

Ankesvarskrift

Til

Højesteret

I højesteretssag nr. BS-26847/2021-HJR:

Foreningen imod Ulovlig Logning
(advokat Søren Narv Pedersen)

mod

Justitsminister Nick Hækkerup
Justitsministeriet
(advokat Rasmussen Holdgaard)

møder jeg for indstævnte og nedlægger følgende

1. PÅSTANDE

Overfor sagsøgtes principale og subsidiære påstand 1 nedlægges følgende påstand:

Stadfæstelse.

Overfor sagsøgtes mere subsidiære og mest subsidiære påstand 1 nedlægges følgende påstande:

Afvisning.

Overfor sagsøgtes påstand 2 nedlægges følgende påstande:

Principalt: Stadfæstelse.

Subsidiært: Hjemvisning

Mere subsidiært: Frifindelse.

2. SAGENS TVIST

Østre Landsret har ved dom af 29. juni 2021 frifundet Justitsministeriet for appellants påstand 1 om, at bekendtgørelse nr. 988 af 28. september 2006 om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik med senere ændring (herefter ”logningsbekendtgørelsen”) er ugyldig.

Derudover har landsretten afvist appellants påstand 2, som gik ud på, at ministeriet skulle anerkende ikke at have 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.

Efter Justitsministeriets opfattelse skal den indankede dom stadfæstes i henhold til grundene og de nye påstande afvises.

Ankesagen om logningsbekendtgørelsens gyldighed og tilstrækkeligheden af ministeriets opfølgende tiltag skal overordnet ses i lyset af, at Justitsministeriet allerede har igangsat initiativ til ændring af lovgivningen efter EU-Domstolens dom af 6. oktober 2020 i *La Quadrature du Net m.fl.* (forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791). Ministeriet har tilkendegivet, at man vil fremsætte lovforslag om en revision af logningsbestemmelserne i retsplejeloven den 11. november 2021, og en skitse for denne revision er allerede offentliggjort den 23. marts 2021 (bilag Æ). Reglerne forventes således ophævet og erstattet af nye regler til ikrafttræden den 1. januar 2022.

I dette lys er det hensigtsmæssigt, at ankesagen – som må forventes inden for nogle måneder kun at have historisk interesse – koncentrerer om de forhold, Østre Landsret har inddraget i sin dom. På de punkter, hvor appallanten med ankestævningen søger at udvide anken til at angå materielle forhold, som ikke var til bedømmelse i landsretten, skal sagen afvises.

3. ANBRINGENDER

3.1 Appellants principale og subsidiære påstand 1

3.1.1 *Princippet om EU-rettens forrang fører ikke til, at logningsbekendtgørelsen er helt eller delvist ugyldig*

Justitsministeriet fastholder, at en eventuel modstrid mellem logningsbekendtgørelsen og EU-retten principielt ikke kan føre til, at bekendtgørelsen som helhed er ugyldig, således som sagsøgeren påstår.

Østre Landsrets dom af 29. juni 2021 skal derfor stadfæstes med samme begrundelse for så vidt angår appellants principale og subsidiære påstand 1, der i realiteten har samme indhold som påstanden nedlagt for landsretten. Den subsidiære påstand om, at §§ 1, 4, 5 ”og/eller” 6 er ugyldige – som Justitsministeriet forstår som fire selvstændige sideordnede påstande – ændrer ikke herved.

Der henvises til landsrettens præmisser på side 117-119 i den indankede dom og til gengivelsen af ministeriets anbringender på side 81-83.

Der er intet belæg i EU-retten eller dansk ret for sagsøgerens anbringender om, at en modstrid med en EU-regel under særlige omstændigheder kan føre til, at nationale regler mister deres gyldighed. Det bestrides i øvrigt også, at der er sådanne særlige omstændigheder i denne sag. Justitsministeriet har indstillet håndhævelsen af logningsforpligtelsen over for teleudbydere. Teleudbydere vil således ikke kunne straffes for manglende overholdelse af logningsbekendtgørelsen, og det har justitsministeren oplyst klart om. Det fastholdes, at Justitsministeriet herved fuldt ud respekterer princippet om EU-rettens forrang, idet man helt har afstået fra at håndhæve logningsbekendtgørelsen, herunder de dele af bekendtgørelsen, som principielt kunne opretholdes, og hvor en håndhævelse heraf ikke ville være i strid med EU-retten.

