporing af kommunikation og de berørte personers profil, som var genstand for de sager, som gav anledning til Digital Rights-dommen (jf. præmis 26-29 og 37) og Tele2-dommen (jf. præmis 97-100).

88. Jeg bemærker i denne forbindelse, at eftersom de formål, der kan begrunde en national lovgivning, som fraviger princippet om fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation, er udtømmende opregnet i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, skal adgangen til de lagrede data faktisk og præcist opfylde et af de nævnte mål¹⁰⁴. Blandt disse mål indgår et mål af almen interesse, der består i »forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i *straffesager*«¹⁰⁵, uden at der er givet andre præciseringer heraf.

89. Det fremgår af den således anvendte terminologi, at det afgørende ikke er, at de forbrydelser, der begrunder den omhandlede begrænsende foranstaltning i henhold til den nævnte artikel 15, stk. 1, kan kvalificeres som »alvorlige« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den retspraksis, der følger af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen. Det er efter min opfattelse udelukkende, når det indgreb, der foretages, har en særlig alvorlig karakter, således som det var tilfældet i de sager, der gav anledning til de nævnte domme, at de forbrydelser, der kan begrunde et sådant indgreb, selv skal have en særlig alvorlig karakter. I den situation, hvor der ikke foreligger et alvorligt indgreb, faldes der til gengæld tilbage på det grundprincip, der følger af denne bestemmelses ordlyd, nemlig at enhver type »straffesag« kan begrunde et sådant indgreb.

90. Det er efter min opfattelse vigtigt at sikre, at der ikke anlægges en alt for bred forståelse af de krav, som Domstolen opstillede i disse to domme, for under alle omstændigheder ikke unødigt at begrænse medlemsstaternes mulighed for at fravige den ordning, der er fastsat ved direktiv 2002/58, som er givet medlemsstaterne i direktivets artikel 15, stk. 1, i de tilfælde, hvor indgreb i en persons privatliv har såvel et legitimt formål som en begrænset rækkevidde, såsom de indgreb, der i det foreliggende tilfælde kan følge af politimyndighedens anmodning. Jeg er nærmere bestemt af den opfattelse, at EU-retten ikke er til hinder for, at de kompetente myndigheder kan få adgang til identifikationsoplysninger, som leverandører af elektroniske kommunikationstjenester er i besiddelse af, og som gør det muligt at spore de formodede gerningsmænd til en straffelovsovertrædelse, som ikke er alvorlig.

91. Jeg anbefaler derfor Domstolen *at besvare det således omformulerede præjudicielle spørgsmål* med, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at en foranstaltning, der giver de kompetente nationale myndigheder mulighed for med henblik på bekæmpelse af straffelovsovertrædelser at få adgang til identifikationsoplysninger på brugere, som anvender de telefonnumre, der er blevet aktiveret fra en specifik mobiltelefon inden for en begrænset periode, under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede medfører et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved det nævnte direktiv og chartret, der ikke har et tilstrækkeligt alvorligt niveau til, at det er nødvendigt at forbeholde en sådan adgang til de tilfælde, hvor de omhandlede forbrydelser har alvorlig karakter.

92. Når der henses til det således foreslåede svar, fremsættes de følgende bemærkninger kun *subsidiært* for fuldstændighedens skyld.

2. Om den eventuelle fastlæggelse af relevante kriterier for kvalificeringen af en forbrydelse som tilstrækkeligt alvorlig

93. Såfremt Domstolen i modsætning til, hvad jeg har argumenteret for, måtte fastslå, at det – uanset de helt særlige omstændigheder i den i hovedsagen omhandlede tvist – i den foreliggende sag er nødvendigt at fastlægge, hvad der skal forstås ved »alvorlig forbrydelse« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den retspraksis, der følger af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen¹⁰⁶, står det

104 – Jf. bl.a. præmis 90 og 115 i Tele2-dommen.

105 – Min fremhævelse.

106 – Dvs. i det tilfælde, hvor Domstolen måtte fastslå, at det i hovedsagen omhandlede indgreb er tilstrækkeligt alvorligt til, at det første spørgsmål skal besvares således, som den forelæggende ret har forelagt dette spørgsmål, eller at det i denne forbindelse ikke har betydning, at det nævnte indgreb ikke er alvorligt.

fortsat tilbage at undersøge, *for det første*, om denne kvalificering faktisk udgør et *selvstændigt begreb* i EU-retten, som det således tilkommer Domstolen af definere. Som det også fremgår af det svar, som den franske regering principalt har foreslået, er dette imidlertid efter min opfattelse ikke tilfældet af følgende grunde.

