

Sag BS-36799/2018-OLR  
Østre Landsret  
14. Afdeling  
Bredgade 59  
1260 København K.

## PROCESSKRIFT I

Sagsøger

Foreningen imod Ulovlig Logning  
CVR-nr. 39 30 93 86  
Birkegade 15, 5. tv.  
2200 København N  
v./advokat Martin Von Haller  
("Sagsøger")

mod

Sagsøgte

Justitsminister Nick Hækkerup  
Justitsministeriet  
Slotholmsgade 10  
1216 København K  
v./advokat Rass Holdgaard  
("Sagsøgte")

## 1. PÅSTAND

Sagsøger nedlægger følgende *sideordnede* anerkendelsespåstande:

- 1) bekendtgørelse nr. 988 af 28. september 2006 om udbydere af elektroniske kommunikationsnet og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik er ugyldig;
- 2) Sagsøgte har ikke sikret, at den ugyldige retstilstand fra bekendtgørelse nr. 988 af 28. september 2006 om udbydere af elektroniske kommunikationsnet og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger blev bragt til ophør hurtigst muligt.

## 2. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER

Sagsøger fastholder, at EU-Domstolens dom af 6. oktober 2020 i La Quadrature du Net m.fl.<sup>1</sup> ("**La Quadrature-dommen**") er et udtryk for en stadfæstelse af Tele2/Sverige og Watson<sup>2</sup> ("**Tele2-dommen**") og Digital Rights Ireland og Seitlinger m.fl.<sup>3</sup> ("**Digital Rights-dommen**").

Sagsøger anerkender – i tråd med sin Replik af 7. januar 2021 – at La Quadrature-dommen rummer en række nuanceringer og konkrete krav til, hvordan medlemsstater under særlige omstændigheder kan logge. EU-Domstolen udtaler således, at der *undtagelsesvis* kan ske *midlertidig generel og udifferentieret* logning af trafik-og lokaliseringsdata, dog alene såfremt yderligere betingelser og retsgarantier er iagttaget.

Det er således forkert, når Sagsøgte påstår, at "*La Quadrature-dommen grundlæggende ændrer de EU-retlige rammer for logning*". Det er ligeledes misvisende, når Sagsøgte hævder, at den blotte tilstedeværelse af en "*alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed*" åbner op for, at Sagsøgte kan videreføre Logningsbekendtgørelsen.

En sådan unuanceret, og fragmenteret læsning af La Quadrature-dommen, negligerer dommens centrale præmisser– og understreger denne sags principielle karakter.

La Quadrature-dommen fremhæver ligeledes, at en medlemsstat ikke kan opretholde en ugyldig retstilstand med midlertidige foranstaltninger.

Sagsøger nedlægger en supplerende påstand om, at Justitsministeriet har en reel og konkret handlepligt og derfor ikke blot kan "sidde på hænderne", indtil ministeriet på et tidspunkt udtænker en lovlig løsning. Justitsministeriet skulle have sikret, at Logningsbekendtgørelsen ikke længere var virksom, indtil en revision af reglerne var tilvejebragt.

Ministeriet har ved sin tilgang ikke handlet "*så hurtigt som muligt*".

Der er ikke herved tale om nye forhold, idet spørgsmålet allerede har været indgående behandlet i parternes processkrifter.

---

<sup>1</sup> Forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18

<sup>2</sup> Forenede sager C-203/15 og C-698/15

<sup>3</sup> C-293/12

<sup>4</sup> Duplikken, side 4

Justitsministeriet har den 24. marts 2021 fremsat en såkaldt ”lovskitse”, som indeholder de overordnede principper for den forestående revision af logningsreglerne (”**Lovskitsen**”), jf. Bilag 18. Ministeriet anfører i forlængelse heraf, at Lovskitsen skal danne grundlag for drøftelser med branchen og relevante interessenter, samt at et lovforslag påtænkes fremsat ved Folketingets åbning i oktober 2021. Sagsøger skal bemærke, at Lovskitsen ikke udgør en retskraftig akt, ligesom den hverken suspenderer, ændrer eller sætter Logningsbekendtgørelsen ud af kraft. Sagsøger finder ikke, at Lovskitsen udgør en tilstrækkelig foranstaltning til, at Sagsøgte har løftet sin handlepligt i forhold til at bringe Logningsbekendtgørelsen i overensstemmelse med den retsstilling, som EU-Domstolen har fastlagt. Hvorvidt et efterfølgende lovforslag, der – angiveligt – fremsættes i oktober 2021 kunne udgøre en sådan tilstrækkelig foranstaltning er ikke til pådømmelse i denne sag.

For nuværende er status, at Logningsbekendtgørelsen fortsat er i kraft – i henhold til ministeriet med de kvalifikationer, som ministeren afgav på et samråd den 14. januar 2021, hvorved Justitsministeriet har anerkendt, at dele af bekendtgørelsen ikke kan håndhæves.

### **3. BEMÆRKNINGER TIL UDVALGTE FORHOLD**

#### **3.1 National sikkerhed – en snæver undtagelse**

EU-Domstolen har ved La Quadrature-dommen bekræftet, at EU-retten som det klare udgangspunkt er til hinder for national lovgivning, der foreskriver generel og udifferentieret logning af trafik- og lokaliseringsdata.

EU-Domstolen udtaler imidlertid, at der – af hensyn til national sikkerhed – undtagelsesvis kan ske en midlertidig generel og udifferentieret logning af trafik- og lokaliseringsdata. Denne mulighed er dog underlagt en række stringente krav.

Nedenfor gennemgås først konturerne af den undtagelse, som EU-Domstolen opridser ved La Quadrature-dommen (afsnit 3.1.1). Herefter gennemgås, med afsæt i dommens præmis 137-139, de betingelser og retsgarantier, som benyttelsen af denne undtagelse betinges af (afsnit 3.1.2). Endeligt anføres det med afsæt i en ordlydsfortolkning af præmis 138-139, at bekendtgørelsesformatet ikke er egnet til at etablere en lovlig praksis på logningsområdet (afsnit 3.1.3).