Appellanten har på ingen måde godtgjort, at der under disse omstændigheder er et særligt behov for at kende reglerne ugyldige, herunder hvorfor en sådan dom skulle være en mere effektiv måde at gennemføre appellants medlemmers rettigheder på.

Det forhold, at visse teleudbydere fortsat logger alle eller visse af de oplysninger, som bekendtgørelsen omfatter, ændrer ikke herved. Appellanten synes i denne forbindelse at antage, at en dom om logningsbekendtgørelsens ”ugyldighed” ville føre til et endegyldigt ophør af logning af teleoplysninger. Det er forkert. En sådan dom vil principielt ikke afskære teleudbydere fra fortsat at logge de omhandlede oplysninger. I den forbindelse bemærkes, at teleudbydere selv i fravær af en pligt til at logge teleoplysninger efter logningsbekendtgørelsen fortsat ville være berettiget til i en periode at logge en meget stor del af de oplysninger, som (også) kræves efter bekendtgørelsen, efter de almindelige regler i bekendtgørelse nr. 1882 af 11. december 2020 om persondatasikkerhed i forbindelse med udbud af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og nummeruafhængige interpersonelle kommunikationstjenester, og e-databeskyttelsesdirektivet, jf. 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.

Justitsministeriet anmoder om, at bedømmelsen af dette anbringende **udskilles til særskilt forlods behandling**, jf. retsplejelovens § 253, stk. 1, og nærmere nedenfor afsnit 4 om ministeriets samlede processuelle anmodninger med henblik på tilskæring af sagen.

3.1.2 De gældende logningsregler kan opretholdes inden for rammerne af La Quadrature-dommen

Hvis Højesteret ikke finder grundlag for at udskille ovennævnte spørgsmål og i øvrigt ikke kan tiltræde Østre Landsrets begrundelse for så vidt angår påstand 1, gøres det ligesom for landsretten i anden række gældende, at den indankede dom skal stadfæstes med den begrundelse, at Danmark faktisk aktuelt befinder sig i en situation, hvor en generel og udifferentieret logning i overensstemmelse med logningsbekendtgørelsens kapitel 2 principielt kan opretholdes, og at logningsbekendtgørelsen af denne grund ikke kan erklæres for ugyldig på nuværende tidspunkt. Der henvises til gengivelsen af ministeriets anbringender på side 83-89 i den indankede dom.

3.2 Appellantens mere subsidiære og mest subsidiære påstand 1

Appellanten har i ankestævningen nedlagt to nye påstande om, at hele logningsbekendtgørelsen (den mere subsidiære påstand) eller dennes §§ 1, 4, 5 og/eller 6 (den mest subsidiære påstand) er uanvendelige. Justitsministeriet forstår – på tilsvarende måde som for den subsidiære påstand 1 – den mest subsidiære påstand 1 således, at den reelt indeholder fire sideordnede påstande.

Justitsministeriet nedlægger heroverfor påstand om afvisning af de grunde, som fremgår straks nedenfor af afsnit 3.2.1 og 3.2.2, og anmoder om, at spørgsmålet om afvisning **udskilles til særskilt forlods behandling**, jf. retsplejelovens § 253, stk. 1, og nedenfor afsnit 4.

3.2.1 Påstandene kan ikke tillades fremsat, jf. retsplejelovens § 383

I første række gøres det gældende, at påstandene ikke kan tillades fremsat som følge af toinstansprincippet, jf. retsplejelovens § 383.