94. Jeg bemærker for det første, at direktiv 2006/24, hvori begrebet »alvorlig forbrydelse« først blev anvendt, ikke indeholdt nogen definition af dette begreb¹⁰⁷, men på dette punkt henviste til medlemsstaternes nationale retsordener¹⁰⁸. Jeg bemærker, at de relevante betragtninger, der fremgår af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen, efter min opfattelse ikke skal forstås således, at de har til formål at harmonisere de gældende retsfor skrifter i medlemsstaterne, der vedrører indholdet af dette begreb.

95. Jeg bemærker i denne forbindelse, at straffelovgivningen og strafferetsplejereglerne henhører under medlemsstaternes kompetence, selv om de EU-retlige bestemmelser, der er vedtaget inden for dette område, ikke desto mindre kan påvirke deres retsordener¹⁰⁹. Det fremgår af artikel 83, stk. 2, TEUF, at det kun er i de tilfælde, hvor harmonisering af medlemsstaternes straffelovgivning viser sig absolut nødvendig for at sikre effektiv gennemførelse af en EU-politik på et område, der er omfattet af harmoniseringsforanstaltninger, at der ved direktiver kan fastsættes minimumsregler for, hvad der skal anses for strafbare handlinger, samt for straffene herfor på det pågældende område. På EU-rettens nuværende udviklingstrin findes der imidlertid ikke generelle bestemmelser, der fastsætter en harmoniseret definition af begrebet »alvorlig forbrydelse«¹¹⁰.

96. Det er min opfattelse, at beføjelsen til at fastsætte, hvad der udgør en »alvorlig straffelovsovertrædelse« i princippet tilkommer medlemsstaternes kompetente myndigheder. Domstolen har gennem de anmodninger om præjudiciel afgørelse, som medlemsstaternes retter kan forelægge Domstolen, imidlertid til opgave at sikre overholdelsen af samtlige de krav, der følger af EU-retten, og navnlig sikre en sammenhængende anvendelse af den beskyttelse, der følger af chartrets bestemmelser.

97. Jeg bemærker, at den omhandlede retlige kvalificering ikke blot kan variere fra medlemsstat til medlemsstat afhængigt af de traditioner, som hver enkelt medlemsstat følger, og de prioriter, som de fastsætter, men også kan variere over tid afhængigt af de retningslinjer, der udstikkes for strafferetspolitikken, og som går i retning af højere eller mindre grad af strenghed, for at tage hensyn til den kriminelle udvikling¹¹¹ og mere generelt samfundsændringerne og de krav, der stilles til bl.a. strafferetlig forfølgelse på nationalt plan.

107 – Jf. punkt 71 i dette forslag til afgørelse.

108 – Det fremgår af artikel 1, stk. 1, i direktiv 2006/24, at »[f]ormålet med dette direktiv er at harmonisere medlemsstaternes bestemmelser om de pligter, der er pålagt udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester [...] for så vidt angår lagring af visse data, der genereres eller behandles af dem, med henblik på at sikre, at der er adgang til disse data i forbindelse med efterforskning, afsløring og retsforfølgning af *grov kriminalitet som defineret af de enkelte medlemsstater i deres nationale lovgivning*« (min fremhævelse). Jf. ligeledes 21. betragtning til dette direktiv.

109 – Jf. bl.a. dom af 15.9.2011, Dickinger og Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, præmis 31), og af 6.12.2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 33).

110 – Jf. i denne forbindelse punkt 112 i dette forslag til afgørelse.

111 – Om den grove kriminalitets dynamiske karakter, jf. ligeledes mit forslag til afgørelse Tele2 Sverige m.fl. (C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:572, punkt 214).

98. Jeg bemærker endvidere, at forbrydelsens alvor, når det tages i betragtning, at der består meget store forskelle mellem de strafferammer, der traditionelt anvendes i forskellige medlemsstater¹¹², ikke blot hænger sammen med stregheden af den dermed forbundne straf. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en alvorlig forbrydelse, er meget relativt, idet dette afhænger af den strafskala, der generelt anvendes i den berørte medlemsstat. Den omstændighed, at en medlemsstat foreskriver en mindre streng fængselsstraf eller endog en anden straf end fængsel, forhindrer imidlertid ikke, at den pågældende type overtrædelse i sig selv er alvorlig¹¹³.