##### **3.1.1 Kvalificerende omstændigheder**

Med afsigelsen af La Quadrature-dommen, har EU-Domstolen anerkendt, at hensynet til en *kvalificeret trussel mod national sikkerhed* i visse – afgrænsede – tilfælde kan begrunde et generelt og udifferentieret logningspåbud.

Domstolen udtaler, at følgende omstændigheder skal være til stede, før der er tale om en kvalificeret trussel mod den nationale sikkerhed:

1. Der er tilstrækkelige og konkrete omstændigheder, som indikerer, at
2. en medlemsstat står overfor en alvorlig fare, og
3. denne fare er reel, aktuel eller forudsigelig.

Når disse kvalificerende omstændigheder foreligger, aktualiseres *muligheden for* at pålægge udbydere en pligt til at foretage en generel og udifferentieret logning.

Som det vil fremgå af afsnit 3.1.2, er det således ikke i sig selv tilstrækkeligt, at en medlemsstat kan påvise, at der er en kvalificeret trussel mod den nationale sikkerhed.

### 3.1.2 Betingelser og retsgarantier

EU-Domstolen opstiller fem kumulative krav, som skal være opfyldt førend en medlemsstat, kan begrunde et generelt og udifferentieret logningspåbud i hensynet til national sikkerhed. Disse har til formål at sikre den rette balance mellem på den ene side beskyttelsen af den nationale sikkerhed og på den anden side Charterets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1.

For det første udtaler Domstolen, at ethvert påbud om at foretage forebyggende logning skal *"tidsmæssigt begrænses til det strengt nødvendige"*<sup>5</sup>.

For det andet forudser Domstolen, at kravet om tidsbegrænsning vil kunne udhules, ved periodiske og gentagende forlængelser af logningspåbuddet. EU-Domstolen foregriber dette ved at betone, at varigheden af hvert enkelt påbud ikke må *"overstige et forudsigeligt tidsrum"* og at lagringen under alle omstændigheder ikke må have *"systematisk karakter"*. Domstolen opstiller således klare parametre for (i) lovligheden af det enkelte påbud og (ii) lovligheden af den samlede mængde påbud.

For det tredje angiver Domstolen, at lagring af data skal være *"omfattet af begrænsninger og underlagt strenge garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte personers personoplysninger mod risikoen for misbrug"*<sup>6</sup>.

For det fjerde understreger EU-Domstolen vigtigheden af at sikre, at logning *"rent faktisk begrænses til de situationer, hvor der foreligger en trussel mod den nationale sikkerhed"*.

For det femte udtaler EU-Domstolen, at en afgørelse, hvorved udbydere pålægges en logningsforpligtelse skal kunne gøres til genstand for *"[...] en effektiv prøvelse enten ved en domstol eller en uafhængig administrativ enhed, der træffer bindende afgørelser, med henblik på at kontrollere, om en af disse situationer foreligger, samt om de betingelser og garantier, der skal være fastsat, er overholdt"*<sup>8</sup> [vores fremhævelse]. Det er i den forbindelse væsentligt at foregribe, at en sådan "effektiv prøvelse" ville fordrer, at en domstol reelt og meningsfyldt gives mulighed for at efterprøve, om en sådan situation foreligger.

EU-Domstolen fastlægger således klare, stringente og kumulative betingelser for lovligheden af et påbud om generel og udifferentieret logning. Det er med andre ord ikke i sig selv tilstrækkeligt, at en medlemsstat kan sandsynliggøre eller sågar påvise en kvalificeret trussel mod den nationale sikkerhed.

Justitsministeriet har i duplikken anført, at der *"[...] aktuelt består en trussel mod den nationale sikkerhed i Danmark, der kan betegnes som alvorlig, reel og aktuel, og som dermed kan begrunde opretholdelsen af en forpligtelse til generel udifferentieret*

<sup>5</sup> La Quadrature-dommen, præmis 137

<sup>6</sup> Ibid. Præmis 138

<sup>7</sup> Ibid. Præmis 139

<sup>8</sup> Ibid. Præmis 139

*lagring af teleoplysninger i overensstemmelse med La Quadrature-dommens præmis 137.”*

Ministeriet støtter dette anbringende på en vurdering foretaget af Center for Terror Analyse (”CTA”), som henhører under PET.

Sagsøger har hverken grundlag eller mulighed for at anfægte CTA’s vurdering af trusselsniveauet. Det er dog afgørende at understrege, at en sådan vurdering ikke automatisk eller *i sig selv* kan begrunde en udifferentieret lagring af teleoplysninger, som fejlagtigt påstået af Sagsøgte. Derudover har Sagsøger svært ved at se, hvordan logning begrundet i national sikkerhed også kan begrunde logning til efterforskning af berigelses- eller voldsforbrydelser, der ikke har nogen relation til terror eller andre kvalificerede trusler mod national sikkerhed.

En sådan vurdering fra CTA vil således kunne indgå som et moment i et forestående pålæg om logning, men den kan ikke i sig selv udgøre et grundlag for at indføre generel og uddifferentieret logning – alene med henvisning til, at Danmark er genstand for en kvalificeret trussel mod national sikkerhed.

Det gøres i forlængelse heraf gældende, at Justitsministeriets læsning af dommen – som fremført i duplikken – fremstår fragmenteret, idet ministeriet i det hele undgår at forholde sig til de fem kumulative betingelser og retsgarantier, som EU-Domstolen opstiller i La Quadrature-dommens præmis 137-139.

Sådanne garantier er ikke tilsikret indenfor rammerne af den nuværende Logningsbekendtgørelse, der giver adgang til en generel, udifferentieret og ikke tidsmæssigt begrænset logningspraksis.