Justitsministeriet finder ikke, at det kan anses for undskyldeligt, at den pågældende påstand ikke tidligere er fremsat, jf. § 383, stk. 2, første led. Påstanden var ikke nedlagt for landsretten på trods af, at appellanten havde anledning hertil senest efter ministeriets duplik af 25. februar 2021, hvori ministeriet gjorde gældende, at retsvirkningen af en modstrid med EU-retten ikke var ugyldighed. Dette synspunkt førte til, at appellanten ændrede sine påstande i processkrift I, men uden at man nedlagde en subsidiær påstand om uanvendelighed som den nu nedlagte. Appellanten har således været bekendt med ministeriets synspunkt under forberedelsen af sagen for Østre Landsret.

Ministeriet finder heller ikke, at nægtelse af tilladelse vil medføre et uforholdsmæssigt tab for appellanten, jf. § 383, stk. 2, andet led. Det bemærkes, at Justitsministeriet allerede har tilkendegivet, at reglerne i logningsbekendtgørelsen ikke kan håndhæves over for teleudbyderne og dermed også er ”uanvendelige”.

Det er i dette lys uklart, hvad sagsøgernes retlige interesse i påstanden i det hele taget er, jf. også nedenfor, og så meget desto mere, hvilket tab de egentlig vil lide ved at påstanden nægtes fremsat, jf. § 383.

Hertil kommer, at Justitsministeriet har igangsat en proces for revision af logningsreglerne, der skal munde ud i fremsættelsen af et lovforslag den 11. november 2021. De nugældende regler forventes således snarligt at blive ophævet og erstattet af nye regler med ikrafttræden den 1. januar 2022. Også i dette lys er det særdeles begrænset, hvilket tab appellanterne vil lide ved en nægtelse af fremsættelsen af den nye påstand.

3.2.2 Appellanten har under alle omstændigheder ikke retlig interesse i påstandene

I anden række gøres det til støtte for påstanden om afvisning gældende, at appellanten ikke har en retlig interesse i den nye del af påstand 1, som angår uanvendelighed.

Justitsministeriet har allerede tilkendegivet, at logningsbekendtgørelsen ikke kan håndhæves, jf. bl.a. ministerens svar af 17. februar 2021 på spørgsmål 562 fra Retsudvalget (bilag Ø) angående håndhævelsen af logningsbekendtgørelsen og princippet om EU-rettens forrang, hvoraf bl.a. fremgår:

”3. EU-Domstolens dom af 6. oktober 2020 indebærer ikke, at de gældende danske logningsregler sættes ud af kraft eller bliver umiddelbart ugyldige.

Det er imidlertid Justitsministeriets vurdering, at logning af trafik- og lokaliseringsdata efter dommen af 6. oktober 2020 ikke vil kunne begrundes af hensyn til bekæmpelsen af almindelig kriminalitet.

Da de gældende logningsregler pålægger teleselskaberne at registrere og opbevare oplysninger om teletrafik til brug for efterforskning af alle strafbare forhold, er det således Justitsministeriets opfattelse, at teleselskaberne, indtil nye logningsregler er på plads, ikke vil kunne straffes, hvis de ikke følger reglerne om logning i logningsbekendtgørelsen, idet der ikke i de gældende danske regler sondres mellem, til hvilke formål oplysningerne logges.

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 beskytte den nationale sikkerhed, skal ses i dette lys.

...”

Det er ikke specificeret i den nedlagte påstand, hvad der nærmere skal forstås med "uanvendelighed". Logningsbekendtgørelsen er imidlertid alene rettet mod teleudbyderne. Justitsministeriets eneste mulighed for at "anvende" reglerne er at håndhæve reglerne gennem påbud og strafansvar efter bekendtgørelsens kapitel 3. Denne håndhævelse er imidlertid udtrykkeligt suspenderet og har været det længe inden nedlæggelsen af påstanden i ankestævningen.

Det gøres på den baggrund gældende, at der ikke består nogen retlig tvist mellem parterne, som kan gøres til genstand for domstolsprøvelse, og at påstanden derfor skal afvises som følge af manglende retlig interesse, jf. bl.a. Højesterets dom i UfR 2007.2161.