99. Det er efter min opfattelse nødvendigt at respektere de særtræk, der kendetegner hver enkelt medlemsstats strafferetssystem, for så vidt som EU-retten ikke fastsætter forpligtelser, der er bindende for medlemsstaterne, i overensstemmelse med, hvad Domstolen har fastslået med hensyn til beskyttelsen af den offentlige sikkerhed¹¹⁴, idet dette begreb efter min opfattelse er beslægtet med begrebet bekæmpelse af grov kriminalitet, navnlig når der henses til ordlyden af artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58.

100. Jeg er derfor subsidiært af den opfattelse, at begrebet »alvorlig forbrydelse« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den praksis fra Domstolen, der følger af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen, ikke udgør et selvstændigt begreb i EU-retten, hvis indhold Domstolen skal fastlægge, selv om det ikke desto mindre forholder sig således, at medlemsstaterne skal anvende den undtagelse, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, i overensstemmelse med de forpligtelser, der følger af EU-retten, herunder de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartret, og dette under Domstolens prøvelsesret.

101. Jeg bemærker vedrørende dette sidstnævnte punkt, at det bl.a. fremgår af Domstolens praksis, at den nævnte artikel 15, stk. 1, for så vidt som den gør det muligt for medlemsstaterne at begrænse rækkevidden af visse af de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i dette direktiv, skal fortolkes strengt og derfor ikke kan føre til, at en fravigelse af disse rettigheder og forpligtelser bliver hovedreglen¹¹⁵. Medlemsstaterne kan derfor ikke anlægge en uforholdsmæssigt bred forståelse af det nævnte begreb »alvorlig forbrydelse«.

102. *For det andet* og mere subsidiært bør Domstolen i tilfælde af, at den måtte fastslå, at det nævnte begreb har selvstændig karakter, besvare spørgsmålet, således som den forelæggende ret har formuleret dette, og følgelig fastslå, hvilke kriterier der gør det muligt ud fra EU-retten at vurdere, om en straffelovsovertrædelse har en tilstrækkeligt alvorlig karakter til at begrunde et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 7 og 8.

112 – Det fremgår eksempelvis vedrørende området for bekæmpelse af organiseret kriminalitet af en rapport fra Kommissionen af 7.7.2016, at der er væsentlige forskelle mellem de straffe, som medlemsstaterne har fastsat (fra 3 måneder til 17 års fængsel) for den alvorlige forbrydelse, der består i at deltage i en kriminel organisation (jf. rapport fra Europa-Parlamentet og Rådet i henhold til artikel 10 i Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA af 24.10.2008 om bekæmpelse af organiseret kriminalitet COM(2016) 448 final, s. 7, punkt 2.1.4.1).

113 – Som den danske regering har anført, anvendes der i Danmark mindre strenge straffe end i andre medlemsstater, uden at dette indebærer, at overtrædelsen anses for ikke at være særligt alvorlig. Den straf, der kan idømmes for besiddelse af børnepornografisk materiale, er f.eks. på et års fængsel, mens der i andre medlemsstater for samme forhold kan idømmes en straf på op til ti års fængsel, men dette rejser ikke tvivl om konstateringen af, at denne forbrydelse efter sin art har en særligt alvorlig karakter.

114 – Jf. bl.a. dom af 22.5.2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, præmis 21-23), hvoraf fremgår, at »medlemsstaterne ikke efter EU-retten er forpligtet til indbyrdes at anvende en ensartet værdiskala for bedømmelsen af en adfærd, som kan være i strid med den offentlige sikkerhed«, og at »medlemsstaterne [...] har frihed til i overensstemmelse med deres nationale behov, der kan variere fra medlemsstat til medlemsstat og fra periode til periode, at bestemme, hvad hensynene til den offentlige orden og den offentlige sikkerhed kræver, [...] særligt i det omfang, de skal begrunde en fravigelse af det grundlæggende princip om fri bevægelighed for personer«, men at »disse hensyn [...], under alle omstændigheder [må] fortolkes strengt, således at deres rækkevidde ikke ensidigt kan fastlægges af den enkelte medlemsstat uden kontrol fra Unionens institutioner«.