Det gøres på den baggrund gældende, at Logningsbekendtgørelsen strider imod EU-retten, allerede fordi den ikke lever op til de supplerende betingelser og retsgarantier, som La Quadrature-dommen opstiller.

### **3.1.3 Særligt hvad angår bekendtgørelsesformatets tilstrækkelighed**

Det fremgår af Justitsministeriets duplik, at ministeriet agter at tilpasse den eksisterende Logningsbekendtgørelse i kølvandet på La Quadrature-dommen.

Det fremstår umiddelbart uklart, om Justitsministeriets vurdering er, at EU-Domstolens anvisninger kan efterleves indenfor rammerne af en bekendtgørelse. I sin Lovskitse anfører Justitsministeriet følgende<sup>9</sup>:

*”[...] Det foreslås på den baggrund, at der indføres en ordning, hvorefter justitsministeren kan fastsætte en forpligtelse for teleudbydere mv. i op til 1 år.”*

Denne formulering kunne tyde på, at Justitsministeriet agter at udmønte logningsforpligtelsen ved et generelt 1-årigt påbud, udstedt ved en årlig bekendtgørelse.

Det gøres supplerende gældende, at etableringen af en lovlig logningspraksis næppe vil kunne udmøntes ved bekendtgørelse alene, jf. La Quadrature-dommens præmis 138-139.

---

<sup>9</sup> Lovskitsen, side 24

Af dommens præmis 138 fremgår:

*”Et påbud om at foretage forebyggende lagring af data, der vedrører alle brugere af elektroniske kommunikationsmidler, skal ikke desto mindre tidsmæssigt begrænses til det strengt nødvendige. Selv om det ikke kan udelukkes, at et påbud, der udstedes til udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, om at foretage lagring af data, kan forlænges som følge af, at en sådan trussel fortsat består, må varigheden af hvert enkelt påbud ikke overstige et forudseeligt tidsrum.” [vores fremhævelse]*

Af dommens præmis 139 følger endvidere, at:

*”[...] Det er i denne henseende væsentligt, at en afgørelse, hvorved udbydere af elektroniske kommunikationstjenester pålægges at foretage en sådan lagring af data, kan gøres til genstand for en effektiv prøvelse enten ved en domstol eller en uafhængig administrativ enhed, der træffer bindende afgørelser, med henblik på at kontrollere, om en af disse situationer foreligger, samt om de betingelser og garantier, der skal være fastsat, er overholdt.” [vores fremhævelse]*

Dommens fransksprogede version opererer med ordene ”injonction” og ”décision” mens den engelsksprogede version anvender ”instruction” og ”decision”.

En traditionel dansk forvaltningsretlig forståelse af ordet ”afgørelse” fordrer, at en sådan skal bygge på en konkret og individuel vurdering og ligeledes skal indeholde alle relevante og aktuelle hensyn i sagen. Det er herudover en forudsætning, at der inden afgørelsen er indhentet eventuelle nye og relevante oplysninger. Dette taler imod en statisk ordning, hvorved forpligtelsen pålægges for ét år ad gangen, og således mangler den dynamiske, konkrete og aktuelle karakter, som kendetegner en afgørelse.

Sammenfattende gøres det gældende, at La Quadrature-dommens præmis 138-139 bestyrker Sagsøgers påstand om nødvendigheden af at tilsidesætte Logningsbekendtgørelsen som ugyldig – allerede fordi bekendtgørelsesformatet er uegnet til at etablere en lovlig praksis på området.

### **3.2 Justitsministeriets ageren i sagen har været materielt og tidsmæssigt utilstrækkelig**

Sagsøgers anden påstand vedrører Justitsministeriets ageren i sagen, som i Sagsøgers optik ikke har levet op til det EU-retlige krav om, at en tilpasning af national ret bør ske ”så hurtigt som muligt”.

Ved vurderingen af dette forhold opstår følgende tre underspørgsmål, som behandles særskilt i det følgende:

1. Hvornår aktualiseres medlemsstatens handlepligt (afsnit 3.2.1)
2. Hvor hurtigt herefter skal medlemsstaten agere (afsnit 3.2.2)?
3. Hvilke tiltag har frigørende virkning (afsnit 3.2.3)?

#### **3.2.1 Hvornår aktualiseres medlemsstatens handlepligt?**

Allerede ved EU-Domstolens afsigelse af Digital Rights-dommen i 2014 blev der skabt en formodning for, at de danske logningsregler ikke var i overensstemmelse med EU-

retten, idet dommen erklærede dét direktiv, som de danske regler er modelleret over, ugyldigt.

Ved afsigelsen af Tele2-dommen i 2016 blev enhver rest af tvivl endegyldigt fjernet. Herved stadfæstede EU-Domstolen, at nationale regler, der foreskriver en generel og udifferentieret logning, er i strid med EU-retten.

Justitsministeriet har under denne sags forløb vedvarende påstået, at retstilstanden selv efter Tele2-dommen var ”uklar”, hvorfor ministeriet har set sig nødsaget til at afvente EU-Domstolens afgørelse i Le Quadrature-dommen. Af samme årsag, har Justitsministeriet i denne sag gjort en dyd ud af at udlægge La Quadrature-dommen som et nybrud.