Det ændrer ikke herpå, at appellanten har taget forbehold for at ændre sin påstand 1 til at angå, om logningsbekendtgørelsen *var* ugyldig henholdsvis uanvendelig, når en lovændring er gennemført. Efter en lovændring vil dette spørgsmål kun være af historisk og teoretisk interesse. Det er i øvrigt i sig selv tvivlsomt, om appellanterne vil have den fornødne retlige interesse i påstand 1 efter en sådan lovændring, jf. bl.a. Højesterets domme trykt i UfR 2021.3052, UfR 2020.2969 og UfR 2007.2161.

3.2.3 *Subsidiær påstand om frifindelse*

Eftersom det ikke er specificeret i appellants påstand, hvad der nærmere bestemt skal forstås ved, at logningsbekendtgørelsen er "uanvendelig", tages der forbehold for at nedlægge påstand om frifindelse. Som ministeriet på nuværende tidspunkt forstår påstanden, er der ingen uenighed mellem parterne, jf. ovenfor, men hvis appellanterne mener, at bekendtgørelsens "uanvendelighed" rækker videre end til Justitsministeriets håndhævelse af reglerne over for teleudbyderne, vil ministeriet efter omstændighederne påstå frifindelse eller fremsætte andre anbringender til støtte for påstanden om afvisning.

3.3 Appellantens påstand 2

3.3.1 *Appellanten har ikke retlig interesse i påstand 2*

Appellantens påstand 2 er i det væsentlige identisk med påstand 2 nedlagt for Østre Landsret, som blev afvist i den indankede dom.

Justitsministeriet påstår stadfæstelse af dommen om afvisning.

Det er korrekt, at ministeriet ikke nedlagde formel påstand om afvisning under sagens behandling ved landsretten. Det er imidlertid ikke korrekt som anført i ankestævningen side 4, at spørgsmålet ikke blev berørt under hovedforhandlingen, eller at appellanten ikke har haft adgang til at forholde sig til de synspunkter om afvisning, som landsretten lagde vægt på i sin dom.

Det fremgår udtrykkeligt af den indankede dom side 98, at Justitsministeriet under sagsforberedelsen og under hovedforhandlingen har ”anført, at landsretten ex officio kan afvise sagsøgers påstand 2, dersom landsretten finder, at sagsøger ikke har retlig interesse i påstanden, ligesom der for landsretten er mulighed for ex officio at frifinde sagsøgte for tiden for påstand 2.” Ministeriet rejste tvivl om påstandens judiciabilitet i både processkrift A af 21. april 2021 på side 4 og i det sammenfattende processkrift af 28. april 2021 på side 35.

Appellanten har også selv adresseret spørgsmålet om afvisning både under hovedforhandlingen og i sit påstandsdokument på side 17.

Justitsministeriet gør gældende, at landsrettens afvisning af påstanden er korrekt. Den nu omformulerede påstand er fortsat ikke retligt kvalificeret. Det kan heller ikke anses for godtgjort med bemærkningerne i ankestævningen, at en bedømmelse af påstanden vil have nogen betydning for parternes retsstilling. Det følger af Højesterets dom i UfR 2021.3052, at et hypotetisk ikke-fremsat krav om erstatning ikke er tilstrækkeligt til at godtgøre en konkret og aktuel retlig interesse. Dette må så meget desto mere gælde, når det hypotetiske erstatningskrav rejses af andre end appellanten. Det bestrides, at påstanden kan admitteres udelukkende ud fra mere abstrakte betragtninger om dens eventuelle præjudikatværdi i fremtidige sager.

Justitsministeriet anmoder om, at spørgsmålet om afvisning af påstand 2 **udskilles til særskilt forlods behandling**, jf. retsplejelovens § 253, stk. 1, og nedenfor afsnit 4.