115 – Jf. i denne retning præmis 89 ff. i Tele2-dommen vedrørende den principielle pligt til at sikre kommunikationshemmeligheden og de dermed forbundne trafikdata.

103. Domstolen bør nærmere bestemt afgøre, om det for at fastslå, at der foreligger en »alvorlig forbrydelse« som omhandlet i den nævnte retspraksis, er tilstrækkeligt at henvise til den straf, der kan idømmes for den formodede forbrydelse, eller om det tillige er nødvendigt at fastslå, at der i forbindelse med den kriminelle adfærd foreligger særlige niveauer for krænkelse af individuelle eller kollektive retsgoder. Jeg er i denne forbindelse i lighed med den danske, den spanske, den franske, den ungarske, den østrigske og den polske regering samt Det Forenede Kongeriges regering af den opfattelse, at det ikke er dette alternativs første, men andet led, der skal lægges til grund ved i det væsentlige at foretrække en definition, der er baseret på en *flerhed af bedømmelseskriterier*¹¹⁶.

104. Hvad angår forbrydelsens alvor, som kan begrunde adgang til data, er det efter min opfattelse i lyset af proportionalitetsprincippet ikke mulig at fastlægge alvoren af de handlinger, der forholdes, ved kun at tage hensyn til den straf, der kan idømmes. Når der henses til de væsentlige forskelle, der består mellem medlemmernes straffelovgivning, er det nemlig min opfattelse, at den straf, der kan idømmes, ikke i sig selv, hverken ud fra et kvalitativt synspunkt om straffens type og/eller et kvantitativt synspunkt om straffniveauet, kan afspejle den særlige alvor, der kendetegner en straffelovsovertrædelse.

105. Selv om straffen har en væsentlig betydning, skal der imidlertid også i denne forbindelse tages hensyn til andre objektive faktorer i hvert enkelt tilfælde. Der er nærmere bestemt tale om dels den sammenhæng, som den formodede overtrædelse indgår i, dvs. om den kriminelle adfærd var forsætlig, om der forelå skærpene omstændigheder, om denne adfærd har karakter af et lovfæstet gentagelsestilfælde, dels betydningen af de samfundsinteresser, som gerningsmanden kan have krænkede, og arten og/eller omfanget af de skader, som gerningsmandens offer¹¹⁷ kan have lidt, og endelig de strafferammer, der generelt anvendes i den berørte medlemsstat¹¹⁸. Det er på grundlag af denne række af alternative og ikke-udtømmende bedømmelseskriterier, at en straffelovsovertrædelse efter min opfattelse eventuelt skal kvalificeres som »alvorlig« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den omhandlede praksis fra Domstolen.

106. Jeg tilføjer, at den således foreslåede fortolkning er i overensstemmelse med den tilgang, som Menneskerettighedsdomstolen efter min opfattelse har anlagt i sin praksis vedrørende »forebyggelse af strafbare handlinger«, og som består i formål, der gør det muligt at begrunde et indgreb i retten til privatliv, der er fastsat i EMRK's artikel 8, under forudsætning af, at andre betingelser også er opfyldt¹¹⁹. Det fremgår efter min opfattelse af denne retspraksis, at de stater, der er parter i EMRK¹²⁰, i denne forbindelse med føje kan påberåbe sig bekæmpelsen af visse kategorier af overtrædelser, ikke blot under henvisning til den straf, der kan idømmes, men nærmere bestemt under henvisning til forskellige bedømmelsesfaktorer, hvoriblandt den pågældende overtrædelses art og de offentlige og private interesser, der berøres heraf, indtager en vigtig plads¹²¹.

116 – Jeg bemærker, at den tjekiske og den estiske regering i det væsentlige har foreslået at svare, at det er muligt at fastlægge, om en forbrydelse har en alvorlig karakter, der er tilstrækkelig til at begrunde et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er anerkendt i chartrets artikel 7 og 8, ved alene at tage den straf i betragtning, som kan idømmes, men disse regeringer har imidlertid anført, at hver enkel medlemsstat frit bør kunne fastsætte andre objektive kriterier, der afspejler de særtræk, der kendetegner medlemsstatens retsorden, såfremt den finder dette nødvendigt.