Det fremgår imidlertid af justitsministerens talepapir fra et samråd i Retsudvalget den 2. marts 2017, at Justitsministeriet allerede på daværende tidspunkt havde vurderet følgende:

*”Jeg skal starte med at understrege, at vi ikke er færdige med at analysere konsekvenserne af dommen i Tele2- sagen for de danske logningsregler. Der er dog to centrale konklusioner i EU-domstolens dom, som ligger fast allerede på nuværende tidspunkt.*

*For det første: Ifølge dommen er EU-retten til hinder for en såkaldt ”generel og udifferentieret” logning af alle oplysninger. Det vil med andre ord sige, at regler om logning ikke må omfatte alle teleselskabernes kunder til enhver tid.*

*For det andet: Ifølge dommen er EU-retten ikke til hinder for såkaldt ”målrettet” logning af oplysninger med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet eller en fare mod den offentlige sikkerhed<sup>10</sup>. [vores fremhævelse]*

Denne erkendelse blev ligeledes afspejlet i den efterfølgende udsættelseslov<sup>11</sup>, som blev fremsat den 26. april 2017, hvoraf følger:

*”De danske logningsregler indebærer, at teleudbydere skal foretage logning af en række oplysninger om alle deres kunder, på alle tidspunkter og i hele landet, jf. nærmere herom pkt. 2.3. Det må derfor forventes, at der i lyset af EU-Domstolens dom i Tele2-sagen, jf. pkt. 2.4 ovenfor, vil skulle foretages nogle tilpasninger af de danske logningsregler, således at reglerne målrettes. EU-Domstolen har ikke taget stilling til, hvordan målrettede logningsregler nærmere kan udfærdiges.”*

Af den juridiske litteratur fremgår følgende:

*”Højesterets praksis i CO-industri kan udlægges til, at lovgiver efter at være bibragt et fyldestgørende grundlag skal reagere hurtigt, dermed sprogvælget om ”legitim” forsinkelse. Det kan overvejes, om det samme gælder i det øjeblik, hvor den ansvarlige minister er bibragt en retlig vurdering af overtrædelserne. Om det i så fald vil være nødvendigt at fremsætte en midlertidig lov indtil et endeligt fyldestgørende beslutningsgrundlag er tilvejebragt<sup>12</sup>.” [vores fremhævelse]*

Det gøres bl.a. på ovenstående baggrund gældende, at Justitsministeriet *senest primo maj 2017* havde tilvejebragt et tilpas fyldestgørende grundlag til fastlæggelse af, at en

<sup>10</sup> Bilag 7

<sup>11</sup> Lov om ændring af lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven, lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet, våbenloven, udleveringsloven samt lov om udlevering af lovovertrædere til Finland, Island, Norge og Sverige, afsnit 3 i de almindelige bemærkninger

<sup>12</sup> Klinge, EU-direktiver og Grundrettigheder i horisontale retsforhold, side 286

generel og udifferentieret logning ikke kunne opretholdes efter EU-retten. Dette lå – med ministeriets egne ord – fast allerede på daværende tidspunkt.

At Tele2-dommen, i Justitsministeriets optik, rummer andre uklarheder og ikke leverer en alternativ løsning, som Justitsministeriet kan sætte i stedet kan ikke begrunde, at ministeriet i det hele undlader at reagere. En sådan manglende tilpasning kan heller ikke – uanset om ministeriet på et tidspunkt skulle dokumentere dette – begrundes i at ”oplysningerne er for vigtige” eller at de indgår i ”politiets daglige arbejde med at bekæmpe alvorlig kriminalitet<sup>13</sup>”, som antydtes i ministerens talepapir til brug for ovennævnte samråd i Retsudvalget.

Det gøres således gældende, at Justitsministeriets handlepligt senest aktualiseres i forbindelse med Tele2-dommens udredning primo 2017, og at dén omstændighed, at der – i ministeriets optik – var en række uklarheder eller politiske uhensigtsmæssigheder ikke kan begrunde en manglende tilpasning eller en forlænget stand-still periode.

### 3.2.2 Hvor hurtigt skal medlemsstaten agere?

I forlængelse af ovenstående spørgsmål er det naturligt at analysere, hvor lang reaktionstid lovgiver ydes efter aktualiseringen af en sådan handlepligt. Stævningens afsnit 3.8.2-3.8.3 behandler dette forhold indgående.

I forlængelse heraf skal det supplerende bemærkes, at Justitsministeriet i skrivende stund har brugt over 4 år på at tilpasse de danske logningsregler – hvis Tele2-dommen bruges som målestok, jf. afsnit 3.2.1.

I den juridiske litteratur er det – i en erstatningssammenhæng, og med afsæt i CO-industri dommen samt EU-Domstolens praksis vedrørende TEUF artikel 260, stk. 2 – vurderet, at en varighed på over 2 år i sig selv vil være erstatningspådragende:

*”[...] I forhold til anvendelsen af en billedlig figur med trafiklys om de konstaterede varigheder, er det min vurdering, at en varighed af overtrædelse på under 12 måneder vil befinde sig i den ”grønne zone” (jf. CO-industri-dommen) og varigheder mellem 12-24 måneder i den ”gule zone” (jf. bødesagerne), mens jeg vurderer, at varigheder over 24 måneder i sig selv vil være ansvarspådragende (medmindre helt ekstraordinære hensyn gør sig gældende, som f.eks. Kommissionens medvirkende til retsvildfarelsen eller manglende ændring af EU-retlige regler fra EU-lovgiver). [...] Denne opdeling i perioder harmonerer også med andre EU-retlige omstillingsperioder som f.eks. implementeringsfristen efter vedtagelsen af et EU-direktiv<sup>14</sup>.” [vores fremhævelse]*

Det fastholdes i tråd hermed, at en reaktionstid på mere end 4 år ikke lever op til ”så hurtigt som muligt” tærsklen.

Det skal i den forbindelse supplerende bemærkes, at begge parter har henvist til Højesterets afgørelse i CO-industri sagen til støtte for deres påstande. En væsentlig pointe, som hidtil ikke har genkaldt sig megen opmærksomhed er, at Sagsøger ikke i nærværende sag har nedlagt en erstatningspåstand, som tilfældet var i CO-industri sagen.