3.3.2 *Subsidier påstand om hjemvisning*

Justitsministeriet påstår subsidiært, at sagen hjemvises for så vidt angår påstand 2, hvis Højesteret ikke finder grundlag for at stadfæste landsrettens dom. Landsretten har ikke realitetsbedømt påstanden. Justitsministeriet gør gældende, at hjemvisning er påkrævet, navnlig eftersom en materiel stillingtagen beror på et omfattende faktum om forløbet fra EU-Domstolens dom af 8. april 2014 i de forenede sager C-293/12 og C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*, til Domstolens dom af 6. oktober 2020 i *La Quadrature*-sagen, som landsretten hverken direkte eller indirekte har taget stilling til i sin dom. En fravigelse af toinstansprincippet er under disse omstændigheder betænkelig, og en hjemvisning er mest hensigtsmæssig.

3.3.3 *Mere subsidiære påstand om frifindelse*

Hvis Højesteret ikke finder grundlag for at udskille ovennævnte spørgsmål og i øvrigt ikke kan tiltræde Østre Landsrets dom, gøres til støtte for den subsidiære påstand om frifindelse de samme anbringender gældende som for landsretten, jf. den indankede dom, side 89-95.

4. **PROCESSUELLE ANMODNINGER**

Justitsministeriet anmoder på baggrund af ovenstående om, at følgende forhold udskilles til forlods prøvelse, jf. retsplejelovens § 253, stk. 1:

- Spørgsmålet om, hvorvidt en modstrid med EU-retten i det hele taget kan føre til, at logningsbekendtgørelsen tilsidesættes som helt eller delvist ugyldig. En stillingtagen til dette spørgsmål kan afgøre den principale og subsidiære påstand 1 – som det faktisk skete i landsretten – uden at det er nødvendigt at tage stilling til de mere komplekse spørgsmål om den aktuelle trussel mod den nationale sikkerhed og La Quadrature-dommen. En forlods bedømmelse af dette spørgsmål kan derfor medføre en betydelig procesbesparelse.
- Spørgsmålet om, hvorvidt den mere subsidiære og mest subsidiære påstand 1 kan admitteres, herunder spørgsmålet om, hvorvidt de er afskåret i medfør af toinstansprincippet, jf. retsplejelovens § 383, og om appellanten har den fornødne retlige interesse. En forlods bedømmelse af disse spørgsmål kan afgøre påstanden helt. Hvis Højesteret finder grundlag for at admittere påstandene, kan en forlods bedømmelse stadig medvirke til at afklare, præcis hvad en indholdsmæssig prøvelse skal gå ud på, idet der som Justitsministeriet forstår påstandene ikke på nuværende tidspunkt reelt er en retlig uenighed.
- Spørgsmålet om, hvorvidt appellants påstand 2 skal afvises i overensstemmelse med landsrettens dom. En forlods bedømmelse heraf kan også overflødiggøre en omfattende og kompleks bedømmelse af det indholdstunge tidsmæssige forløb i sagen. Hvis Højesteret stadfæster landsrettens dom, vil påstanden være færdigbehandlet, og hvis Højesteret er uenig i landsrettens konklusion, kan sagen hjemvises til landsretten til prøvelse af realiteten.

Appellanten har med ankestævningen overordnet lagt op til, at ankesagen ved Højesteret skal gå langt ud over rammerne for Østre Landsrets dom. Justitsministeriet finder, at den ovenstående tilskæring af sagen gør det muligt på en rimelig og rationel måde at koncentrere ankesagen om de forhold, som faktisk indgik i Østre Landsrets dom, således at der ikke bringes flere nye forhold ind i anken end højst nødvendigt.

5. PROCESSUELLE MEDDELELSER

til indstævnte kan stiles til advokat Rass Holdgaard, Kalvebod Brygge 32, 1560 København V (sagsnr. 4000587).

6. MOMSREGISTRERING

Indstævnte er ikke momsregistreret.

København, den 30. august 2021

Rass Holdgaard
Partner, Advokat (H)