117 – Jeg deler den franske regerings opfattelse af, at det er åbenbart, at indgreb i statens og institutionernes grundlæggende interesser og i hensynet til det nationale områdes integritet i sagens natur henhører under området for »grov kriminalitet«, men at andre typer forbrydelser også kan henhøre under dette område, såsom indgreb mod en persons liv, fysiske og psykiske integritet og personlige værdighed, samt indgreb i formuegoder, der medfører et væsentligt økonomiske tab for ofret eller endog indgreb, der har karakter af en serieforbrydelse, som udgør et kontinuerligt indgreb i den offentlige orden. Den ungarske regering har vedrørende dette sidstnævnte punkt også henvist til muligheden for at tage hensyn til en ekstraordinær udbredelse af visse kriminelle forbrydelser på nationalt plan.

118 – Jf. i denne henseende ligeledes punkt 98 i dette forslag til afgørelse.

119 – I henhold til EMRK's artikel 8, stk. 2, er et sådant indgreb kun begrundet, såfremt det er i overensstemmelse med loven, omhandler et eller flere af de legitime formål, der er opregnet i dette stykke, og er nødvendigt i et demokratisk samfund for at nå dette eller disse mål.

120 – Menneskerettighedsdomstolen har fastslået, at borgerne nemt skal kunne identificere de relevante overtrædelser, uden at dette krav om forudsigelighed indebærer, at staten skal foretage en udtømmende opregning af de overtrædelser, der kan give anledning til idømmelsen af en sådan foranstaltning (jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolen, 4.12.2015, Roman Zakharov mod Rusland, CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, § 244).

121 – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolen, 26.6.2006, Weber og Saravia mod Tyskland (CE:ECHR:2006:0629DEC005493400, §§ 106 og 115), Menneskerettighedsdomstolen, 4.12.2008, Marper mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, §§ 104 og 119), og Menneskerettighedsdomstolen, 30.5.2017, Trabajo Rueda mod Spanien (CE:ECHR:2017:0530JUD003260012, §§ 39 og 40).

107. Jeg er derfor af den opfattelse, at hvis Domstolen måtte fastslå, at begrebet »alvorlig forbrydelse« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den retspraksis, der følger af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen, udgør et selvstændigt begreb i EU-retten, bør dette begreb fortolkes således, at alvoren af en forbrydelse, der kan begrunde, at de kompetente nationale myndigheder gives adgang til personoplysninger i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, skal vurderes ikke blot ved at tage hensyn til den straf, der kan idømmes, men ved i øvrigt at tage hensyn til en flerhed af objektive bedømmelseskriterier som dem, der er nævnt ovenfor.

D. Om den subsidiære definition af den krævede minimumsgrænse for straf for at fastslå, at der foreligger en tilstrækkeligt alvorlig forbrydelse, der kan begrunde et indgreb i de pågældende grundlæggende rettigheder (det andet spørgsmål)

108. Den forelæggende ret har med det andet spørgsmål nærmere bestemt anmodet Domstolen om dels at identificere minimumsgrænsen for den straf, der skal kunne idømmes, for at en straffelovsovertrædelse kan kvalificeres som »alvorlig« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den retspraksis, der følger af Digital Rights-dommen og Tele2-dommen, dels at oplyse, om en grænse på tre års fængsel som den, der blev fastsat i den spanske strafferetsplejelov ved reformen i 2015¹²², er forenelig med de krav, der følger af EU-retten.

109. Disse spørgsmål er udelukkende forelagt subsidiært for det tilfælde, at Domstolen som svar på det første præjudicielle spørgsmål måtte fastslå, at alvoren af en straffelovsovertrædelse, som er en faktor, der kan begrunde et indgreb i de grundlæggende rettigheder i henhold til den nævnte retspraksis, skal fastlægges ved udelukkende at tage hensyn til længden af den frihedsstraf, der kan idømmes.

110. Når der henses til det svar, som jeg har foreslået at give på det første præjudicielle spørgsmål, er det efter min opfattelse ikke nødvendigt, at Domstolen tager stilling til det andet spørgsmål. Jeg vil imidlertid for fuldstændighedens skyld fremsætte visse bemærkninger på dette punkt.