<sup>13</sup> Bilag 7, side 7

<sup>14</sup> Klinge, EU-direktiver og Grundrettigheder i horisontale retsforhold, side 285



Det gøres supplerende gældende, at tærsklen som anvist af Højesteret i CO-sagen udgør den *absolutte øvre grænse* for varigheden af uoverensstemmelser mellem national ret og EU-retten. Det er således Sagsøgers påstand, at ministeriets handlepligt indtræder på et langt tidligere tidspunkt end dér, hvor varigheden rent faktisk udløser et erstatningsansvar.

Det gøres derfor gældende, at Justitsministeriets manglende konsekvensændring af logningsreglerne mere end 4 år efter tilvejebringelsen af et fyldestgørende beslutningsgrundlag ikke lever op til ”så hurtigt som muligt” tærsklen som anvist i Jonkman.

Endeligt skal det bemærkes, at Justitsministeriet – ved fremlæggelsen af en Lovskitse – har angivet, at ministeriet forventer, at ny lovgivning på området vil kunne træde i kraft den 1. januar 2022. Sagsøger skal for en god ordens skyld bemærke, at dette ikke giver anledning til at korrigere ovenstående, allerede fordi en manglende effektivering på fjerde år ville være i strid med Jonkman-tærsklen.

For det tilfælde, at landsretten måtte finde, at Justitsministeriets handlepligt først aktualiseres ved afsigelsen af La Quadrature-dommen, skal Sagsøger først og fremmest henlede opmærksomheden mod ovennævnte betragtninger, hvorved der skal tages bestik af, at omdrejningspunktet for denne sag ikke er den erstatningsudløsende undladelse. Det gøres herudover gældende, at et så langstrakt forløb som det nuværende, ville forudsætte, at ministeriets effektivering af dommen sker endog *meget hurtigt* efter aktualiseringen af en handlepligt. Det bemærkes til støtte herfor, at Justitsministeriet over de seneste 10 år har afgivet talrige indlæg for EU-Domstolen, forestået ekstensivt lovgivningsarbejde med henblik på at udsætte en revision, besvaret utallige Folketingsspørgsmål og forberedt adskillige samråd. Der er således næppe – på nuværende tidspunkt – tale om et uforudsigeligt nybrud, som vil kunne begrunde en lang betænkningstid.

### 3.2.3 Hvilke tiltag har frigørende virkning?

Fokus i parternes processkrifter har hidtil været rettet mod hastigheden, hvormed Justitsministeriet skulle have ageret til brug for tilpasningen af dansk ret. Det gøres supplerende gældende, at ikke alle tiltag kan have frigørende virkning.

EU-Domstolen udtalte allerede ved Jonkman<sup>15</sup>, at det:

*”[...] påhviler den pågældende medlemsstats myndigheder at træffe de almindelige eller særlige foranstaltninger, der er egnede til at sikre overholdelsen af fællesskabsretten, idet de navnlig skal påse, at national ret så hurtigt som muligt bringes i overensstemmelse med fællesskabsretten, og at borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten gennemføres fuldt ud”<sup>16</sup>. [vores fremhævelse]*

Som nærmere beskrevet i afsnit 3.3 nedenfor, bliver dette udgangspunkt gentaget ved La Quadrature-dommens præmis 214, idet Domstolen udtaler, at alle instanser skal sikre, at EU-retlige regler ”*gennemføres fuldt ud*”.

Efter retspraksis fordrer en gennemførelse således reelle, materielle og autoritative lovændringer af en vis intensitet.

<sup>15</sup> De forenede sager C-231/06-C-233/06 Jonkman

<sup>16</sup> Jonkman, præmis 41

Denne læsning understøttes af den juridiske litteratur, der angiver følgende<sup>17</sup>:

*”Det kan sammenfattende konkluderes, at lovgivers samlede reaktionstid kan indledes i følgende delperioder: Periode A, der udgør lovforberevende arbejde og den retlige vurdering af EU-domme, periode B det efterfølgende parlamentariske arbejde med fremsættelsen i Folketinget og tre behandlinger, der afsluttes med en vedtagelse af ændringsloven, og periode C det tidsrum, som fremgår af ikrafttrædelsesbestemmelsen, som kan indeholde bestemmelser om tilbagevirkende kraft [...]. Først ved ikrafttrædelsen er den EU-stridige retstilstand bragt til ende.” [vores fremhævelse]*

Sådanne materielle lovændringer er, som bekendt, ikke indført. At Justitsministeriet har deltaget i diverse arbejdsgrupper og drøftelser i EU-regi, er ikke et tiltag af en sådan autoritativ styrke og kvalitet, som kan begrunde en overholdelse af handlepligten.

Justitsministeriet har herudover forklaret sit ”bidrag” til overholdelsen af EU-retten ved at henvise til, at logningsreglerne ikke vil blive håndhævet<sup>18</sup>:

*”Ministeren har med denne erklæring om de manglende muligheder for at håndhæve dele af logningsreglerne gjort det klart, at logningsbekendtgørelsens bestemmelser ikke vil blive anvendt på en måde, der kan stride mod EU-retten. Dermed har ministeriet bidraget til at overholde de EU-retlige forpligtelser, der kan udledes af EU-Domstolens retspraksis.” [vores fremhævelse]*

Det gøres gældende, at udtalelser om ”manglende intention” om at håndhæve regler i strid med EU-retten ikke udgør relevante momenter i vurderingen af, om ministeriet har iværksat passende foranstaltninger. En sådan manglende håndhævelsesmulighed følger langt hen ad vejen allerede af EU-rettens forrangs princip, hvorfor ministeriets udtalelse herom ikke dækker over et selvstændigt bidrag.

Justitsministeriet har senest også fremlagt en Lovskitse, som redegør for ministeriets ”overordnede overvejelser” vedrørende ny lovgivning på området. Det fremgår af Lovskitsen, side 75, at:

*”[...] Samlet set er det således Justitsministeriet vurdering, at der ikke forud for indførelsen af ny lovgivning [...] er behov for en suspension af anvendelsen af loggede oplysninger, der er opnået ved en generel og udifferentieret lagring af trafik- og lokaliseringsdata.”*

Ministeriet har således endnu engang afvist at suspendere en bekendtgørelse, som ministeriet i over 4 år har erkendt er EU-retsstridig. Al den stund Lovskitsen ikke er ledsaget af en reel suspension af Logningsbekendtgørelsen, vil ovenstående betragtninger gøre sig gældende med samme styrke og intensitet. Det gøres således gældende, at heller ikke Lovskitsen er et tiltag af en sådan autoritativ karakter og styrke, som kan begrunde, at Justitsministeriet har løftet sin handlepligt.

Det gøres opsamlende gældende, at Justitsministeriet ikke før ikrafttrædelsen af en revideret lovpakke kan siges at have opfyldt sin EU-retlige handlepligt.

### 3.2.4 Afsluttende bemærkninger

Det gøres således opsamlende gældende:

<sup>17</sup> Klinge, EU-direktiver og Grundrettigheder i horisontale retsforhold, side 285

<sup>18</sup> Duplikken, side 19

- 1) at Justitsministeriets handlepligt senest aktualiseres i forbindelse med Tele2-dommens udredning primo 2017, og at den omstændighed, at der – i ministeriets optik – var en række uklarheder eller politiske uhensigtsmæssigheder ikke i sig selv kan begrunde en manglende tilpasning eller en forlænget stand-still periode;
- 2) at Justitsministeriets manglende konsekvensændring af de danske logningsregler 4 år efter aktualiseringen af denne handlepligt ikke lever op til ”så hurtigt som muligt” tærsklen, jf. Jonkman;
- 3) at Justitsministeriet først har løftet sin handlepligt ved ikrafttrædelsen af en materiel revision af de danske logningsregler.

### 3.3 En midlertidig opretholdelse af status quo kan ikke konkret begrundes

Som skitseret ovenfor har Justitsministeriet siden Tele2-dommen anerkendt, at en revision af de danske logningsregler er nødvendig (afsnit 3.2.1). Som også beskrevet ovenfor, har Justitsministeriet gentagende gange og senest ved Lovskitsen afvist at suspendere Logningsbekendtgørelsen i den mellemliggende periode (afsnit 0). Justitsministeren har sågar personligt indskærpet fastholdelsen af logningsreglerne overfor teleselskaberne (Bilag 10), og sidenhen tyet til at ”opfordre” teleselskaberne til at fortsætte en praksis, som ministeriet selv har erkendt, er EU-retsstridig (Bilag 21).

Det er i forlængelse heraf væsentligt at overveje, om en sådan fastholdelse af de danske logningsregler ville være berettiget med henvisning til reglernes ”midlertidige” karakter eller omstændighederne i øvrigt.

Det er Sagsøgers påstand, at La Quadrature-dommen endegyldigt fastlægger, at Justitsministeriets fastholdelse af status-quo i en mellemliggende periode ikke har været berettiget.

Justitsministeriet har i et notat til Folketingets Europa Udvalg af 29. november 2018 anerkendt, at EU-Domstolens besvarelse af det fjerne spørgsmål i La Quadrature-dommen vil have en væsentlig indflydelse på nærværende sag<sup>19</sup>:

*”[...] Endvidere er spørgsmålet fra den belgiske forfatningsdomstol, der vedrører muligheden for midlertidig opretholdelse af logningsregler i strid med EU-retten, af væsentlig dansk interesse, idet der er anlagt et civilt søgsmål mod Justitsministeriet, hvor et centralt spørgsmål forventes at blive, om Danmark har brugt for lang tid på at revidere logningsreglerne i lyset af Tele2-dommen.”*

I La Quadrature-dommen har EU-Domstolen, med henvisning til EU-rettens forrang, besvaret dette centrale spørgsmål benægtende.

I præmis 214 uddyber Domstolen, hvilke forpligtelser EU-rettens forrang pålægger ”alle instanser” – herved også at forstå den lovgivende magt:

*”Dette princip medfører derfor en forpligtelse for alle instanser i medlemsstaterne til at sikre, at de forskellige EU-retlige regler gennemføres fuldt ud, idet medlemsstaternes nationale ret ikke kan ændre den virkning, som disse forskellige regler tillægges på disse staters område.”* [vores fremhævelse]

---

<sup>19</sup> Bilag 22, side 3

I præmis 215 gentager Domstolen de krav, som EU-rettens forrang afstedkommer for de nationale domstole:

*”Den nationale ret, der inden for sit kompetenceområde skal anvende EU-retlige bestemmelser, har i henhold til princippet om forrang pligt til – såfremt det ikke er muligt at anlægge en fortolkning af national lovgivning, der er i overensstemmelse med de EU-retlige krav – at sikre disse bestemmelsers fulde virkning, idet den om fornødent af egen drift skal undlade at anvende enhver modstående bestemmelse i national lovgivning, endog en senere national bestemmelse, uden at den behøver at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne bestemmelse ad lovgivningsvejen eller ved noget andet forfatningsmæssigt middel.” [vores fremhævelse]*

Domstolen uddyber i forlængelse heraf, at kun EU-Domstolen kan træffe afgørelse om en midlertidig udsættelse, og overvejer da også, om dette konkret er aktuelt for så vidt angår logningsreglerne. Domstolen vurderer imidlertid ikke, at der foreligger sådanne ”tvingende hensyn”, som kan begrunde en midlertidig opretholdelse af EU-retsstridige logningsregler med følgende begrundelse:

*”[...] Opretholdelsen af virkningerne af en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlende ville nemlig indebære, at denne lovgivning fortsat ville pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester forpligtelser, der er i strid med EU-retten, og som vil medføre alvorlige indgreb i de grundlæggende rettigheder, der tilkommer de personer, hvis oplysninger er blevet lagret.” [vores fremhævelse]*

EU-Domstolen forholder sig således både abstrakt og konkret til, om en midlertidig opretholdelse af status-quo kan rummes indenfor rammerne af EU-retten. Domstolen afviser dette med henvisning til EU-rettens forrang sammenholdt med alvoren af de indgreb, som en sådan opretholdelse konkret ville afstedkomme.