111. Hvad angår *den første del af det andet spørgsmål* er det i lighed med, hvad bl.a. den tjekkiske og den estiske regering har anført, min opfattelse, at *niveaue* for den straf, der kan idømmes, og som alene gør det muligt at kvalificere en forbrydelse som »alvorlig«, ikke kan fastsættes på en ensartet måde for hele Unionen, når der henses til de ovenfor anførte betragtninger, der er fremsat som svar på det første spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt¹²³.

112. Denne forskel i definitionen af, hvad der skal forstås ved en »alvorlig forbrydelse«, og nærmere bestemt vedrørende grænsen for den straf, der som minimum kræves for at anvende denne kvalifikation, findes også i de forskellige EU-retsakter. Det kan nemlig konstateres, at de EU-retsakter, der vedtages i henhold til artikel 83, stk. 1, TEUF, giver mulighed for, at der fastsættes forskellige fængselsstraffe for overtrædelser, selv om disse overtrædelser alle må anses for at udgøre »kriminalitet af særlig grov karakter«¹²⁴, således som dette eksempelvis fremgår af artikel 3 i direktiv 2011/92/EU¹²⁵

122 – Jf. punkt 15 ff. i dette forslag til afgørelse.

123 – Jf. punkt 93 ff. i dette forslag til afgørelse.

124 – Det bemærkes, at artikel 83, stk. 1, TEUF gør det muligt at vedtage de »minimumsregler for, hvad der skal anses for strafbare handlinger, samt for straffene herfor på områder med kriminalitet af særlig grov karakter, der har en grænseoverskridende dimension«, der er opregnet i denne bestemmelse.

125 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.12.2011 om bekæmpelse af seksuelt misbrug og seksuel udnyttelse af børn og børnepornografi og om erstatning af Rådets rammeafgørelse 2004/68/RIA (EUT 2011, L 335, s. 1), hvis artikel 3 fastsætter straffe, der går fra mindst et år til mindst ti års fængsel for forskellige typer »lovovertrædelser i form af seksuelt misbrug«, der er nævnt i denne artikel.

og artikel 15 i direktiv (EU) 2017/541¹²⁶, der udgør retsakter, som vedrører henholdsvis bekæmpelse af seksuelt misbrug af børn og bekæmpelse af terrorisme. EU-lovgiver har således selv valgt ikke at anvende en ensartet definition af begrebet »alvorlig forbrydelse« i forhold til den konkrete længde af den straf, der kan idømmes.

113. Jeg bemærker, at den frihed, som medlemsstaterne har til at fastsætte minimumsniveauet for den straf, der kan idømmes for såkaldte »alvorlige« straffelovsovertrædelser, er afgrænset af de regler, der fremgår af de EU-retlige bestemmelser på området, men også af princippet om, at en undtagelse ikke kan tillægges et så vidt omfang, at den bliver hovedreglen¹²⁷.

114. Selv om hver enkelt medlemsstat har mulighed for at vurdere, hvilket straffniveau der er passende i forhold til at kvalificere en alvorlig forbrydelse, har den i det foreliggende tilfælde imidlertid pligt til ikke at fastsætte en sådan grænse på et så lavt niveau i forhold til det normale straffniveau, der er gældende i denne medlemsstat¹²⁸, at de undtagelser fra forbuddet mod at lagre og anvende personoplysninger, der er fastsat i denne artikel 15, stk. 1, i princippet ændrer karakter, således som Irland med rette har bemærket.

115. Det er endvidere ubestridt, at de indgreb i de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, som medlemsstaterne kan tillade i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, endvidere fortsat skal overholde de generelle krav, der følger af proportionalitetsprincippet, således som dette er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1¹²⁹.

116. Hvad angår den *sidste del af det andet spørgsmål* har den estiske regering og Kommissionen anført, dels at en grænse, der er fastsat udelukkende på grundlag af en straf på mindst *tre års fængsel*, teoretisk set synes tilstrækkelig til at kvalificere en forbrydelse som »alvorlig« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Domstolens praksis vedrørende adgangen til personoplysninger, som følger af Digital Rights-dommen, dels at en sådan grænse ikke klart er uforenelig med EU-retten i almindelighed¹³⁰ og i særdeleshed med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58.