Det gøres i tråd hermed gældende, at Justitsministeriets hovedargument for den fortsatte opretholdelse af de danske logningsregler er endegyldigt og konkret udhulet med afsigelsen af La Quadrature-dommen, der netop tager stilling til spørgsmålet om lovligheden af en midlertidig opretholdelse af EU-retsstridige logningsregler.

### **3.4 Justitsministerens opfordring til fortsat logning og forholdet til øvrige regelsæt**

Nærværende sag rummer en klar snitflade til det databeskyttelsesretlige regelsæt, som ikke hidtil har indgået med stor styrke i parternes processkrifter.

Nedenstående bemærkninger skal ses i lyset af, at Justitsministeriets seneste tiltag har været at opfordre teleselskaberne til at fortsætte den ulovlige logning. Som det vil fremgå af afsnit 3.4.2-3.4.3 nedenfor er denne henstilling forbundet med uhensigtsmæssige og betænkelige risici.

#### **3.4.1 Justitsministeriets brev af 29. januar 2021**

Teleindustrien rettede den 15. januar 2021 henvendelse til Justitsministeriet med henblik på en afklaring af retsgrundlaget for teleselskabernes fortsatte logning i kølvandet på La Quadrature-dommen (Bilag 20).

Justitsministeriet besvarede denne henvendelse ved brev af 29. januar 2021 (Bilag 21). Ved dette brev erkender Justitsministeriet, at store dele af de danske logningsregler strider mod EU-retten, men fastholder desuagtet, at logningsreglerne er gyldige og kan

opretholdes i deres helhed. Ministeriet udtaler imidlertid, at logningsreglerne ikke længere kan håndhæves, og at teleselskaberne ikke vil kunne straffes, hvis de undlader at logge.

Justitsministeriet opfordrer ligeledes teleselskaberne til at efterleve logningsreglerne af egen drift:

*”Mine udtalelser på samrådet den 14. januar 2021 om, at jeg – indtil vi får vedtaget en ny logningslovgivning – håber, at teleselskaberne har forståelse for, at politiet har behov for adgang til loggede oplysninger til at efterforske grov kriminalitet og terror, skal således ses i dette lys.”*

Justitsministeriet mener således *på den ene side*, at reglerne ikke kan håndhæves og *på den anden side* at regelsættet fortsat er i fuld kraft. Disse to udmeldinger synes indbyrdes modstridende, juridisk uholdbare og retssikkerhedsmæssigt betænkelige<sup>20</sup>.

Problematikken skærpes yderligere af følgende to momenter:

- at teleselskabernes efterlevelse af justitsministerens opfordring til at fortsætte en EU-retsstridig logningspraksis formodentligt vil resultere i et selvstændigt brud på databeskyttelsesretten (afsnit 3.4.2);
- at sådanne brud vil kunne være genstand for særskilt håndhævelse (afsnit 3.4.3).

### **3.4.2 Teleselskaberne har ikke længere behandlingshjemmel**

Det følger af databeskyttelsesforordningens<sup>21</sup> artikel 5, stk. 1, lit. a, at personoplysninger skal behandles på lovlig, rimelig og gennemsigtig vis. En lovlig behandling forudsætter derudover, at den dataansvarlige kan påvise en behandlingshjemmel, jf. forordningens artikel 6, stk. 1, lit. a-f.

Det følger af forordningens artikel 6, stk. 1, lit. c, at behandlingen kan ske, når:

*”Behandling er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige.”* [vores fremhævelse]

Det følger endvidere af præambelbetragtning 45, at:

*”Hvis behandling foretages i overensstemmelse med en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige [...], bør behandlingen have retsgrundlag i EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret.”* [vores fremhævelse]

Logningsreglerne ville – under normale omstændigheder – udgøre en sådan retlig forpligtelse, som artikel 6, stk. 1, lit. c, henviser til, ligesom der ville være tale om en lovlig behandling i medfør af artikel 5, stk. 1, lit. a.

Det er med afsigelsen af La Quadrature-dommen endegyldigt klarlagt, at et nationalt regelsæt, der bygger på en forudsætning om generel og udifferentieret logning ikke kan opretholdes – end ikke i en overgangsperiode. Idet Logningsbekendtgørelsen netop bygger på en sådan generel og udifferentieret logning, aktualiserer La Quadrature-

<sup>20</sup> Jf. i samme retning Bilag 17, side 18

<sup>21</sup> Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) 2016/679 af 27/4 2016

dommen spørgsmålet om, hvorvidt teleselskaberne kan basere deres indsamling af personoplysninger på en national ”retlig forpligtelse”, som strider mod EU-retten.

Af samme årsag, spurgte Teleindustrien i sit brev, om det ville være i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne, hvis teleselskaberne fortsætter med at logge som hidtil.

Justitsministeriet besvarede dette spørgsmål på følgende vis<sup>22</sup>:

*”[...] I det omfang teleselskabernes behandling af loggede teleoplysninger er i overensstemmelse med dansk ret eller EU-retten som fortolket af EU-Domstolen, vil GDPR ikke være til hinder for teleselskabernes fortsatte behandling af loggede teleoplysninger i overensstemmelse med logningsbekendtgørelsens bestemmelser. Som anført ovenfor er det Justitsministeriets vurdering, at dommen giver mulighed for, at en medlemsstat kan fastsætte en generel og udifferentieret logningsforpligtelse med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed og en målrettet logningsforpligtelse med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet under nærmere betingelser. Trafik- og lokaliseringsdata vil således efter GDPR fortsat kunne logges som hidtil med henblik på beskyttelse af national sikkerhed og bekæmpelse af grov kriminalitet.” [vores fremhævelse]*

Justitsministeriet anerkender således, at logning kun er i overensstemmelse med det databeskyttelsesretlige regelsæt, når logningen sker til to specifikke formål: national sikkerhed og grov kriminalitet.