117. Det vil imidlertid efter min opfattelse være at foretrække, at Domstolen ikke udtaler sig til fordel for en bestemt længde af den straf, der kan idømmes, idet en løsning, der er tilpasset visse medlemsstater, ikke nødvendigvis vil passe på andre, og da de forhold, der i dag gør sig gældende for en type overtrædelse, ikke nødvendigvis gælder uigenkaldeligt fremover, således som jeg allerede har nævnt¹³¹. Da en fastlæggelse af den omhandlede grænse kræver en kompleks vurdering, der potentielt kan ændre karakter, er det efter min opfattelse nødvendigt at udvise forsigtighed på dette punkt og at overlade denne vurderingsopgave til EU-lovgiver inden for rammerne af de kompetencer, som denne er tillagt, eller til lovgiver i hver enkelt medlemsstat inden for grænserne af de krav, der følger af EU-retten.

126 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 15.3.2017 om bekæmpelse af terrorisme og om erstatning af Rådets rammeafgørelse 2002/475/RIA og ændring af Rådets afgørelse 2005/671/RIA (EUT 2017, L 88, s. 6), hvis artikel 15, stk. 3, fastsætter frihedsstraf på mindst otte år for de forskellige typer »lovovertrædelser med forbindelse til en terrorgruppe«, der er nævnt i samme direktivs artikel 4.

127 – Jf. ligeledes punkt 101 i dette forslag til afgørelse.

128 – Jf. i denne forbindelse punkt 98 i dette forslag til afgørelse.

129 – Jf. bl.a. 11. betragtning til og artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 samt præmis 94-96 og 116 i Tele2-dommen.

130 – Jf. bl.a. ud over de bestemmelser, der er nævnt i fodnote 125 og 126 i dette forslag til afgørelse, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/681 af 27.4.2016 om anvendelse af passagerlisteoplysninger (PNR-oplysninger) til at forebygge, opdage, efterforske og retsforfølge terrorhandlinger og grov kriminalitet (EUT 2016, L 119, s. 132), hvis artikel 3, nr. 9), definerer »grov kriminalitet« ved at henvise til »de overtrædelser, der er opført på listen i bilag II, og som kan straffes med frihedsstraf eller en anden frihedsberøvende foranstaltning af en maksimal varighed på mindst tre år i henhold til en medlemsstats nationale ret«.

131 – Jf. punkt 97 i dette forslag til afgørelse.

118. Jeg bemærker i denne forbindelse, at den forelæggende ret i det foreliggende tilfælde har henvist til den ovenfor nævnte risiko for, at de hovedregler og undtagelser, der er fastsat i direktiv 2002/58¹³², bytter plads, idet den har anført, at »strafferammen på minimum tre års fængsel[, som den spanske lovgiver indførte i 2015¹³³,] omfatter langt størstedelen af de forskellige typer lovovertrædelser«. Denne ret er med andre ord af den opfattelse, at den aktuelle liste over overtrædelser, der i Spanien kan begrunde begrænsninger af de rettigheder, der er beskyttet i henhold til chartrets artikel 7 og 8, og som er indført ved reformen af strafferetsplejeloven, i praksis fører til, at langt størstedelen af de overtrædelser, der er fastsat i straffeloven, er omfattet af den nævnte liste.

119. Selv om det antages, at Domstolen måtte anse det i hovedsagen omhandlede indgreb for alvorligt, og at den følge, som den forelæggende ret således har beskrevet, indtræder, vil denne følge imidlertid efter min opfattelse ikke være forenelig med den pligt til at sikre proportionaliteten, som sådanne begrænsninger er omfattet af¹³⁴. Det forholder sig efter min opfattelse således, uanset om der foretages domstolsprøvelse, således som den spanske regering har anført, eftersom udøvelsen af denne prøvelse alene gør det muligt at forhindre gennemførelsen af foranstaltninger, der konkret i hvert enkelt tilfælde vurderes at være vilkårlige eller for indgribende, og ikke generelt at begrænse muligheden for at anvende denne type foranstaltninger og udviklingen heraf.

120. Endelig skal jeg bemærke, at den i hele dette afsnit foreslåede tilgang efter min opfattelse er i overensstemmelse med den tilgang, som Menneskerettighedsdomstolen har anlagt i sin praksis vedrørende beskyttelsen af personoplysninger. Det er korrekt, således som Irland og Kommissionen har anført, at denne domstol har fastslået, at nationale lovgivninger, der definerer »alvorlige forbrydelser«, som kan begrunde et indgreb i privatlivet, ved at stille krav om, at der kan idømmes en straf på tre års fængsel eller mere, er tilstrækkeligt klare¹³⁵. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at den nævnte domstol i forbindelse med denne definition ikke har ophøjet den nævnte strafflængde til et absolut og fast kriterium, idet dens retspraksis efter min opfattelse synes at koncentrere sig om kravet om forudsigelighed og om tilstrækkelig klarhed for borgerne ikke i forhold til den straf, der kan idømmes, men snarere i forhold til arten af de overtrædelser, der gør det muligt at foretage et sådant indgreb¹³⁶. Selv om Menneskerettighedsdomstolen har anerkendt, at staten har et vist råderum med hensyn til at vurdere, om der foreligger et sådant indgreb, og i hvilket omfang et sådant indgreb måtte være nødvendigt, foretager den imidlertid en prøvelse af dette skøn på europæisk plan¹³⁷. Den nævnte domstol sikrer hensynet til forebyggelsen af misbrug, der følger af, at der i lovgivninger henvises til en så lang række af overtrædelser, at disse lovgivninger fører til, at langt størstedelen af overtrædelserne gør det muligt at begrunde de indgribende foranstaltninger¹³⁸.

121. Sammenfattende er det min opfattelse, at i det tilfælde, hvor Domstolen i modsætning til, hvad jeg har argumenteret for, måtte fastslå, at der alene skal tages hensyn til den straf, der kan idømmes, med henblik på at kvalificere en forbrydelse som »alvorlig« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i den retspraksis, der følger af Digital Rights-dommen, skal det andet præjudicielle spørgsmål

132 – Jf. punkt 101 i dette forslag til afgørelse.

133 – Den reform, der er nævnt i punkt 15 ff. i dette forslag til afgørelse.

134 – Jf. ligeledes punkt 115 i dette forslag til afgørelse.

135 – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 18.5.2010, Kennedy mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:2010:0518JUD002683905, §§ 34 og 159), og Menneskerettighedsdomstolen, 4.12.2015, Roman Zakharov mod Rusland (CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, § 244).

136 – Jf. punkt 106 i dette forslag til afgørelse.

137 – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolen, 6.9.1978, Klass m.fl. mod Tyskland (CE:ECHR:1978:0906JUD000502971, § 49), og Menneskerettighedsdomstolen, 18.5.2010, Kennedy mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:2010:0518JUD002683905, §§ 153 og 154).

138 – Jf. Menneskerettighedsdomstolen, 10.2.2009, Iordachi m.fl. mod Moldova (CE:ECHR:2009:0210JUD002519802, § 44), hvori det blev fastslået, at Moldovas lovgivning manglede klarhed, navnlig fordi mere end halvdelen af de overtrædelser, der kunne straffes i henhold til straffeloven, var omfattet af den kategori af overtrædelser, der kunne begrunde anvendelsen af en foranstaltning i form af aflytning af telefonisk kommunikation. Jf. ligeledes Menneskerettighedsdomstolen, 4.12.2015, Roman Zakharov mod Rusland (CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, § 248).

således besvares med, at medlemsstaterne frit kan fastsætte minimumsgrænsen for den relevante straf i denne forbindelse, for så vidt som de overholder de krav, der følger af EU-retten, og navnlig de krav, der indebærer, at indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, kun kan ske undtagelsesvis og skal overholde proportionalitetsprincippet.

V. Forslag til afgørelse

122. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Audiencia Provincial de Tarragona (den regionale appeldomstol i Tarragona, Spanien) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»Artikel 15, stk. 1, i 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 (direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009, sammenholdt med artikel 7 og 8 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at en foranstaltning, der giver de kompetente nationale myndigheder mulighed for med henblik på bekæmpelse af straffelovsovertrædelser at få adgang til identifikationsoplysninger på brugere, som anvender de telefonnumre, der er blevet aktiveret fra en specifik mobiltelefon inden for en begrænset periode, under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede medfører et indgreb i de grundlæggende rettigheder, sikret ved det nævnte direktiv og chartret, der ikke er tilstrækkeligt alvorligt til, at det er nødvendigt at forbeholde en sådan adgang til de tilfælde, hvor de omhandlede forbrydelser har alvorlig karakter.«