Overholdelsen af det databeskyttelsesretlige regelsæt forudsætter således, med ministeriets egne ord, at der logges på en anden måde end det er forudsat i den nugældende Logningsbekendtgørelse.

### 3.4.3 Håndhævelsesforanstaltninger

Et selvstændigt brud på det databeskyttelsesretlige regelsæt, som det i afsnit 3.4.2 skitserede vil kunne foranledige en sag ved Datatilsynet. En sådan sag kan potentielt initieres af Datatilsynet som en ”egen driftssag”, eller blive foranlediget af en klage fra en af de mange borgere, hvis oplysninger dagligt er genstand for generel og udifferentieret logning.

Det følger af Databeskyttelseslovens § 27, stk. 1, at Datatilsynet udøver sine funktioner i fuld uafhængighed. Den gældende ordning udgør en videreførelse af persondatalovens § 56. Af databeskyttelseslovens almindelige bemærkninger, afsnit 2.7.3.1, fremgår følgende:

*”Justitsministeriet forholdt sig således til tilsynsmyndighedernes uafhængighed i et svar af 17. december 2012 på spørgsmål nr. 284 (Alm. del) af 19. november 2012 fra Folketingets Retsudvalg. Det fremgår af besvarelsen, at det af persondatalovens § 56 følger, at Datatilsynet udøver sine funktioner i fuld uafhængighed. Dette indebærer bl.a., at hverken Justitsministeriet eller andre ministerier kan give instruktioner eller føre tilsyn med Datatilsynet.” [vores fremhævelse]*

Det gøres i tråd hermed gældende, at Justitsministeriet ikke meningsfyldt kan forsikre udbydere om, at en efterlevelse af ministeriets opfordring om fastholdelse af den nuværende ulovlige logningspraksis ikke vil afstedkomme håndhævelsesforanstaltninger ved Datatilsynet.

---

<sup>22</sup> Bilag 21, side 3

Sådanne sager kan potentielt have alvorlige økonomiske implikationer for udbydere, idet bødeniveauet kan udstrække sig til 4 % af selskabets samlede globale årlige omsætning i det foregående regnskabsår, jf. Databeskyttelsesforordningens artikel 83, stk. 5.

Det gøres på ovenstående baggrund gældende, at Justitsministerens formelle opretholdelse af en EU-retsstridig Logningsbekendtgørelse sammenholdt med ministeriets konkrete opfordring til fastholdelse af en generel og udifferentieret logningspraksis kan føre til et selvstændigt brud på de databeskyttelsesretlige regler. Det gøres i forlængelse heraf gældende, at et sådant selvstændigt brud vil kunne afstedkomme håndhævelsesforanstaltninger ved Datatilsynet, som potentielt kan have alvorlige økonomiske implikationer for de berørte udbydere.

Det gøres sammenfattende gældende, at denne uhensigtsmæssige afsmittende effekt bestyrker Sagsøgers påstand om, at Logningsbekendtgørelsen skal kendes ugyldig.

### 3.5 Øvrige forhold

I sin Duplik af 25. februar 2021 kommenterer Sagsøgte på spørgsmålet om, hvorvidt EU-retten forrang kan begrunde, at et modstridende nationalt regelsæt bliver ugyldigt.

Sagsøger skal uddybende oplyse, at dennes påstand ikke går på, at EU-retten forrang *generelt* skulle føre til, at en modstridende national retsakt straks efter afsigelsen af en EU-retlig dom bliver umiddelbart ugyldig. Når det i denne sag er gjort gældende, at Logningsbekendtgørelsen er ”umiddelbart ugyldig”, skyldes det de særlige omstændigheder, som gør sig gældende for nærværende sagsforløb.

Sagsøger minder i den forbindelse om, at EU-Domstolen med La Quadrature-dommen for tredje gang har stadfæstet, at en generel og udifferentieret logningspraksis ikke kan opretholdes. Justitsministeriet har – som beskrevet i afsnit 3.2.1 – de seneste 4 år anerkendt, at en generel og udifferentieret logning *ikke* lovligt kan opretholdes, men desuagtet nægtet at agere herpå.

Sagsøger skal i den forbindelse understrege, at argumentet om, at en bekendtgørelse, der på så umiddelbar, erkendt og eklatant vis strider mod en højere retsnorm, er umiddelbart ugyldig (en nullitet) ingenlunde er en nyskabelse i dansk forvaltningsret:

*”En ugyldig forvaltningsakt kan være en nullitet, eller den kan være anfægtelig. Nullitet er den stærkeste ugyldighed og indebærer, at forvaltningsakten uden videre kan ignoreres af enhver offentlig myndighed og enhver borger. Nullitet forekommer hvor forvaltningsakten er åbenbart eller groft ulovlig<sup>23</sup>.*

---

<sup>23</sup> Garde, m.fl., Forvaltningsret almindelige emner, side 427

København, den 25. marts 2021

*Julie Bak-Larsen*

**Julie Bak-Larsen**

Partner, advokat



## **BILAG**

- Bilag 18:** Justitsministeriets Skitse for revision af logningsreglerne mv.
- Bilag 19:** Justitia: Analyse, Ulovlig logning – tid til en revision
- Bilag 20:** Brev af 15. januar 2021 fra Tele Industrien
- Bilag 21:** Brev af 29. januar 2021 fra Justitsministeriet
- Bilag 22:** Notat af 29. november 2018 til Folketingets Europaudvalg og Retsudvalget